Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2006

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2006

Tomo I

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2006 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 12

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974
Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Editor Responsable
Jan Woischnik

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctores
María Cristina Dutto (español)
Paulo Baptista (portugués)

Impreso en Mastergraf
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 338.713 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

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

TOMO I

Prefacio 11

I. Derecho constitucional

Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial
Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) 15

La evolución del concepto europeo de Estado de derecho
Jürgen Brand (Alemania) 37

Peligrosos prejuicios sobre soberanía
Heber Arbuet-Vignali (Uruguay) 65

Reforma constitucional en Chile
Francisco Cumplido Cereceda (Chile) 105

Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia
Fernando Muñoz León (Chile) 115

La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad
Matthias Herdegen (Alemania) 131

Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información.
La situación en España y Perú
Laura Zúñiga Rodríguez (España) 137

Los partidos políticos en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania.
Fundamentos jurídico-constitucionales y realidad constitucional
Rupert Scholz (Alemania) 171

La jerarquía de las leyes constitucionales en el derecho constitucional guatemalteco
Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala) 183

La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma
de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruencia con la normativa
de la Constitución Política de la República
Luis Felipe Sáenz J. (Guatemala) 203

Teoria geral das Comissões Parlamentares de Inquérito brasileiras
Hidemberg Alves da Frota (Brasil) 229

Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano
José Ignacio Hernández G. (Venezuela) 261

La pertenencia de las bancas en el ordenamiento argentino
Mario A. R. Midón (Argentina) 287

II. Derecho procesal constitucional

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina
Francisco Fernández Segado (España) 301

El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma
Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) 353

El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional
Aníbal Quiroga León (Perú) 377

Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia
Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia) 405

Eficacia de la sentencia de amparo en la jurisdicción ordinaria. Reflexiones
Jorge Eduardo Tenorio (El Salvador) 443

El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias
Humberto Nogueira Alcalá (Chile) 449

La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano
Víctor Bazán (Argentina) 475

La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)
Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez (Guatemala) 507

El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú
Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú) 557

III. Derecho de la integración

El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur
Wilfrido Fernández (Paraguay) 595

Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur
Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay) 615

Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes
Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay) 629

El Tribunal de Justicia Permanente de la CAN y el Mercosur
Ricardo Vigil Toledo (Perú) 653

Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica
Mario J. Filadoro (Argentina) 667

Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano)
Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia) 703

Las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida
Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua) 719

Instrucciones para la presentación de los artículos 729

TOMO II

IV. Derecho indígena

Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario
Raúl Llasag Fernández (Ecuador) 749

Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
Frank Semper (Alemania) 761

La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco
Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala) 779

Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas
Ignacio Basombrío (Perú) 797

El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción
Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador) 807

Avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala
Rita Marina García Ajquijay (Guatemala) 815

V. Derechos y garantías individuales

La libertad de asociación y de reunión en México
Miguel Carbonell (México) 825

Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos
Matthias Herdegen (Alemania) 843

Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica
Jaime Araújo Rentería (Colombia) 853

El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana
Luis Castillo Córdova (Perú) 879

Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia
Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia) 903

A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor
Túlio Lima Vianna (Brasil) 933

La censura judicial
Augusto César Belluscio (Argentina) 949

Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Néstor Pedro Sagüés (Argentina) 965

Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega
Esther Gómez Campelo (España) 977

Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán
Evelyn Haas (Alemania) 1007

Las garantías constitucionales del proceso penal
Dino Carlos Caro Coria (Perú) 1027

El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental
Oscar Julián Guerrero (Colombia) 1047

La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico
Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente (España) 1071

VI. Derechos humanos regionales e internacionales

Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana
Sergio García Ramírez (México) 1111

El derecho del acusado a un juicio justo según la Convención Europea de Derechos Humanos
Rudolf Dolzer (Alemania) y Jan Wetzel (Alemania) 1175

Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales
Gerardo Briceño (Venezuela) 1191

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos
Rolando E. Gialdino (Argentina) 1207

El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea
Susana Mosquera Monelos (España) 1225

Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina
Enrique S. Petracchi (Argentina) 1253

Paisajes de una Argentina invisible
Fabián Ferreira, Mariano Capel, Paula Harrington, Magali Miranda, Federico Robledo y Daniel Tur (Argentina) 1279

Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI
Claudio Nash Rojas (Chile) 1305

El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú. Un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones
Adrian Oelschlegel (Alemania) 1335

VII. Derecho internacional público

El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas
Lautaro Ríos Álvarez (Chile) 1371

Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional
Héctor Gros Espiell (Uruguay) 1405

O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro
Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasil) 1417

História e razão do paradigma vestefaliano
Marcilio Toscano França Filho (Brasil) 1445

Instrucciones para la presentación de los artículos 1467

Prefacio

La importancia del derecho constitucional es cada vez mayor, especialmente a raíz del proceso de constitucionalización del derecho ordinario que se ha venido dando en los últimos tiempos y que ha llevado a la revalorización de los principios constitucionales y a su creciente repercusión en todo el orden jurídico.

En este contexto el buen desenvolvimiento del Estado de derecho requiere también del desarrollo del derecho constitucional y de la teoría constitucional. A su vez, el estudio de la Constitución resulta imprescindible para su efectiva vigencia.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* busca estudiar y promover la reflexión sobre temas actuales de relevancia para el derecho constitucional. Desde sus inicios, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer se ha planteado la necesidad de contar con una publicación que no sólo se refiera al derecho constitucional de un solo país sino que comprenda el estudio del derecho en los distintos ordenamientos jurídicos de toda América Latina, procurando que con su lectura pueda obtenerse una visión integrada del derecho vigente.

La razón de nuestro interés en contar con este tipo de publicación no se debe únicamente a que el Programa Estado de Derecho tiene competencia en todos los países de América Latina, lo que facilita esa visión global del derecho que tanto nos importa, sino también a que creemos que no puede desconocerse el proceso de integración y de internacionalización del que hemos sido testigos en los últimos años.

No es novedad que la integración es el fenómeno de nuestros días, que ha avanzado y viene avanzando a pasos agigantados y que abarca, entre otras muchas cosas, todas las áreas del conocimiento; es así política, económica, social, cultural, académica, por mencionar sólo algunos de sus aspectos.

El derecho tampoco ha quedado ajeno a esta realidad; por el contrario, acompaña este fenómeno y día a día se transforma. Esto incluye por supuesto también al derecho constitucional, antes circunscrito a las fronteras de cada Estado, que ha deja-

do de agotarse en cada país y cuyos principios se extienden y cruzan fronteras. Es así que el estudio de las normas fundamentales de otros sistemas jurídicos, el contacto con operadores del derecho de otros países, el conocimiento de otras realidades que también se ven reflejadas en las Constituciones se revela sumamente enriquecedor.

Las crisis que en el 2005 sacudieron en particular a Bolivia y Ecuador dejaron en evidencia la amenaza a la institucionalidad que significa la continuación de la exclusión de la población indígena. Por esta razón el Programa Estado de Derecho comenzó por un lado a incorporar a sus actividades a juristas indígenas en calidad de disertantes. Asimismo, en esta edición del *Anuario* incorporamos por primera vez una sección dedicada al *derecho indígena*, con seis trabajos de expertos en este tema.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* es el fruto del esfuerzo de destacados juristas de todo el continente latinoamericano, quienes prestan su generosa colaboración a fin de lograr un material que sea útil a estudiosos y aplicadores del derecho de toda América Latina. A ellos, mi más sincero agradecimiento, como también a los autores invitados de Alemania y España. Se destaca no sólo el contenido de sus artículos, sino también la riqueza que significa contar con aportes de juristas que provienen de tan distintas tradiciones.

Han transcurrido doce años desde la primera edición, y presentar este nuevo número me produce mucha satisfacción. Para mí personalmente fue el quinto *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* que tuve el honor de preparar y editar como director del Programa Estado de Derecho. A principios del año 2006 voy a volver a Alemania. Sin embargo, el cambio es sólo geográfico. Seguiré trabajando sobre el mismo tema del Estado de derecho en la casa central de la Fundación Adenauer en Berlín, como coordinador de los Programas Estado de Derecho en todo el mundo. Aprovecho por eso la ocasión para despedirme cordialmente de todos los colegas y amigos que he encontrado en Latinoamérica desde que empecé a trabajar sobre el derecho latinoamericano, a principios del 1996.

Dr. iur. Jan Woischnik
Montevideo, enero de 2006

I. Derecho constitucional

- *Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)*
  Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial

- *Jürgen Brand (Alemania)*
  La evolución del concepto europeo de Estado de derecho

- *Heber Arbuet-Vignali (Uruguay)*
  Peligrosos prejuicios sobre soberanía

- *Francisco Cumplido Cereceda (Chile)*
  Reforma constitucional en Chile

- *Fernando Muñoz León (Chile)*
  Leyes orgánico-constitucionales:
  insatisfactoria rigidización de la democracia

- *Matthias Herdegen (Alemania)*
  La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad

- *Laura Zúñiga Rodríguez (España)*
  Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información.
  La situación en España y Perú

- *Rupert Scholz (Alemania)*
  Los partidos políticos en el sistema constitucional de la República
  Federal de Alemania. Fundamentos jurídico-constitucionales
  y realidad constitucional

- *Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)*
  La jerarquía de las leyes constitucionales en el derecho constitucional guatemalteco

- *Luis Felipe Sáenz J. (Guatemala)*
  La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruencia con la normativa de la Constitución Política de la República

- *Hidemberg Alves da Frota (Brasil)*
  Teoria geral das Comissões Parlamentares de Inquérito brasileiras

- *José Ignacio Hernández G. (Venezuela)*
  Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano

- *Mario A. R. Midón (Argentina)*
  La pertenencia de las bancas en el ordenamiento argentino

Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) *

Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial **

1. Ideas básicas

1. Entendemos por *ética* la doctrina que se ocupa de virtudes y vicios. El hábito de cumplir las exigencias de los valores en cuanto al actuar se denomina *virtud*.[1] La vinculación entre ética y política, en este caso entre ética e independencia del Poder Judicial, es tan estrecha que (a nuestro juicio no sin cierta peligrosidad) en su *Ética nicomaquea* Aristóteles dice que esa obra es, de alguna manera, un tratado de ciencia política.[2]

Pese a lo mucho que puede lograrse para la *in-dependencia* (como no *pendencia*) del Poder Judicial a través de la *organización* jurídica, como en todos los casos del derecho, el éxito de la aspiración depende en gran medida de la *virtud*, de la

---

* Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET (Argentina). ‹mciuroc@arnet.com.ar›

** Estudio basado en la exposición hecha por el autor en el seminario *Ética e independencia judicial*, celebrado los días 2, 3 y 4 de marzo de 2005 en Neuquén, organizado por Fores, Argenjus y la Fundación Konrad Adenauer.

[1] En la *Ética nicomaquea*, Aristóteles distingue dos clases de virtudes o capacidades: intelectuales y éticas; de esta vertiente se derivaría el nombre *ética*. De aquí suele extraerse que la ética es la "ciencia de lo moral" (puede verse, por ejemplo, Johannes Hessen: *Tratado de filosofía*, trad. Juan Adolfo Vázquez, Buenos Aires: Sudamericana, 1970, pp. 511 ss.). En cuanto a virtudes intelectuales y morales, es posible ver, por ejemplo, Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al derecho*, 6.ª ed., 5.ª reimp., Buenos Aires: Depalma, 1987, pp. 388 ss. Puede verse también nuestro estudio "Perspectivas integativistas trialistas de la ética y la independencia del Poder Judicial", en *Ética e independencia del Poder Judicial*, sesiones de jueces de segunda instancia de los tribunales de las provincias argentinas del centro, Córdoba: Argenjus, 2004, pp. 5-24.

[2] Aristóteles: *Ética nicomaquea*, en *Obras*, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid: Aguilar, 1964, libro I, capítulo 3, p. 1175.

proyección hacia los valores que tienen los protagonistas. No sólo de la virtud meramente *intelectual*, en que se procura realizar lo debido por un móvil distinto de la adhesión al valor, sino de la virtud *moral*, en que se procura realizar lo debido por adhesión al valor.[3] Al fin, mucho depende de lo profundo de los protagonistas, en este caso, de los jueces.

2. Si se desea promover la ética judicial, es relevante contar con una *construcción del objeto jurídico* que permita reconocer las grandes dificultades y tensiones que, en términos de *tentaciones* y *amenazas*, ella debe afrontar. Al referirse a su noción de virtud intelectual, Aristóteles la vinculó a la educación.[4] Es importante educar en la posibilidad de *comprender cabalmente* la virtud judicial. Hay que estar en condiciones de reconocer las *virtudes* y los *vicios* de los integrantes de la judicatura y de formar jueces idóneos para seguir caminos de virtud y evitar los del vicio. Para ello es esclarecedor considerar, con criterio integrativista *socio-normo-axiológico*, como lo propone el *tridimensionalismo trialista*, todas las tentaciones y las amenazas que enfrenta la ética judicial.[5] En particular, importa abrir el planteo jurídico a la superación de los marcos normativos con la consideración de la realidad social y los valores.

Según el trialismo, el objeto jurídico ha de ser un conjunto de repartos de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la *vida* (dimensión sociológica), captado por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorado por el valor justicia (que a nuestro parecer puede establecerse con referencia a consensos valorativos; dimensión dikelógica). Desde una perspectiva dinámica, el despliegue jurídico se produce en un marco social, normativo y valorativo de oportunidades que pueden ser más o menos aprovechadas mediante la toma de decisiones.

---

[3] En cierto sentido, en cuanto a virtud intelectual y virtud moral, puede verse Aristóteles, o. cit., libro II, capítulo 1, p. 1187

[4] Ibídem.

[5] Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, pueden verse, por ejemplo, Goldschmidt: o. cit.; Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Derecho y política*, Buenos Aires: Depalma, 1976; ídem: *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; ídem: *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

En un sentido integrativista resultan muy esclarecedoras las palabras de Robert Alexy cuando dice: "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias." (Robert Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, trad. José M. Seña, 2.ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21; véase asimismo p. 87).

A diferencia de las posiciones que se interesan de manera central por las normas, el trialismo considera que es la *vida* la referencia nuclear que ha de tomar la ciencia jurídica. No se trata de remitirse a la vida como marginalidad de las normas, sino de referirse a las normas como partes de la comprensión de la vida.

Las normas poco dicen de las inclinaciones a la desviación y de los sacrificios de los jueces virtuosos, que a menudo llegan a despliegues de heroísmo silenciados porque el modelo jurídico no está en condiciones de referirse a su grandeza. Los cauces de los modelos normativistas, realistas e incluso jusnaturalistas aprioristas ocultan a menudo la grandeza de la ética judicial.

3. En relación con los *despliegues sociales*, los paradigmas judiciales suelen ser muy distintos y dar lugar a diferentes desenvolvimientos éticos. La escuela de la exégesis defendió a un grupo que había hecho las leyes consagrando sus intereses de clase y no confiaba en los jueces ni en la evolución de la sociedad; consideró que el legislador había atendido debidamente a la realidad y a la justicia y sobre esa base pretendió convertir al juez en *boca de la ley*.[6] El modelo kantiano plasmado en el Código Civil austríaco de 1811, menos dirigido a la concentración del poder en un grupo, permitió al juez referirse a lo justo.[7] Expresando el deseo de quienes han hecho las normas y confían en los jueces, con un relativo optimismo acerca de la evolución social, Hans Kelsen planteó sucesivas *habilitaciones* que, por ejemplo, enfrentan a los jueces sólo con marcos de posibilidades en los que eligen con decisiones políticas.[8]

4. También importa atender a la diversidad de modelos de juez en que puede desenvolverse la ética judicial según las *distintas culturas*.

Cada circunstancia cultural, diferente en el espacio y el tiempo, brinda diferentes ámbitos para el desenvolvimiento de la tarea judicial y su ética. Pese a ciertos rasgos relativamente generales, cada judicialidad corresponde en sus particularidades a un marco cultural. Es diverso el modelo de juez de una cultura *teocéntrica* o *antropocéntrica*, el de un marco *jusnaturalista* o *positivista*. También lo es, en consecuencia, la ética respectiva. Los grados de compromiso resultan muy disímiles. No es lo mismo un juez que *re-liga* la cuestión; otro centrado en la voluntad de decisión y en la *re-solución*; otro que juzga emitiendo *juicio*; otro que valora en términos humanos. Las *virtudes* de referencia son muy diferentes.

En relación con los elementos básicos de la muy *compleja cultura occidental*, cabe pensar en modelos de juez en los que predominen los *aportes griegos*, *roma-*

---

[6] Pueden verse nuestros *Estudios de historia del derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

[7] Es posible consultar nuestras *Lecciones de filosofía del derecho privado (historia)*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

[8] Cabe ver nuestras *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

nos, *judeocristianos*. Las raíces griegas tienden a producir un juez más *filósofo*, buscador de referencias humanas profundas; las bases romanas orientan a desempeños judiciales más *prácticos*; los aportes judeocristianos producen jueces remitidos de profundidad *re-ligiosa*.

En el escenario marítimo mediterráneo desafiante y accesible, que facilitó la audacia navegante, *Grecia* aporta el sentido del arte crecientemente antropocéntrico; la vocación filosófica; el espíritu prometeico del pecado triunfante (conflictivo con el sentido adánico del pecado claudicante); la tensión entre la armonía apolínea y el estallido dionisíaco y la experiencia de autogobierno democrático. *Roma* brinda un gran sentido práctico y el gran desenvolvimiento del derecho privado patrimonial de la propiedad privada y la libertad de contratación. El *judeocristianismo* contribuye, quizás en *autorreferencia* de las aspiraciones humanas, con la creencia judía en un Dios creador, persona, omnisciente, omnipotente y omnipresente, irrepresentable y quizás innombrable, que el cristianismo considera encarnado, enseñando además que el Reino no es de este mundo y que el hombre no ha sido hecho para la ley, y proyectando el amor al prójimo en el amor al enemigo. El aporte *germánico* presenta a la individualidad en comunidad. Cada despliegue cultural tiende a brindar un modelo de juez y de ética judicial.

El mínimo grado de compromiso con la causa parece estar en el juez inspirado en el aporte cultural romano; el más hondo, en el judeocristiano. El juez de inspiración griega o romana juzga más como *hombre*; el judeocristiano puede considerarse más un *instrumento* de la divinidad.

Son distintos los jueces de proyecciones religiosas, como el que pretende básicamente Caifás cuando presenta desde el judaísmo un cargo religioso contra Jesús —o sea, jueces comprometidos, bien o mal, con lo que deciden—, los jueces inquisidores relativamente análogos que originó luego el cristianismo medieval y se proyectaron en la Edad Moderna y los que, con perspectiva más antropocéntrica y limitado compromiso, son ejemplificables a través del romano Poncio Pilato.[9] El juez de nuestros días tiende a expresar el predominio del elemento romano en la cultura *posmoderna*.[10]

Los jueces necesitan comprender los aspectos *histórico-biográficos* de su desempeño, reconocerse magistrados del *espacio* y el *tiempo* en que les toca desempe-

---

[9] Cabe consultar *ArteHistoria, Poncio Pilato*, ‹http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes/4683.htm› (25-3-2005).

[10] Diversas clasificaciones de los modelos de juez han recurrido a paradigmas de la cultura antigua, sean Hércules (Dworkin) o Júpiter, el propio Hércules en otro sentido o Hermes (Ost) (Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984, pp. 177 ss.; François Ost: "Júpiter, Hércules y Hermes, tres modelos de juez", en *Doxa*, n.º 14, pp. 169 ss.; Facultés Saint Louis, François Ost: "Projet de recherche, La fonction de juger dans la société contemporaine", ‹http://www3.fusl.ac.be/4DACTION/rechw_detail_projet/37522/561/F› (25-3-2005); Jorge Alberto Giandomenico y Alejandro Lesser: "El Poder Judiciario y la universalización de los derechos", ‹http://forumjuizes.pmachinehosting.com/more.php?id=2_0_1_0_M2›; Los PalosGrandes.com, "La tragedia del juez Manuel Jiménez de Parga", ‹http://www.lospalosgrandes.com/html/modules. php?name=News&file=article&sid=48› [25-3-2005]).

ñarse y vivir. La magistratura no debe ser algo *externo*, de algún modo mecánico, como lo pretendió, por ejemplo, la escuela de la exégesis, sino profunda y equilibradamente integrado en la vida del juez. Tampoco puede resolverse satisfactoriamente su posición pretendiendo una *neutralidad abstracta*, desconectada de la vida concreta.

El juez *está* en un *lugar cultural* y también las partes se hallan en lugares culturales. Estos lugares tienen gran importancia en la construcción de la *impartialidad* y la *imparcialidad* judiciales. Las nociones hoy predominantes acerca de una y otra tienden a no atender de modo suficiente a los aportes que pueden obtenerse al respecto a la luz del reconocimiento integrador no sólo *sociológico*, *normológico* y *axiológic*o de los lugares de referencia, sino de los sitios culturales en que están y se desea que estén los jueces y las partes. Esos lugares son especialmente complejos en la compleja cultura occidental, no sólo de manera estática, sino dinámica.

La *impartialidad* que pueda obtenerse respecto del planteo *originario* del caso desaparece cuando el juez es llamado a resolverlo; en la dinámica vital el juez *deviene parte* de una manera inevitable. Pese a los esfuerzos que deben hacerse para evitarlo, en el devenir del caso queda interesada su propia vida: Para referirse a la ética y la independencia es relevante poder esclarecer cómo se resuelve esta situación, cuál es la imparcialidad al fin alcanzada. Importa establecer cuál es la cercanía y la distancia que desde las dimensiones jurídico-sociológica, jurídico-normológica y jurídico-axiológica (dikelógica) y desde el panorama cultural existe originariamente y se desarrolla entre las partes y el juez.

El tiempo que vivimos corresponde a un *cambio de era*, no sólo de edad de la historia, cuyas particularidades, todavía indefinidas, suelen ocultarse bajo el nombre simplemente contrastante y genérico de la *posmodernidad*.[11] La nueva *era* histórica está signada por fenómenos como la revolución comunicacional y de la información; la globalización/marginación, la integración y la universalización; la versión del contraste inmemorial entre despojo y discurso como ocultamiento de la rapiña con el despliegue a menudo sólo verbal de los derechos humanos; la confusión de valores que produce el terrorismo más o menos evidente; las tensiones entre economía y democracia y, sobre todo, las posibilidades de la genética humana. El estallido de la primera bomba atómica, producido en Hiroshima el 6 de agosto de 1945, puede haber sido anuncio de un tiempo en que, por primera vez, una especie podrá disponer su porvenir, incluso las características de las generaciones futuras.[12]

---

[11] Pueden verse nuestros *Estudios de historia del derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Acerca de la nueva era es posible ver, por ejemplo, Autopoiesis, Sala 1, Textos A-C, "A través del maravilloso espejo del universo", "Algo más sobre bifurcación", ‹http://www.colciencias.gov.co/redcom/tex_ac.html› (6-5-2004). El cambio de época es tratado también, por ejemplo, por Carlos Fernández Sessarego en *Derecho y personas, Introducción a la teoría del derecho*, ‹http://www.monografias.com/trabajos13/deryper/deryper.shtml› (12-5-2004).

[12] "6 de agosto de 1945", "Hiroshima y Nagasaki", "Un sol de fuego", ‹http://www.patriagrande.net/uruguay/eduardo.galeano/memoria.del.fuego/19450806.htm› (4-5-2004).

La cultura occidental, de tensa y compleja evolución al menos hasta ahora, origina gran parte de las características de referencia, que acentúan la *mundialidad* del fenómeno cultural.

Una *nueva era* requiere un *nuevo modelo de juez*, también una *ética judicial específica*.

5. La *Argentina* es un país relativamente *occidental*, caracterizado como tal por los rasgos generales antes referidos, pero afectado a su vez por tensiones propias, que lo hacen considerablemente *inestable*, sobre todo en la *superficie*. Una de las grandes tensiones es la que se produce entre los elementos *hispánicos tradicionales* reforzados por la presencia itálica del Sur, que son más católicos de referencia medieval, comunitaristas y paternalistas, y los elementos *angloafrancesados* actualmente fortalecidos por la presencia norteamericana, que son más modernos e incluso quizás ocultamente reformados, individualistas y abstencionistas.[13]

En la vertiente hispánica tradicional figuran Felipe II; de cierto modo, Cornelio Saavedra; Juan Manuel de Rosas y Juan Domingo Perón. En la segunda corriente se encuentran Carlos III, Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento y Pedro Eugenio Aramburu.

Uno y otro sector son afectados por cierta tendencia a la ocupación *parasitaria* de un territorio enorme y muy rico, y tal vez también por cierta dificultad para integrar los *ideales* con la *realidad social* que tan lúcidamente señaló, en la obra cumbre de la literatura española, el genio cervantino.[14]

Como consecuencia del alejamiento de las *raíces* que se deberían tener en la realidad, el país suele presentar características de inestabilidad. La *crisis estructural* corresponde a una gran mutabilidad que en la historia afectó a las instituciones gubernamentales y en los últimos tiempos ha sido no sólo monetaria, sino de referencia a cuestiones que hacen a otros aspectos de la cultura, como el comportamiento ante el delito y la búsqueda de la seguridad. Lamentablemente se ha llegado con particular frecuencia a la *manipulación partidista* de la actividad judicial. Los conflictos monetarios y la deuda externa son no sólo muestras del desequilibrio interno, sino de la difícil vinculación de la Argentina con el resto del mundo.

Por sus rasgos propios, la Argentina requiere una *judicialidad específica* que, a su vez, ha de tener rasgos particulares según sus diferentes *regiones*.

---

[13] Cabe citar, por ejemplo, nuestros estudios "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, pp. 21 ss.; *Bases jusfilosóficas del derecho de la cultura*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

[14] Pueden verse nuestros artículos "Una Argentina 'parasitaria' entre la feudalización y la colonización", en *Investigación y Docencia*, n.º 34, pp. 59-65; "Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 9, pp. 19 ss.

6. En marcos como los que hemos señalado en el tiempo actual y en nuestro espacio, el desempeño de los *jueces* tiene especificidades difíciles. Es difícil ser juez en un cambio de era de la historia y lo es de manera particular en un país inestable, con una gran crisis estructural.

Al juez le compete tradicionalmente la formación de un *equilibrio del caso concreto particular*, pero en el marco actual y particularmente en países como la Argentina lo concreto y particular están en crisis por la frecuente *presencia de lo general* no resuelto satisfactoriamente, porque se trata de cuestiones nuevas o porque las soluciones no resultan aceptables.[15]

2. Aportes para el análisis trialista de la ética judicial en nuestro tiempo y en la Argentina en particular

2.1. El mundo jurídico en general

2.1.1. Dimensión sociológica

7. Los *repartos*, adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la conducta de seres humanos determinables, son el núcleo del interés de la dimensión sociológica del mundo jurídico. En una relativa marginalidad interesan las *distribuciones*, que son adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Aunque jerarquiza las adjudicaciones producidas por la conducta de seres humanos determinables, la propuesta trialista se interesa en definitiva por todas las adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la vida, en especial la *vida humana*; es decir, no sólo por los repartos, sino también por las distribuciones. Con una perspectiva relativamente *moderna*, se centra en la conducción repartidora, pero un tema de creciente consideración ha de ser el despliegue de las distribuciones.

La relativa dificultad de adoptar los conceptos de cierto modo innovadores de reparto y distribución y potencia e impotencia es recompensada ampliamente con la capacidad de captar la vida, una realidad difícil de conceptuar, pero lo que al fin más nos interesa.

---

[15] Es posible ver nuestra *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. Asimismo cabe consultar, por ejemplo, "El razonamiento forense en el siglo XXI (su comprensión trialista)", en *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pp. 73-98; "El trialismo y la crisis de la razón tribunalicia en la postmodernidad"; "Investigación…", art. cit., n.º 28, pp. 23 ss.; "Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces", en *Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina*, número especial, 31 de marzo del 2004, pp. 30-38.

El obrar del magistrado es parte de un *marco social complejo* de adjudicaciones en las que se reparte o distribuye nuestra vida.

8. El juez es un *repartidor*. Todos los repartos, también los producidos por los jueces, pueden ser estudiados desde los caracteres de los *repartidores* (que, en nuestro caso, pueden desempeñarse en tribunales unipersonales o colegiados); los *recipiendarios* (beneficiados o gravados, por ejemplo, las partes); los *objetos* (*potencias* e *impotencias*, realidades que favorecen o perjudican la vida y el ser de los recipiendarios); la *forma* (es decir el camino previo recorrido para llegar al reparto que, en el ámbito judicial, es el proceso) y las *razones* (móviles, razones alegadas y razones sociales que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso). Estos caracteres de la realidad social pueden coincidir o no con lo que refieren las normas.

9. En su carácter de repartidor, el juez es un *conductor* que adjudica potencia e impotencia. Como conductor, elige entre diversas posibilidades, que pueden provocarle cierta angustia. Al repartir favorece o perjudica la vida humana.

La noción de sujeto que puede conducirse está hoy en relativa crisis, en parte por el carácter *veleidoso* que, sobre todo en medios como el argentino, suelen tener las voluntades, pero asimismo de modo destacado en la perspectiva de corrientes que concentran su atención en las estructuras y declaran el *fin del sujeto consciente*. En cierta correlación con ello, el papel atribuido al juez como sujeto conductor se debilita.

En el marco del desempeño judicial hay cursos históricos, fuerzas económicas, religiosas, políticas, etcétera, que llegan a constituir una *constitución material* limitativa de todas las decisiones que adopte el magistrado.[16] A veces los jueces tropiezan con ella y en ciertos casos se los enjuicia sin tenerla en cuenta.

En el espacio social de actividad de los magistrados hay *múltiples interesados* que resultarán *recipiendarios* beneficiados o gravados, a veces con apoyo normativo, de manera que pueden jugar como factores de poder, y en otros casos sin tal cobertura por las normas, caracterizables como grupos de presión.

Las partes y el propio juez son siempre elementos interesados, al fin recipiendarios, del ámbito de inserción de la tarea judicial. La legítima búsqueda de la imparcialidad de los magistrados no debe ocultar este gran obstáculo que al respecto ha de vencer. Como hemos reiterado, el juez al menos deviene parte interesada porque puede ser beneficiado o perjudicado por las consecuencias de su obrar. En el medio argentino no se ha logrado consolidar en la sociedad la convicción de que los jueces pueden alcanzar la pretendida imparcialidad, incluso en cuanto a su interés personal. Se ha instalado cierto sentido de *des-confianza* respecto del obrar judicial.

---

[16] Siempre vale atender a las enseñanzas de Fernando Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

El recorte tradicional del marco de los recipiendarios de los repartos judiciales es muchas veces superado por planteos judiciales *difusos*. Esto suele *desorientar* el desempeño y la imagen de algunos magistrados.

Los *objetos* del reparto, potencias e impotencias, que deben adjudicar los jueces son múltiples y abarcan los más profundos despliegues de la vida. Las diferentes potencias e impotencias diversifican de tal manera la actividad judicial que suelen justificar las distintas esferas de competencia. Por ejemplo: no es la misma la previsibilidad que la burguesía necesita para las decisiones patrimoniales civiles que la que requiere en cuestiones penales o laborales.

Los aspectos de la vida que resultan confiados a los jueces en tiempos y medios como los que nos ocupan son particularmente cambiantes y significativos. En la crisis los jueces son convocados para resolver cuestiones que tradicionalmente corresponden a los legisladores y los administradores.

Hoy los límites de los recipiendarios y los objetos de los repartos judiciales llegan a desdibujarse por la fuerte aparición de los hombres futuros como receptores de grandes potencias e impotencias al punto que, como se ha señalado, ha comenzado a poder decidirse el porvenir de nuestra especie.

La *forma* del reparto judicial es normalmente el proceso (caracterizado por la audiencia), pero puede ser también una mera imposición envuelta en meras exterioridades procesales. En días como los presentes la audiencia procesal está enrarecida por la dificultad de los casos a veces muy novedosos (verbigracia, en la informática, la reproducción asistida, la genética, etcétera) y, en nuestro medio, lo está a menudo por la inestabilidad que lleva a discursos imprevisibles. Hace unos meses, parecíamos orientar la actividad judicial a un *abolicionismo* penal; hoy el clamor por la seguridad e incluso la venganza resulta casi multitudinario. La audiencia judicial es llevada a desarrollarse sobre planteos que a menudo son *confusos*. Los medios de comunicación de masas pueden favorecer la audiencia, pero también bloquearla.

En cuanto a *razones* de los repartos pueden distinguirse los móviles de los repartidores, las razones que alegan y las razones que les atribuye la comunidad cuando los considera valiosos. En nuestro medio suele creerse, con base real o sin ella, que entre los *móviles* de los jueces está su propio beneficio. En el desempeño judicial las *razones alegadas* por los repartidores tienen un destacado lugar en la fundamentación, pero en medios como los que nos ocupan ésta no es fácil porque las discrepancias axiológicas son significativas. Los magistrados pueden lograr que sus pronunciamientos tengan *razones sociales*, que llevan a la *fuerza de convicción* de las medidas que adoptan, en las partes y en la comunidad.[17]

---

[17] Cabe tener presente, por ejemplo, Carlos Cossio: *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Kraft, 1945 (2.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959).

10. Los repartos pueden encontrar *límites necesarios*, impuestos por la *naturaleza de las cosas*. Pueden tener carácter físico, psíquico, lógico, sociopolítico, socioeconómico, etcétera. Las presiones sobre el desempeño de los magistrados limitativas de su obrar, en especial en marcos como el nuestro, de permanente crisis e incluso de debilidad del Poder Legislativo —que a veces llega a ser sumiso al Ejecutivo—, son grandes. Los intereses, conservadores o innovadores, ansiosos de seguridad o de transformaciones, se muestran, por ejemplo, en el referido poder de los medios de comunicación de masas.

11. Reconociendo la realidad social con más o menos conciencia, con mayor o menor adhesión a las normas y a valores y aprovechando más o menos las oportunidades, el magistrado toma una *decisión* que al fin busca ser *efectivizada*. Mucho es lo que se ha escrito sobre la teoría de la decisión, pero siempre, incluso más allá de los precedentes, existe una difícil y única opción del magistrado, adoptada con más o menos conciencia. En tiempos como el presente, signados por el profundo cambio, y en países como la Argentina, caracterizados por la inestabilidad, esa dificultad y esa unicidad son especialmente intensas.

12. Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*, y realizar de modo respectivo los valores poder y cooperación. Los jueces son repartidores autoritarios, pero en nuestras circunstancias los marcos de la conducción y, consecuentemente, de la autoridad y la autonomía son limitados. La autoridad judicial de hoy, y de modo muy particular en países como la Argentina, es jaqueada a menudo por otras fuerzas, empresariales, políticas, comunicacionales, etcétera, y por la impredecibilidad del cambio histórico y la inestabilidad. A veces, por otra parte, con el apoyo de los medios de comunicación de masas y la opinión pública, los jueces pueden avanzar sobre espacios que corresponderían al Poder Legislativo, como sucedió, por ejemplo, cuando impulsaron la introducción del divorcio vincular en la legislación.

Cuando el poder es desarrollado de acuerdo con valores compartidos toma un sentido especialmente intenso de *autoridad*; importa que el desempeño de los jueces lo posea.

El desenvolvimiento del capitalismo tiende a apartar muchos casos del desempeño de los jueces promoviendo la intervención *arbitral*, donde la autonomía de las partes avanza sobre la autoridad judicial, al menos en cuanto a la elección de los repartidores. Los árbitros son considerados repartidores *paraautónomos* porque cuentan para su desempeño en calidad de tales con el acuerdo de los interesados.

13. Los repartos pueden presentarse ordenados, en un *régimen*, o desordenados en situación de anarquía, con lo que se realiza respectivamente el valor orden y el *disvalor* arbitrariedad. El orden puede generarse mediante el *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores (quiénes mandan) y cuáles son

los criterios supremos de reparto (con qué criterios se manda) y satisface el valor previsibilidad, y por la *ejemplaridad*, desenvuelta según la marcha de racionalidad del seguimiento de modelos y realizadora del valor solidaridad. La planificación gubernamental suele expresarse en constituciones escritas, leyes, etcétera, y la ejemplaridad se manifiesta en la costumbre, los usos, la jurisprudencia, etcétera. La ordenación social de la tarea judicial se manifiesta en gran medida en la *jurisprudencia*, que suele tener gran despliegue incluso en el espacio *continental romano-justinianeo germánico*, mas en tiempos y medios locales como los que nos ocupan el desenvolvimiento jurisprudencial se hace difícil y a veces adquiere la negación de razonabilidad mostrada en cursos erráticos.

El desenvolvimiento de los regímenes puede ser más conservador o innovador; sus *vicisitudes* principales son la revolución, en la que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, la evolución, en la que varían sólo los criterios, y el golpe de Estado, en el que se modifican sólo los repartidores. Nuestros días, de culturas fracturadas en estratos y en grupos del mismo nivel diversificados y conflictivos, están viviendo una enorme evolución, a veces con ciertos caracteres revolucionarios de cambio de los supremos repartidores, cada vez más planetarios. Nos hallamos en una era en la que, sobre todo por la proyección planetaria de las fuerzas y las relaciones de producción, parece estar formándose un orden mundial, un posible *Estado mundial* en etapa hobbesiana, donde el desempeño de los jueces, por ahora muy vinculado al Estado moderno nacional, es considerablemente afectado. No es sin motivo que está avanzando la formación de una magistratura internacional.

En el espíritu capitalista, el proceso tiende a ser considerado como un *negocio* y es estudiado en tal sentido por el análisis económico del derecho; esto no puede menos que afectar la concepción judicial al menos superficialmente tradicional.

La Argentina, sumida muchas veces en muy difíciles situaciones de emergencia, vive, como hemos señalado, una crisis de la razonabilidad atribuida en parte al desempeño judicial y soporta una permanente situación de "golpe de Estado" con ciertas alternativas revolucionarias, es decir, frecuente inestabilidad de la conducción y ciertos cambios en los criterios de reparto, aunque parece que en definitiva no hay modificaciones profundas en la orientación. En nuestro medio mucho cambia en la superficie, pero al fin no hay alteraciones profundas y el país es estático; tal vez todo cambie para que nada cambie. Una situación así dificulta el desempeño judicial. En general, los jueces se desenvuelven mejor en climas de razonabilidad, pero en estas circunstancias la razonabilidad es débil y contradictoria.

Para evitar lesiones en el tejido social es aconsejable que, según señalamos, los jueces dicten sentencias con *fuerza de convicción* social, mas ésta es muy difícil en las presentes circunstancias. Es más, la fuerza de convicción que ha de obtener la tarea judicial está hipotecada por la fuerza de convicción alcanzada por los medios de comunicación de masas, y en situaciones críticas cualquier fuerza de convicción se debilita.

El desempeño del juez es una tarea de *equilibrio* cultural, especialmente difícil en situaciones de gran cambio y de movimiento a la deriva.

14. Las *categorías básicas* principales para la construcción de la dimensión sociológica del mundo jurídico son la causalidad, la finalidad objetiva que *encontramos* en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad. Las dos primeras y la penúltima son *pantónomas* (*pan*, 'todo'; *nomos*, 'ley que gobierna'), de manera que deben ser manejadas mediante fraccionamientos productores de certeza. Una de las aspiraciones de la conducción repartidora es lograr que la finalidad objetiva coincida con la finalidad subjetiva de la conducción. Recortando el sentido de la finalidad objetiva se suele hablar de repartos exitosos y fracasados. También la construcción de la dimensión sociológica del desempeño judicial se hace en el curso de las categorías referidas y, en los casos respectivos, de su fraccionamiento. Los jueces y las partes esperan, según sus perspectivas, que la finalidad objetiva de los acontecimientos corresponda a sus finalidades subjetivas. Recortando las categorías pertinentes obtienen certeza. Los jueces han de lograr, en este sentido, que sus repartos sean exitosos.

En nuestra época de gran cambio y en un país particularmente inestable como la Argentina, la finalidad objetiva de los acontecimientos se hace muy difícil de conocer, la causalidad resulta incontrolable, las posibilidades son demasiado grandes y la captación de la realidad produce muchas sorpresas. Cabe señalar que, con alcances generales, vivimos un tiempo de fin de las certidumbres. Asumir finalidades subjetivas en estas circunstancias tiene múltiples obstáculos. De aquí la angustia de la *indecisión* frecuente en los repartidores, incluso en los jueces de nuestros días. La aceleración general de la historia y la desorientación superficialista, promovidas por el afán capitalista de lucro, tienden a sustituir, según indicamos, el juicio judicial por el *pre-juicio* instalado casi repentinamente, según las finalidades subjetivas de los manipuladores de la información. El caso se torna una *mercancía* que urge producir y vender. Se establecen así "certezas" irreales y cambiantes.

Pocas veces como en las situaciones que nos ocupan se necesita tanto a los jueces, pero éstos a su vez resultan, con cierta frecuencia, fundada o infundadamente desacreditados.

2.1.2. Dimensión normológica

15. Para lograr la integración (no mera yuxtaposición) de la realidad social y las consideraciones de valor con las normas, el trialismo propone construir la noción de norma como la *captación lógica de un reparto proyectado* hecha desde el punto de vista de un tercero. Esto significa que la norma capta un proyecto desenvuelto en términos de *causalidad*, no de imputación como lo presenta la teoría kelseniana.

La *captación* normativa *describe* e *integra*, de modo simultáneo, el reparto proyectado. Al describirlo refleja la auténtica voluntad de los repartidores y su cumpli-

miento. Si la norma describe con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores, es *fiel*; la tarea encaminada a lograr la fidelidad es la interpretación. Cuando se produce el cumplimiento que anuncia, la norma es *exacta*; la tarea dirigida a obtener la exactitud es la aplicación. Que la norma sea aplicada es un despliegue al que el trialismo adjudica gran significación: vale repetir que no interesa la vida por las normas sino las normas por la vida. La integración producida a través de la descripción precisa los repartos *rotulándolos* con diversos conceptos y al propio tiempo incorpora sentidos a la realidad. Cuando esta tarea integradora sirve a los objetivos de los repartidores, la norma es *adecuada*; la obtención de la adecuación depende en gran medida de la elaboración y la determinación. Los conceptos pueden ser menos *disponibles* por los interesados y más institucionales o más disponibles y negociales. Si la norma capta un matrimonio, la fidelidad depende de su correspondencia con lo que pensaron como matrimonio los repartidores; su exactitud se produce cuando se cumple y su adecuación se logra si el concepto *rotulador* e incorporador de sentidos de matrimonio responde a los objetivos de los repartidores. Aunque en nuestros días se difunden propuestas que vinculan las normas a sentidos sociales difusos, sobre las que quizás valga reflexionar, creemos esclarecedor considerar al juez responsable final de la fidelidad y la exactitud de las normas que aplica y de la fidelidad, la exactitud y la adecuación de las normas que produce.

En circunstancias del mundo y de nuestro país como las que referimos, la fidelidad, la exactitud y la adecuación son muy difíciles. La identificación del contenido último de las normas, el logro del cumplimiento y el empleo de conceptos adecuados son muchas veces obstruidos. La realidad se hace difícil de conceptuar con los conceptos tradicionales y resultan necesarios nuevos conceptos para captar realidades sorprendentes. Conceptos institucionales en la tradición se hacen negociales. Parece que se acerca el momento en que los nuevos métodos de reproducción humana y la *ingeniería genética* aplicada a nuestra especie pondrán en crisis conceptos inmemoriales como los de *padre*, *madre* e *hijo*.

16. Para referirse a la complejidad de los repartos, las normas suelen tener una *estructura compleja* compuesta, de modo básico, por un *antecedente* que capta un sector a reglamentar y una *consecuencia jurídica* que capta la reglamentación. Cada una de estas partes posee *características positivas y negativas* que deben estar presentes o ausentes para que la norma funcione.[18] La capacidad para construir las normas completas, reflejando la complejidad de los repartos (por ejemplo, recurriendo, en la norma referida al homicidio, a las características positivas que surgen

---

[18] Vale tener en cuenta qué es lo que forma parte de la norma en su complejidad sin disolver toda la complejidad de la normatividad en una sola norma. A veces se trata de características positivas y negativas, como lo requiere el reparto de cuya captación se trata; a veces se trata de normas diversas en conflicto.

del artículo 79 del Código Penal y en las características negativas a los artículos 34 y 59 del mismo cuerpo legal), es uno de los rasgos que diferencian al jurista del lego. Nuestra norma general completa acerca del homicidio establece que "Si un hombre matara a otro (característica positiva del antecedente) y el matador no fuera un inimputable, no obrara en legítima defensa, ni por obediencia debida, etcétera (característica negativa del antecedente), será la reclusión o prisión del matador de ocho a veinticinco años (característica positiva de la consecuencia jurídica) a no ser que prescriba la pena, se produzca un indulto, etcétera (característica negativa de la consecuencia jurídica)". El juez ha de ser un jurista, plenamente capaz de reconocer la complejidad de las normas referidas, pero (aunque el pensamiento complejo es uno de los requerimientos de nuestros días) las sociedades de estos días y en especial nuestra propia sociedad suelen orientarse a las simplificaciones. La realidad argentina es hoy un testimonio claro de la tendencia al pensamiento simple: se cree que aumentar las penas traerá, de modo directo, una disminución proporcional de los delitos. Algunos sectores valoran de modo exagerado la disminución de las características negativas de las normas penales.

Las normas jurídicas suelen construirse tradicionalmente según el *método analítico*, que descompone los casos en diferentes aspectos, y esto mismo sucede con las normas que utilizan los jueces. La exigencia analítica es, sin embargo, contrastante con el estilo de pensamiento global (no de síntesis superadora) instalado en las multitudes y en los medios de comunicación masivos. A menudo se exagera el valor de la posibilidad de que haya pocos antecedentes con soluciones rotundas.

17. Por captar repartos proyectados, las normas jurídicas disponen siempre para el futuro, pero pueden hacerlo con referencia a casos pasados o futuros, diferenciándose en *individuales* (cuando tratan casos pasados), *generalizadas* (cuando consideran casos futuros pero quedan abiertas a la inclusión de nuevos casos) y *generales* (cuando se refieren al futuro y se cierran a tal incorporación). A las normas individuales les corresponde la realización del valor inmediatez; a las generalizadas y generales, el valor predecibilidad. El *cierre* de las incorporaciones futuras, propio de la generalidad, suele surgir de la necesidad de establecer fronteras culturales; por ejemplo, entre la sociedad y los gobernantes productores de las normas penales. Las normas penales generales como requisito de tipicidad amparan a los reos contra el legislador.

Los jueces son, por lo común, autores de normas individuales, referidas a casos pasados, de modo que les corresponde la realización del valor *inmediatez*. Los magistrados brindan los *sentidos* al Estado: a través de ellos el régimen ve, escucha, toca, etcétera. Uno de los grandes problemas es que la sociedad tiene vocación por imágenes simples de comunicación masiva, por ejemplo las que suele adelantar la televisión, más que respeto por la realidad compleja que los jueces pueden y deben considerar. Los jueces han de observar y apreciar la realidad, en tanto la cultura general conduce a *sobrevolarla* en relatos construidos con fines de producir impacto.

18. Las *fuentes reales* de las normas que empleamos directamente para solucionar los casos están en la realidad social, son los repartos, no la voluntad divina o la razón. Dentro de las fuentes reales cabe diferenciar los repartos en sí mismos, su proyecto y su cumplimiento (*fuentes materiales*) y las autobiografías que de ellos hacen los propios repartidores (*fuentes formales*: constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etcétera). El poder de formalizar es muy grande, de aquí, por ejemplo, el poder de los expertos (verbigracia, notarios) que redactan las fuentes formales, incluyendo los jueces.

Las fuentes formales pueden elaborarse de modos más o menos *participativos* y resultar más o menos *flexibles* o *rígidas* y *elásticas* o *inelásticas* según la mayor o menor facilidad de su elaboración y cambio y la mayor o menor aptitud para adaptarse a las modificaciones sociales. La limitación de la participación, la rigidez y la inelasticidad están orientadas a proteger los intereses ya consagrados en las normas.

Los jueces, productores de sentencias tienen, como hemos dicho, el gran poder de la formalización, de la *rotulación* y la integración de sentidos en la realidad, pero deben ubicar estas fuentes formales como culminación de un camino de participación muy regulado y limitado, que es el proceso. Se trata de fuentes relativamente rígidas, aunque en alguna medida revisables, y tradicionalmente poco elásticas. Por el contrario, en tiempos como el presente y en realidades como las nuestras la rotulación y los sentidos son débiles y resultan muy exigidos de celeridad; se amplían las exigencias participativas hasta hacerse difusas y se exige que la flexibilidad y elasticidad sean grandes, todo de modos discordantes con la mayor o menor lentitud que suele tener el proceso.

19. Para que el reparto proyectado captado en la norma se convierta, como se pretende, en reparto realizado, es necesario que la norma *funcione*. El *funcionamiento de normas* es un complejo de tareas que abarca tareas de interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. El juez es uno de los grandes encargados del funcionamiento de las normas, pero todas esas tareas son afectadas por las referidas características del mundo actual y de nuestro país.

El funcionamiento de las normas suele producirse en una relación frecuentemente difícil entre los *autores de las normas* (por ejemplo, los legisladores) y los *encargados de su funcionamiento* (tarea que, como señalamos, corresponde con gran frecuencia a los jueces). Al fin los producen los encargados del funcionamiento, con mayor o menor respeto a las aspiraciones de los autores y de otros sectores sociales haciendo, de cierto modo, lo que quieren dentro de lo que pueden.

El *funcionamiento judicial* suele ser diferente de las conjeturas que, de buena fe o respondiendo a intereses desviados, hacen al respecto legos encargados de los medios de comunicación de masas y la opinión pública. En un mundo cambiante y en sociedades inestables, incluso en marcos de *descodificación*,[19] el *reconocimiento* de las normas a

[19] Cabe consultar Natalino Irti: *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè, 1979.

considerar suele ser difícil y en el marco de la *interpretación* las intenciones realmente pensadas resultan a menudo insatisfactorias para el logro de los fines en última instancia queridos. Las habilidades para el reconocimiento y la interpretación que poseen los jueces pueden llevarlos a soluciones distintas de las que pretenden los legos.

El cambio histórico y la mutabilidad de superficie suelen necesitar normatividades indeterminadas y la ponderación de principios diversos, pero sus determinaciones y los resultados de la ponderación son muchas veces discutidos, de modo que los jueces encargados de tal tarea tienen desafíos en su labor.

En el mundo de hoy se producen grandes *carencias históricas* de normas (lagunas históricas del ordenamiento normativo) por novedad de las cuestiones (negocios y delincuencia de proyecciones mundiales, comunicación electrónica, reproducción asistida, biotecnología, etcétera). En la Argentina se muestra asimismo una muy frecuente creencia en el *disvalor* de las soluciones existentes, es decir, una referencia reiterada a *carencias axiológicas* de normas (lagunas axiológicas del ordenamiento). A menudo la sociedad y los jueces se inclinan, aunque sea de modo velado, por abandonar los caminos de la interpretación y la aplicación de las normas para optar por nuevas elaboraciones, con la especial tensión que esto puede provocar en países del sistema *continental*, apegados a las reglas generales. Los caminos de la elaboración por la analogía y el recurso a los principios generales del derecho suelen ser insuficientes y se recurre a nuevas consideraciones de valor, con todos los riesgos de debate y presiones que esto trae consigo.

En tiempos de cambio profundo y de inestabilidad, las relaciones de *argumentación* entre expositores y auditorio adquieren particular dificultad. Esto sucede también con la argumentación de los jueces y las partes. La falta de términos de argumentación comunes debilita la fuerza de convicción de las sentencias y contribuye a veces a un clima de permanente crítica de la tarea judicial.

La aplicación de las normas exige tareas de subsunción (encuadramiento) de los hechos y de realización de la consecuencia jurídica, mas en situaciones como las que vivimos la comprensión del sentido de los hechos es también muy difícil. ¿Hacia dónde van los hechos en un cambio de era de la historia como el presente? ¿Qué significan los hechos en un país inestable como la Argentina? Son éstas otras perspectivas de los obstáculos del desempeño judicial.

Suele afirmarse que los jueces *conocen* el derecho (*iura novit curia*), mas en días y ámbitos espaciales como los que nos ocupan *conocer* el derecho resulta sumamente difícil, no tanto porque éste sea conflictivo, sino porque hay dificultades para establecer su correspondencia con los sentidos de los hechos. Tal vez no haya siquiera aplicación cuando se condena a penas de prisión a cumplir según las normas en cárceles sanas y limpias y éstas en casi nada coinciden con esas condiciones.

20. En la integración trialista el *ordenamiento normativo* es construido como la captación de un orden de repartos hecho desde el punto de vista de un tercero. La

lógica del ordenamiento describe e integra el orden de repartos. La noción de *fidelidad* del ordenamiento no se refiere al contenido de la voluntad de los autores de los repartos, como en el caso de las normas, sino al contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. El cambio del mundo posmoderno de nuestros días puede poner en crisis la fidelidad de los ordenamientos y en países inestables como la Argentina el sentido de la falta de fidelidad, de la no representatividad del ordenamiento respecto de la voluntad comunitaria, es particularmente intenso. Esto trae aparejada la falta de fidelidad atribuida muchas veces al ordenamiento judicial. Sin desconocer que en ciertos casos los cuestionamientos son fundados, el estado de cuestionamiento es mucho más amplio que sus fundamentos.

Al ordenamiento normativo le es inherente el imperativo de la *legalidad*. Sin embargo, el sentido fuerte de la legalidad *continental* como regularidad abstracta y con afinidades con las leyes naturales (en gran medida heredero del legalismo estoico) está hoy en crisis. En este marco, el juez, cuya vinculación con la legalidad es siempre importante, aunque a menudo sea muy tensa, se encuentra en una situación frecuentemente difícil, que le resulta *extraña*. Debilitado el *paraguas* de la legalidad, el juez se siente a veces *a la intemperie*.

21. La estructura del ordenamiento normativo, que se constituye en sentidos *verticales* y *horizontales*, en cada caso con referencias de *producción* y de *contenido*, ha sido pensada como una *pirámide*. Por las relaciones verticales de producción se realiza el valor subordinación; por las vinculaciones verticales de contenido se satisface el valor ilación; en las relaciones horizontales de producción se realiza el valor infalibilidad y en las vinculaciones horizontales de contenido se satisface el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia.

En tiempos como los presentes, la nunca del todo convincente representación piramidal está especialmente en crisis. Cada parte del ordenamiento se interrelaciona profundamente con las demás, de modo que una modificación en una puede cambiar las otras partes al punto que quizás sea más expresiva una representación esférica de múltiples influencias.[20] Quizás cada norma sea concebible como el centro de una juridicidad esférica proyectada en múltiples direcciones. El desempeño generador de normas de los jueces es de gran importancia en la constitución del ordenamiento, pero en las circunstancias referidas está fuertemente alterado en términos de incoherencia.

22. El trialismo propone clasificar los ordenamientos normativos en *órdenes* o *sistemas*, según el comportamiento que deba tener el encargado del funcionamiento (por ejemplo, el juez) ante las lagunas. En los órdenes el encargado consulta con el autor del ordenamiento; en los sistemas integra la laguna. En los órdenes el poder residual está en el autor; en el sistema ese poder es desplazado a otro centro.

---

[20] Es posible ver Ciuro Caldani: *Derecho…*, cit.

Si la integración se hace según un criterio cerrado, por ejemplo, de necesaria absolución del reo por falta de norma legal anterior, se trata de un *sistema formal*, donde el poder residual se asigna a la misma sociedad; si se integra conforme a criterios que incorpora el encargado del funcionamiento, se trata de un *sistema material* en el cual el poder residual le pertenece a él. Aunque el mundo actual y países como la Argentina son, por distintas razones de alguna manera imprevisibles, predominan los sistemas materiales, de modo que los jueces adquieren un papel protagónico. Es más, la formación de una estatalidad y una magistratura mundiales pone a veces en crisis, para los débiles, el resguardo de la exigencia de tipicidad.

2.1.3. Dimensión axiológica

23. El trialismo sostiene que el papel principal en el *complejo* de valores jurídicos corresponde a la *justicia*. Conforme a ese complejo se ha de reconocer al fin también la *ética judicial*. Sin embargo, la corriente trialista se diversifica según se afirme, con el fundador Werner Goldschmidt, que la justicia es un valor objetivo, llegando a la elaboración de una *dikelogía* (ciencia de la justicia), o se acepte la posible *indemostrabilidad* de ese valor proponiendo la *construcción* de criterios básicos que permitan rigor científico en el desarrollo del pensamiento dikelógico entre quienes los compartan.[21]

Goldschmidt sostuvo que objetivamente el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en *persona*. En nuestra posición, esa exigencia es la base de una construcción que nos resulta satisfactoria. En uno u otro sentido, el papel del juez está hondamente vinculado a la realización de la justicia. Su rol es deliberar acerca de la *razón* de alguien y sentenciar lo procedente, y la *razón* se refiere a lo jurístico sociológico, normológico y axiológico.[22] Sea objetivo o construido según la propuesta básica goldschmidtiana, la justicia es de cierto modo un valor *franciscano*, cuya valía consiste en gran medida en promover que los demás valores valgan.[23]

24. La construcción trialista incluye el pensamiento de los valores en tres despliegues, de *valencia* (deber ser *puro*; verbigracia, "la justicia debe ser"), *valoración*

---

[21] Puede verse Werner Goldschmidt: *La ciencia de la justicia (dikelogía)*, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1986.

Según la Real Academia Española, *demostración* significa "4. f. Fil. Prueba de algo, partiendo de verdades universales y evidentes" (Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, ‹http://www.rae.es/› (15-5-2004).

[22] Véase *juzgar*, ibídem.

[23] Es posible ver Miguel Reale: *Filosofia do Direito*, 5.ª ed., San Pablo: Saraiva, t. II, 1969, p. 626.

(deber ser *aplicado*; por ejemplo, en esta situación problemática, apreciada completamente, debe ser porque es justo aplicar tal solución) y *orientación* (criterios generales de valor; verbigracia, si ocurre tal situación genérica, por ejemplo, un homicidio, es justa tal solución, verbigracia, una pena). En tiempos y países como los nuestros la crisis acerca de los valores suele producirse reiteradamente a nivel de los criterios orientadores, de las posibilidades de valoraciones completas e incluso de la misma valencia de los valores. La solidez axiológica del desempeño judicial depende de tales despliegues. En la crisis, sobre todo a medida que se eleva el nivel de cuestionamiento, se hace muy difícil. Consecuentemente, se hace difícil el reconocimiento de la ética judicial.

25. Desde Aristóteles suelen reconocerse *clases de justicia* que son grandes senderos para su pensamiento. Utilizando categorizaciones de elaboración más actual, cabe establecer que los jueces se vinculan más a la justicia extraconsensual, relativamente *partial*, sectorial y de cierto modo general, a diferencia de la justicia consensual, *gubernamental* y particular. Como los requerimientos de la justicia general caracterizan al fin al derecho público y los de la justicia general identifican en definitiva al derecho privado, cabe decir que los jueces en alguna medida *publicizan* los conflictos. Sin embargo, en tiempos de la *privatización* esto resulta más difícil.

La *equidad* como justicia del caso concreto suele ser un despliegue de la fundamentación de la tarea judicial. En las situaciones que nos ocupan especialmente su invocación es frecuente, su sustentación débil. El debilitamiento de lo general y lo especial es recíproco.

26. La justicia resulta una categoría *pantónoma* referida a la *totalidad* de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. La pantonomía tiene despliegues que vinculan unas adjudicaciones con otras, las consecuencias de las adjudicaciones, el complejo personal, el complejo temporal y el complejo real. Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de *fraccionarla* produciendo así seguridad jurídica. Un juez perfecto, conforme al paradigma que a veces se adjudica a la Divinidad, haría justicia pantónoma; a los hombres nos es dado sólo realizar justicia fraccionada.

Los debates respecto de la tarea de los magistrados suelen referirse a los fraccionamientos o desfraccionamientos de la justicia, a la búsqueda de una seguridad mayor o menor. En tiempos como los actuales y en espacios como el argentino, se replantean los cortes de la justicia produciendo gran inseguridad y esto afecta la labor y la imagen de los magistrados. Según ya referimos, la aceleración de la historia, apremiada por el afán capitalista de lucro, tiende a sustituir el juicio por el *pre-juicio* instalado de modo súbito. Se establecen así *certezas* y *seguridades* ilegítimas. Los jueces, que de modo tradicional están relacionados a lo *microjurídico*, suelen ser puestos a resolver con decisivas perspectivas *macrojurídicas*.

Aunque el material estimativo de la justicia en el derecho se centra en las adjudicaciones de potencia e impotencia, también es relevante la *ética*, que al fin constituye uno de los soportes muy relevantes de la justicia de esas adjudicaciones. Pese a que es importante la virtud intelectual, en la que se hace lo que se debe porque se sabe que se debe, aunque sea por otras razones, lo es de modo definitivo la virtud moral, en la cual se hace lo debido sabiendo lo que se debe y por *adhesión al deber*.

27. Dentro de la construcción de cada complejo axiológico, los valores pueden relacionarse entre sí en *coadyuvancia* u *oposición*, sea ésta mera sustitución (legítima) o arrogación (ilegítima) del material estimativo que corresponde a un valor en aras de otro. Los cambios de era histórica y la inestabilidad se caracterizan por relaciones de oposición entre valores y de ruptura de los equilibrios más o menos fuertes que existían, por ejemplo por avances de la utilidad sobre la justicia. Como el desempeño judicial depende del equilibrio entre valores, las situaciones que nos ocupan producen importantes modificaciones en la tarea de los magistrados.

28. Si, como hicimos, se adopta el principio supremo de justicia propuesto por el trialismo, que exige asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona, es posible establecer juicios de justicia respecto de los repartos aislados y el régimen (como acerca de sus captaciones normativas).

En cuanto a los repartidores, su legitimidad puede basarse en la *autonomía* que a través del acuerdo cada interesado se adjudica a sí mismo y en la *aristocracia* de una superioridad moral, científica o técnica. La autonomía tiene matices, por ejemplo, la paraautonomía del acuerdo de todos los interesados en la designación de los repartidores (verbigracia, en el arbitraje), la infraautonomía del acuerdo de la mayoría (por ejemplo, en la democracia) y la criptoautonomía del acuerdo que prestarían los interesados en caso de conocer lo que se hace (verbigracia, en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Los jueces suelen ser legitimados por combinaciones diversas de infraautonomía (democracia) y aristocracia, pero a veces les toca adoptar decisiones opuestas a los criterios de la mayoría y en nuestros días la superioridad resulta frecuentemente cuestionada al punto que se prefiere a los árbitros y se buscan caminos extrajurisdiccionales.

Vías muy significativas para lograr la legitimación del desempeño de los magistrados, su desempeño ético y su estima social son la *educación judicial* y el desarrollo de la cultura jurídica de la *sociedad*. Urge tener magistrados y sociedades *a la altura de las circunstancias*. Tiene gran importancia que los jueces integren la especificidad de su desempeño en la plenitud de sus vidas. Nos parece que la superación de las limitaciones del reduccionismo *purificador* que considera sólo las normas, la disolución fáctica que lleva al oportunismo y el apriorismo axiológico es urgente.

El desempeño como repartidor genera *responsabilidad*. Siempre cabe relacionar a ésta con repartos aislados o con el régimen en su conjunto. En el caso de los jueces, la responsabilidad tradicional se refiere a los casos, mas parece avanzar la atribución de responsabilidad judicial por el régimen, de modo que ésta se acerca a la de los otros órganos del gobierno.

Entre los títulos de los recipiendarios cabe pensar en los *méritos* de la conducta y los *merecimientos* de la necesidad. Los jueces suelen ser en especial repartidores según méritos, en tanto los legisladores y los administradores se refieren más a los merecimientos, pero en las situaciones que nos ocupan, sobre todo en países como la Argentina, son a menudo invocados para ocuparse de los merecimientos.

La forma de *audiencia*, sea procesal o de negociación, posee especial legitimación. Los jueces son sobre todo repartidores en la audiencia procesal. Sin embargo, como hemos indicado, en el cambio histórico y en la inestabilidad esa audiencia es compleja y difícil.

Uno de los grandes títulos de la legitimación judicial es la fundamentación de los pronunciamientos de los magistrados, mas en estas situaciones de conflictos axiológicos la fundamentación se dificulta.

29. Un régimen justo ha de ser *humanista*, tomando al individuo como un fin y no como un medio, según ocurre en cambio en el totalitarismo. Para alcanzar la justicia del régimen hay que proteger al individuo contra todas las amenazas y a través de todos los medios disponibles, sean de otros individuos, el régimen como conjunto, el propio individuo o *lo demás*. El amparo contra lo demás incluye el resguardo frente a la enfermedad, la soledad, el aislamiento, la desocupación, etcétera. El desempeño de los jueces está tradicionalmente vinculado de modo especial a la protección del individuo contra los demás y también respecto del régimen, a través de la división de poderes y frente al propio individuo. Sin embargo, en los días actuales y en medios como el nuestro la división tradicional de poderes está en crisis y su tarea tiende a referirse de modo también relevante al resguardo contra *lo demás*.

2.2. Las ramas del mundo jurídico

30. Las distintas ramas jurídicas, diferenciables por características particulares en las tres dimensiones del mundo jurídico, hacen que el papel de los magistrados sea diferenciado de manera que suelen requerirse *jurisdicciones particulares*. En nuestras situaciones de tiempo y espacio algunas ramas como el derecho penal o el derecho comercial en sus aspectos crediticios resultan particularmente cuestionados. Los jueces son convocados muchas veces para solucionar problemas penales y económicos que normalmente debían ser resueltos por otros órganos gubernamentales.

Los planteos de las ramas jurídicas responden todavía a enfoques compartimentalizados que hay que superar con nuevas *perspectivas transversales* enriquecedo-

ras y enfoques de todo el *complejo*, tema éste que constituye una de los despliegues de la teoría general del derecho.[24] A las ramas tradicionales derecho constitucional, administrativo, penal, procesal, civil, comercial, laboral, etcétera, corresponde agregar nuevos despliegues enriquecedores como el derecho de la salud, el derecho de la ciencia y la tecnología, el bioderecho, el derecho del arte, el derecho de la educación, etcétera. Por ejemplo, la organización y la quiebra de un sanatorio están lejos de ser temas que correspondan exclusivamente al derecho comercial o a otras ramas tradicionales, vale tratarlos asimismo como cuestiones del derecho de la salud. En la construcción de esas nuevas ramas es muy importante el papel que corresponde a los jueces. Mucho puede hacerse con el despliegue de su ética.

---

[24] Cabe consultar nuestras "Lecciones de teoría general del derecho", en *Investigación*…, cit., n.º 32, pp. 33-76.

Jürgen Brand (Alemania) *

La evolución del concepto europeo de Estado de derecho

1. Estado de derecho y *rule of law*

La expresión *Estado de derecho* es reciente, pero el tema al que se refiere es antiguo y en definitiva constituye el rasgo determinante del derecho occidental. El concepto, que se remonta a las reflexiones de Kant, se fue preparando a fines del siglo XVIII con la *teoría del Estado de derecho* y alcanzó su significación específica —vigente en su mayor parte hasta nuestros días— en la Alemania del siglo XIX. Mediante una estricta sujeción a la ley se buscaba limitar la pretensión de poder del Estado y definir los derechos de sus ciudadanos. En la segunda mitad del siglo XIX, esta idea se amplió a la protección judicial de los derechos de los ciudadanos ante el Estado en general y la jurisdicción administrativa en particular.

El *rule of law* inglés es mucho más antiguo. Dicey lo desarrolló como concepto en 1881 para diferenciarlo del *Estado de derecho* tal como se lo entendía en el resto de Europa y puso de relieve la típica historia del derecho inglés con supremacía de los tribunales. A diferencia de la evolución en el continente, aquí no se trataba de la existencia y eficacia de libertades fundamentales plasmadas en una constitución formal y que influían en la legislación. El equivalente inglés del Estado de derecho tenía importantes componentes de tradición. Los derechos (estamentarios) se habían afirmado ante el poder público y, sobre la base del *Common Law*, avanzaron paulatinamente hasta abarcar a todos los ciudadanos y terminar por convertirse en un componente fundamental de ese conglomerado jurídico.

En tal sentido, la esencia del Estado de derecho se basa principalmente en ideales, mientras que el *rule of law* lo hace sobre experiencias históricas.

---

* Doctor y profesor de Historia del Derecho y de Derecho Administrativo en la Bergische Universität Wuppertal. ‹Brand@wiwi.uni-wuppertal.de›.

Incluso en la Alemania del siglo XIX, el *Estado de derecho* no fue entendido por todos en un sentido tan estricto como el que expresa la definición tan frecuentemente citada del conservador cristiano prusiano Friedrich Julius Stahl. Sin embargo, las dudas sobre la teoría desarrollada por Stahl no se referían al vínculo entre cristianismo y Estado de derecho, lo cual puede resultar sorprendente para el observador actual. A veces, incorrectamente, se da por sentado que el concepto surgió sobre la base del liberalismo laicista sin tener nada que ver con la religión. Dicha conclusión es errada. Ambos conceptos, tanto el de Estado de derecho como el de *rule of law*, se originan en la fusión específicamente europea de la filosofía antigua y la teoría del derecho con la religión judeocristiana.

2. Dios y el mundo

2.1. Derecho natural y derecho positivo

Para la sociedad arcaica, el derecho tenía origen divino. Con los diez mandamientos, Moisés le trajo a su pueblo desde el Monte Sinaí la voluntad de Dios tallada en piedra. Incluso los proverbios de Salomón enfatizaban que los reyes solamente cumplían la voluntad divina y los miembros del Consejo aplicaban su derecho. Incluso el derecho romano, que posteriormente tomaría un camino completamente distinto, que dominaría los ordenamientos jurídicos europeos e influiría sobre muchos sistemas jurídicos no europeos justamente por su singular racionalidad, al principio no pudo renunciar a la vinculación entre religión y derecho.

En Roma, lo que se hizo fue complementar el derecho originalmente de raigambre religiosa o bien crear un derecho completamente nuevo, de acuerdo con la voluntad del pueblo en su conjunto, pero sin olvidar que además de estas reglas formuladas por seres humanos existía un canon de *leyes no escritas*, que exigían ser respetadas independientemente de las circunstancias sociales, políticas y económicas particulares. En ese marco, es irrelevante si se consideraba su existencia como *razón en armonía con la naturaleza* y se la rastreaba hasta Dios como su *inventor* y *señor*, o bien si, como los griegos, se consideraba que residía en la naturaleza. La trascendencia de esta bipolaridad del derecho occidental, que de ninguna manera debe subestimarse, radica en la posibilidad de recurrir a otro orden *superior* cuando fracasa el *derecho positivo*, es decir, el cuerpo normativo elaborado por los hombres.

La relación de ambas esferas jurídicas, que aún se reconocen en un pie de mutua igualdad en el derecho general territorial prusiano de 1794 y también en el artículo 20 de la Ley Fundamental,[1] había sido tempranamente formulada por los griegos. Sófo-

---

[1] Artículo 20, apartado 3, de la Constitución: "El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la *ley* y al *derecho*".

cles destacaba, ya en el año 450 antes de Cristo, la supremacía de los "mandatos divinos no escritos", de carácter invariable, respecto de los "mandatos de los mortales". El hecho de que el derecho humano se retrotrajera a ese derecho *supratemporal* le daba la validez que también lo hacía vinculante para los gobernantes. Para los súbditos del rey, el deber de obediencia hacia su señor solamente se extendía en la medida en que no chocara con la otra esfera jurídica, a la que también se encontraba sujeto el rey. Este ideal, en virtud del cual, siguiendo a Platón, también "los gobernantes son sólo siervos obedientes de la ley", fue objeto de constantes violaciones, pero al mismo tiempo en los siglos siguientes siempre fue proclamado como *hilo conductor eterno*. A partir de Bodin, fundador del absolutismo, también pasó a regir para el monarca absoluto, que en cuanto a lo demás no estaba sujeto a ley alguna.

La profecía de Platón, que predijo la caída de los estados en los que el gobernante se alzara por encima de la ley, se cumpliría de manera ominosa. Principalmente en los estados del este, desde los persas, pasando por Bizancio y hasta el imperio soviético, esta carencia fundamental se convirtió en germen de la caída. A pesar de su poder y tamaño, se trataba de despotismos sin futuro.

En el *Tercer Reich* de Hitler, al alzarse el Führer por encima de la ley, se inició precisamente ese tipo de proceso. No habían faltado las advertencias. El 23 de marzo de 1933, el diputado Otto Wels fundamentó para los socialdemócratas el rechazo de la Ley de Plenos Poderes diciendo que una ley de tales características, aun siendo legal desde el punto de vista formal, no podía darles a los nacionalsocialistas el poder de "aniquilar ideas que son eternas e indestructibles". Wels también habría podido apoyarse en Cicerón. Dos mil años antes de la Ley de Plenos Poderes, el romano ya había manifestado que "era de lo más necio creer que todo lo decidido en las instituciones de los pueblos y las leyes era justo". Cicerón no le reconocía pretensión de validez al derecho que no estuviera en armonía con el otro ordenamiento jurídico, el *natural*. Previó que, si se abandonaba la doble fundamentación, sucedería lo que se convertiría en costumbre en Alemania entre 1933 y 1945: leyes formalmente válidas, pero que colidían con las categorías divinas o del derecho natural. Ya en esa época, Cicerón hizo una valoración que la mayoría de los contemporáneos, incluidos también los juristas, sólo efectuarían después de 1945: "Si los derechos se fundaran en el mandato popular, a través de ordenanzas de los príncipes, a través de las sentencias de los jueces, también sería lícito cometer hurtos en la vía pública, incurrir en adulterio y firmar falsos testamentos, en caso de que esto fuera convalidado por votos y resoluciones de las masas".

El Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre la 11.ª ordenanza relativa a la Ley de Ciudadanía del Reich, del 25 de noviembre de 1941, a través de la cual los nacionalsocialistas habían despojado de su nacionalidad alemana a los ciudadanos alemanes de origen judío, se refirió a ella como una injusticia convalidada por ley. En respaldo de esta postura, el Tribunal manifestó que "el derecho y la justicia" no pueden ser materia de discusión del legislador. Con esto queda reconocido en la jurispru-

dencia alemana moderna que existe *otro* orden jurídico además del derecho estatuido y que prevalece en caso de colisión.

En 1934, el jurista y teórico de la política Carl Schmitt, en su ensayo *¿Qué significa la discusión sobre el Estado de derecho?,* trajo a colación esta tradición occidental del dualismo, de más de dos mil años de antigüedad, para destacar las diferencias con el nuevo estado nacionalsocialista. A diferencia del antiguo concepto liberal del Estado, con su concepción "individualista-cívica", en el nacionalsocialismo se trataba de una "unidad ideológicamente fundamentada de derecho, costumbre y moral". Sin embargo, la forma clandestina en la que las SS y los grupos de operaciones cometieron los genocidios contra judíos, sinti y roma, opositores políticos y discapacitados mentales, pone en evidencia que los autores tenían conciencia de la supremacía del derecho supraestatal. En una misma línea con Friedrich von Schiller, que en su pieza teatral *Guillermo Tell* ejemplifica a través de Stauffacher la función de los principios del derecho natural de una forma inigualada, estos *derechos eternos* constituían para los perseguidos del Tercer Reich un punto de sostén al que se orientaban en su desesperación y sobre el cual la Iglesia también se apoyaba en contra del régimen.

Después de la guerra, en Alemania se extrajeron distintas conclusiones de los delitos ordenados o tolerados por el Estado. En el Este, Karl Polak destacó la importancia de la orientación política "correcta" de la nueva justicia que debía construirse, a la que instó a "deshacerse del formalismo legal, a fin de despejar la mirada para el conocimiento de los hechos reales de la vida social y para la ley de desarrollo de la historia".

En Occidente, algunos, como Franz Schlegelberger, luego de las experiencias del Tercer Reich, manifestaron su visión de que la injusticia evidente no puede consagrarse como válida por el hecho de vestirse con el atuendo de una ley. Pero tampoco lograron decir exactamente hasta dónde llegan las potestades del Estado y cuál es el límite en que la ley estatal tiene que ceder ante el *derecho natural*. La Ley Fundamental, con su *mínimo constitucional* del artículo 79, apartado 3, procura impedir la organización de la antijuridicidad estatal[2] dando también cabida, en su artículo 20, apartado 20, al derecho de resistencia del individuo.[3]

2.2. Papa y emperador

Ante estas dificultades, adquiere especial importancia el tratamiento dado al problema en la Europa medieval, en la que las dos esferas jurídicas, con el dualismo entre emperador y papa, quedaron consagradas institucionalmente y fueron por eso visibles

---

[2] Artículo 79, apartado 3, de la Constitución: "No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20".

[3] Artículo 20, apartado 4, de la Constitución: "Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso".

para todos. Eike von Repgow, en el *Sachsenspiegel* ('Espejo de Leyes Sajonas', compilación jurídica del siglo XIII), tomó la teoría de dos espadas que protegen a la cristiandad y que simbolizan a las dos esferas jurídicas de Occidente. También el ilustrador del *Sachsenspiegel* sabía de la rivalidad y de los constantes enfrentamientos entre el papa y el emperador. Al dibujar a ambos abrazados y en armonía, su objetivo era dar testimonio de la interdependencia entre ambas esferas jurídicas.

Los evangelistas Mateo, Marcos y Lucas se refieren unánimemente al fundamento de la solución cristiana medieval, que mantiene sus efectos hasta la encíclica *Centesimus annus* de Juan Pablo II, del 1.º de mayo de 1991. Los fariseos, con su concepto de que solamente debía regir el derecho religioso, querían forzar a Jesús a una decisión a favor o en contra de su ordenamiento jurídico teocrático, con su pregunta sobre la legalidad del pago de impuestos a la potencia de ocupación romana. ¿Cuál era el régimen vinculante?: ¿el judío religioso o el derecho romano secular? Para sorpresa de los fariseos, Jesús afirmó en su respuesta la validez de ambos ordenamientos: "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios". Pablo amplió este pensamiento en su epístola a los cristianos de Roma, al declarar a las autoridades como instituidas por Dios. Este pensamiento adquiriría una relevancia digna de ser tenida en cuenta en la teoría del Estado protestante.

La teología recogió el dualismo afirmado por Jesús y se refirió al *derecho natural* como *fuente primaria* de la ley. En esa línea, los padres de la Iglesia destacaron que nadie debía ir en contra del derecho natural, pero que era correcto obedecer al rey. La diferencia entre la doctrina cristiana y la idea imperial pagana vigente hasta entonces residía en que el emperador no era al mismo tiempo *pontifex maximus* —es decir, el sumo pontífice—, sino que solamente se situaba *dentro* de la Iglesia, pero no *por encima* de ella. La singular relación institucional entre los dos ámbitos, que no volvería a lograrse nunca más bajo esa forma, tenía motivos funcionales. El derecho con fundamento espiritual y religioso, basado solamente en la convicción, no podía concretarse sin una legislación secular. Sin el fundamento religioso el ordenamiento jurídico estatal, como marco libremente creado y orientado hacia un objetivo, carecía de la pretensión de validez necesaria para tener existencia duradera. El derecho no podía renunciar a la fe y la fe sin derecho era tiránica.

La mutua complementación entre ambas esferas jurídicas también se fundamentaba en que el hombre estaba compuesto por dos elementos, cuerpo y alma, y en consecuencia tenía una *doble condición*. Lo espiritual-religioso era competencia del papa y lo corporal-secular era competencia del emperador. Esta teoría también se aplicaba al Estado, concebido como organismo. Por ello, la Iglesia instaba incesantemente al emperador a seguir el *camino del Reino* y a actuar según los principios de la fe cristiana. Las inscripciones de la corona del Sacro Imperio Romano, al igual que las directivas redactadas para los príncipes, el *Espejo de los príncipes*, apuntaban al hecho de que sin respetar los mandamientos divinos y la correspondiente templanza ningún gobierno duradero era posible. Por ello, en el juramento de la coronación ingle-

sa, el rey manifestaba públicamente su obligación de rendir cuentas "el día del juicio final ante el tribunal de Dios". Supeditaba su gobierno a un juicio según los parámetros del derecho superior.

Cuando los gobernantes seculares, como los emperadores bizantinos o el emperador normando-alemán Federico II, se orientaron al ideal imperial de la antigua Roma rechazando cualquier deber existente respecto de Dios, se alejaron de la idea occidental de que también el poder de los gobernantes absolutistas se encontraba sujeto a las leyes de la moral y a la responsabilidad hacia Dios y la Iglesia. Moscú, como *tercera Roma*, también siguió en este sentido la tradición de Bizancio. Catalina II perfiló a Rusia como potencia europea, pero en realidad nunca llegó a la autonomía de la Iglesia típica de Europa o a una tradición jusnaturalista. Fue por eso que la doctrina de Lenin encontró condiciones favorables allí. Se vinculó sin rupturas con la tradición bizantina de concentración del poder.

Por el contrario, en Europa Occidental y Central ningún soberano logró apartarse largo tiempo de la distribución del poder específicamente occidental. Esto también se aplicó al papa. En la medida en que la Iglesia sobrepasó su competencia y ejerció poder temporal, disminuyó la fuerza legitimante de la división de tareas.

La Reforma rompió con el papa, pero no con la tradición occidental. Lutero y Calvino, con su doctrina de los dos reinos, siguieron la concepción de la limitación del derecho estatal. No obstante, el derecho natural, que en tanto *hilo conductor eterno* había sido explicado al archiduque José a mediados del siglo XVIII como "la voluntad divina misma", perdió su encarnación institucional.

En las *guerras de los campesinos*, una parte de la población de Alemania, Austria y Suiza intentó reconciliar de otra manera derecho y justicia. Como legitimación se hacía referencia principalmente a la Biblia como *derecho divino*. Los campesinos también buscaban mantener su antiguo sistema judicial, que garantizaba la conservación del derecho de raíz consuetudinaria y que bajo la forma de la *Rechtsfindung* siempre había permitido el recurso al derecho natural. En una primera etapa esto se lograría sólo en Inglaterra y en sus colonias americanas.

2.3. La tradición inglesa

En Europa continental, la argumentación jusnaturalista no se quebró. Así, el holandés Hugo Grocio, en su famosa obra *De jure belli ac pacis* ('Sobre el derecho de la guerra y la paz'), señaló el carácter vinculante del derecho natural, planteando que es tan inmutable y atemporal que ni siquiera Dios puede cambiarlo. Incluso los juristas que enseñaban al archiduque austríaco José partían de esa doctrina. El filósofo holandés Baruch de Spinoza había definido el concepto de libertad de manera ejemplar, y en el programa de reforma de los jueces parisinos de 1648 se había establecido el principio de que ninguna persona podía permanecer detenida más de veinticuatro horas sin una audiencia legal y sin una presentación ante el juez ordinario.

A pesar de estas bases teóricas y de las estructuras organizativas y espirituales comunes de Europa, fue la práctica inglesa del *rule of law* la que determinó la ulterior evolución del Estado de derecho de una manera más eficaz que los demás intentos en toda Europa. Allí, el derecho romano, bajo la forma del *corpus iuris civilis*, a diferencia de lo sucedido en el continente, no fue incorporado inmediatamente al orden jurídico interno. Por otra parte, el estamento judicial inglés mantuvo su independencia más claramente que los juristas del resto de Europa. Ambas evoluciones, elogiadas por el filósofo del derecho Gustav Radbruch en 1946 como "el fundamento más eficaz" del Estado de derecho, se materializaron en el *Common Law* de los tribunales ingleses.

La tradición allí cultivada de *naturaleza y razón* y la propicia evolución de las circunstancias inglesas, que Edmund Burke recomendó a los franceses un año después de su revolución de 1789 como contramodelo, descansaban en gran medida sobre la base de la organización de los tribunales ingleses. Éstos tenían la tarea de proteger el derecho y de *encontrar* el derecho con arreglo a la tradición germánica-medieval, que incluso se proyectaba sobre la legislación y obligaba a tener en cuenta el derecho existente. Un hecho ilustrativo es que no se hablaba de *crear el derecho* sino de *decir el derecho*.

Por ello, para Alexander Hamilton, uno de los fundadores de la democracia norteamericana, la "sabia moderación" de los tribunales, la designación de sus miembros y el mecanismo de remoción constituían el factor decisivo que había impedido que en Inglaterra y sus colonias se produjeran fenómenos como el de la Inquisición en España.

En la famosa *Magna Charta Libertatum* de 1215 no se hablaba de derechos del hombre. Se trataba simplemente de un intento de comprometer al rey a cumplir con determinadas reglas de conducta respecto de los barones. Tal como demuestran declaraciones equivalentes en Hungría cerca del año 1222, Aragón en 1288 y Brabante en 1356, las obligaciones de la *Magna Charta* no se referían a un procedimiento único. Pero la constante búsqueda de concreción de la idea política subyacente a ella y su coordinación pragmática con los institutos jurídicos disponibles y protegidos mediante la práctica constante generaron los logros en materia de Estado de derecho que se convertirían en un modelo para todos los demás estados europeos.

En su aspecto central, el sistema inglés se basaba en el *estado de preservación de los derechos* medieval, en el que todos los principios jurídicos que resultaban de interés quedaban conservados, mientras que los que habían caído en desuso se olvidaban. Tomás Moro, quien como juez, miembro del Parlamento y *lord chancellor* de Inglaterra conocía la práctica y fundó el género literario de las *utopías*, propuso este tratamiento del derecho incluso para su estado ideal. En *Utopía*, las leyes que habían caído en desuso no debían renovarse. Únicamente el uso continuo del derecho o su *declaración* a través de una institución facultada a tal efecto garantizaban su validez. Se lograban, conservaban y heredaban formas de gobierno y derechos a través de una política que, en palabras de Burke, se atenía al "orden natural".

Los fallos de los jueces ingleses, que desarrollaban el derecho solamente de a pasos pequeños y, en consecuencia, en forma orgánica, también eran vinculantes para las decisiones jurídicas y de esa forma creaban seguridad jurídica. Un ejemplo de esta perseverancia metódica y de la observancia del derecho heredado ofrece la *Petition of Right* de 1628. Se remontaba a una iniciativa de Sir Edward Coke, quien, como el jurisconsulto más significativo de su época, veía la tradición, la experiencia y la técnica jurídica de siglos almacenadas en el *Common Law*: "*neminem opportet esse sapientor legibus*" ('nadie debe considerarse más sabio que el derecho'). Esta convicción respecto de la superioridad del derecho y su carácter vinculante para todos se encontraba tan arraigada en Coke, que éste incluso la hizo valer ante el rey Jacobo I, instando al Parlamento a formular el catálogo de los derechos de la liberad históricos en la *Petition of Right*. Las libertades fundamentales adicionales conquistadas en los posteriores enfrentamientos entre Corona y Parlamento deben considerarse como continuación de ese catálogo, y con la Ley de Hábeas Corpus de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 establecieron los parámetros libertarios y de Estado de derecho para los siglos siguientes.

Tanto la ratificación de los derechos basados en *la naturaleza y la razón* como las resoluciones del Parlamento adoptadas luego de una discusión desarrollada en libertad, llevaron en Inglaterra a una práctica constitucional garantizada, a la que más tarde también se remitirían los colonos americanos respecto de su madre patria. Así, James Otis, jurista norteamericano y miembro de la *General Court of Massachusetts*, invocó por un lado el *Common Law* y las resoluciones parlamentarias, pero por otro lado también la "ley de Dios y de la naturaleza", afirmando para los colonos la pretensión de gozar de "todos los derechos naturales esenciales, innatos e inescindibles" de los súbditos británicos, fórmula que también fue acogida por la declaración de independencia de los Estados Unidos redactada por Thomas Jefferson.

La incorporación de los derechos de libertad en la constitución de los estados individuales y de la unión fue significativa porque en cierta forma llevó a un recambio de la justificación de su validez. Los derechos de libertad desarrollados en Inglaterra y originalmente fundamentados como derechos estamentarios se conservaron y desde entonces rigieron para todos los habitantes de las antiguas colonias. Lo decisivo fue que su justificación histórica fue reemplazada por argumentos jusnaturalistas. A diferencia de los derechos del hombre contenidos en la declaración francesa de 1789, en este caso no se trataba de un llamamiento dirigido a todo el mundo, sino de un catálogo determinado de derechos fundamentales para los propios ciudadanos norteamericanos, que sólo era vinculante para la propia práctica constitucional y judicial. El artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa puso esto de manifiesto al determinar que una sociedad en la que no se da la garantía de los derechos nominados en la declaración y en la que no se establece la división de poderes no tiene constitución. Para las colonias que aspiraban a su independencia, el uso práctico ocupaba el primer lugar, mientras que la estructura teórica de la Declaración, con su

carácter no vinculante, pudo en definitiva justificar incluso el terror del Comité de Salvación Pública. También con relación a esto fue Burke quien señaló sobriamente que todas las exaltaciones, tales como las que estaban a la orden del día en el entusiasmo de la revolución, sólo eran nocivas para la causa de la libertad.

3. Pueblo y príncipe

3.1. La cooperativa

La demanda de participación del pueblo en la legislación y la jurisprudencia, que ya había desempeñado un papel en las *Doce tablas* romanas, siguió planteándose con el correr del tiempo. Con Marsilio de Padua llevó a la doctrina de que la "autoridad legislativa humana" (!) era un atributo del conjunto de los ciudadanos. Las decisiones populares tenían una especial importancia en el ámbito del derecho germánico. La asamblea de los agremiados y las resoluciones adoptadas por éstos pasarían luego a denominarse también *acuerdos* (*Einungen*), es decir, una voluntad *pactada*, o bien *derecho del gremio* (*Wilküre*), es decir, una voluntad elegida o votada. Se trataba de una función jurisdiccional y también administrativa.

Las decisiones de una corporación de agremiados, se tratara de los habitantes de una comuna, de un gremio de protección o de una asociación profesional (corporación de oficios), eran fundamentalmente antagónicas a la autoridad. Tal como demuestra el estatuto de la corporación artesana de Noruega, incluso en el nivel más bajo, en el que actualmente incluiríamos a la comuna o incluso sólo al vecindario, las medidas pactadas eran acuerdos no vinculantes, o concesiones, o meros servicios amistosos de los involucrados. Cuando el individuo alcanzaba lo suyo no a través de la costumbre y la moral sino en virtud de un contrato, surgía el derecho. Hasta ese punto el Estado de derecho tiene sus raíces en el ámbito preestatal. El derecho generado a través de asociaciones recibe su validez en el Estado recién a partir de la garantía de la imposición estatal. La evolución en Suiza demuestra que el Estado puede entenderse a sí mismo como cooperativa.

A diferencia de la formación de la voluntad en un nivel horizontal en el marco de la cooperativa, que también regía para los grandes del reino, el poder de la autoridad pública se encontraba constituido jerárquicamente. Buscaba imponer una llegada vertical al súbdito individual sin poderes intermedios. Las decisiones de los agremiados, que en el Pacto de Mühlhausen del año 1523 vincularon mutuamente la *Wilküre* con la "libertad cívica", generaban una amenaza para la autoridad, ya que hasta la era moderna el derecho autónomo había precedido al derecho estatal impuesto con carácter general. Por eso, la autoridad transformó la *Wilküre* en *Willkür* (arbitrariedad), con el alcance que se le da en la actualidad.

Similar destino lingüístico corrió la fundación de la confederación por vía del juramento. La promesa de los confederados, asegurada mediante juramento, de apo-

yarse mutuamente y respetar los acuerdos celebrados, a los ojos de la autoridad se percibió con demasiada frecuencia como *conspiración*. Pero donde tuvo éxito y, como en Suiza, incluso se ganó su independencia política, se dio a sí misma el nombre de *confederación juramentada* (*Eidgenossenschaft*). Aún en la actualidad, en algunos cantones suizos la jurisprudencia y la administración se practican según su forma original. Los votantes se reúnen al aire libre para sesionar (*tagen*) públicamente en la plaza de asambleas, y votan en forma personal y directa sobre las cuestiones presentadas, a mano alzada.

La tradición de este tipo de sesiones (*Tagungen*) se conserva en las denominaciones de *Bundestag, Landtag, Gemeindetag,* etcétera. También sigue vigente en el juramento del presidente norteamericano, que se presta ante el Capitolio, es decir, al aire libre y no en el recinto. Por otro lado, el concepto de la *cámara* cerrada se vinculaba con la forma autoritaria del poder. El *Kammersänger*, el *Kammerdiener* y la *cámara de guerra y dominios* prusiana, el *cameralismo* y el *tribunal de cámara* dependían siempre del soberano de turno. En tal sentido, la denominación *Cámara Popular* (*Volkskammer*) dada al parlamento de la RDA era una referencia involuntaria a la estructura no pública y autoritaria de dicha asamblea. La publicidad, que no tiene por qué rehuir la luz del día (*Tag*), se concreta hoy a través del requisito de publicidad de las sesiones judiciales y la *publicación* de todas las leyes en los correspondientes boletines de legislación y resoluciones de la federación y de los estados federados, como así también los correspondientes órganos de publicación de las comunas y las demás corporaciones de derecho público.

La asamblea de los hombres libres, que *encontraba* el derecho (*Rechtsfinden*), no sólo podía tener carácter vinculante para las decisiones futuras, sino que también podía recurrir al derecho natural como su otro sostén, dotando así a sus resoluciones de una legitimidad de la que carecía el derecho legislado. Por ello, John Milton reconocía la fuente de toda autoridad en el Parlamento, como cuerpo electoral, y en sus decisiones, y no en el poder de una persona (el rey). Ante esto también tenía que rendirse el rey.

Además del Parlamento como lugar de libre expresión de las opiniones, la participación de los confederados en los tribunales fue especialmente importante para la conformación del Estado de derecho. En este sentido parece especialmente digna de destacar la formulación contenida en la *Magna Charta* de 1215. Las únicas causales que pueden justificar la detención de un hombre libre, enumeradas en el artículo 39, nombraban en primer lugar la sentencia de sus compañeros de gremio y recién después "el derecho de la tierra". En el trascendente *Virginia Bill of Rights* de 1776, que influyó considerablemente sobre la Declaración de los Derechos del Hombre de la Asamblea Nacional francesa de 1789, esta formulación se recogió en la secuencia inversa, en el artículo VIII. El artículo XI destaca que en caso de disputas "deberá preferirse y mantenerse el carácter sacrosanto de la tradicional investigación por parte de un tribunal de jurados a cualquier otra".

En Inglaterra, los legos pudieron mantener en gran medida su participación en la jurisprudencia. Los tribunales de jurados, integrados por miembros de los gremios y obligados a la estricta observancia de la práctica jurisprudencial tradicional, le impusieron una admiración sin reservas incluso al satírico Voltaire. Las felices circunstancias imperantes en la isla les permitían a los ciudadanos y a los extranjeros dormir en paz por la noche y también manifestar, tanto por escrito como verbalmente, lo que realmente pensaban.

Fuera de Inglaterra y sus colonias, la declaración del derecho en cuestiones propias se mantuvo preservada en los tribunales estamentarios infraestatales. Así, en el Sacro Imperio Romano Germánico los gremios profesionales y asociaciones locales de marca se aferraron firmemente a sus conceptos de un ordenamiento jurídico propio y de la correspondiente capacidad para juzgar. El jurista crítico y estadista Justus Möser, con su modo característico, ratificó la observancia de la jurisdicción autónoma de los estamentos indicando que, de acuerdo con los principios de una sociedad estamentaria, "los ratones debían ser juzgados por ratones y los gatos por gatos", y que, en consecuencia, no era aconsejable entremezclar la jurisprudencia estatal con la autónoma. Por ello, Möser no veía en las leyes y en los jueces nombrados por los príncipes ninguna garantía de libertad. Dichos jueces no eran miembros de los gremios; solamente conocían la ley estatuida y estaban en condiciones de demostrar, mediante artificios lingüísticos y lógicos, que era más razonable llevar los pantalones debajo del brazo en lugar del sombrero. Sin participación de los ciudadanos en la legislación y la jurisprudencia, tal como aún hoy tiene lugar en la jurisdicción penal, administrativa, social y laboral a través de jurados vocales honorarios, el ciudadano continuaba siendo súbdito.

Las reservas de los estamentos respecto de la legislación autoritaria-estatal eran especialmente fuertes en el ámbito profesional. En 1804, con el *Code Civil*, Napoleón no sólo encaminó el código moderno más trascendente del derecho privado; también reconoció que, en la sociedad industrial emergente, las luchas por la distribución "solamente podían resolverse con la participación de las partes involucradas". Para esto recurrió a las instituciones estamentarias, que mediaban en ese tipo de conflictos tanto en Francia como en todos los países europeos. Excluyó las disputas "de derecho laboral" allí tratadas de la competencia de los tribunales estatales y estableció tribunales industriales propios. En ellos, los compañeros de las partes interesadas, o bien decidían autónomamente, o bien prevalecían por encima de los jueces versados en derecho. Esta evolución llevó a la jurisdicción laboral de la actualidad. Por eso le debemos a la perseverancia de los miembros de los estamentos la ampliación del Estado de derecho al mundo del trabajo. Este logro es desconocido fuera del ámbito jurídico europeo. En la actualidad, los convenios colectivos constituyen un resto significativo del ordenamiento propio, anteriormente estamentario. Las normas negociadas por las partes de los convenios se ganaron el reconocimiento estatal a partir de 1918, con la homologación de los resultados por el ministro de trabajo (declaración de

carácter vinculante general), y gozan de la protección de la Ley Fundamental (artículo 9, inciso 3) como componente de la "autonomía colectiva".[4]

3.2. Princeps legibus solutus

El ideal de poder del Imperio Romano de Oriente formulado en el *corpus iuris* en un primer momento constituyó la excepción en los nuevos estados formados en el Occidente. Pero ya con Erasmo de Rotterdam se encuentra el carácter intercambiable de príncipe y ley. Si bien se había referido también al príncipe "como una especie de ley viviente", a partir de ese momento la ley se convertía en una "autoridad muda".

Aunque con el avance del derecho estatal por vía de ley se amplió el poderío del soberano, también se conservó su sujeción a la doctrina cristiana del derecho divino como fundamento del poder legítimo. Nicolás Maquiavelo rompió con esta tradición. La distancia entre Erasmo de Rotterdam, que aún colocaba al príncipe bajo las leyes, y el florentino, defensor de una práctica estatal sin conciencia, ambos nacidos el mismo año, no podría ser mayor. El fundamento del ordenamiento jurídico vigente hasta entonces fue demolido. El derecho debía seguir incondicionalmente al poder. En ese sistema ya no había lugar para Dios. Sin embargo, había que fingir una convicción religiosa para estabilizar el poder. La política controlaba al derecho y lo despojaba de moral.

Aun cuando Maquiavelo no dejó de ser un solitario proscrito y su nombre de pila en Inglaterra incluso pasó a ser sinónimo del demonio (*el viejo Nick*), preparó el camino para un alejamiento del estado de conservación de derecho medieval.

El detonante de la nueva evolución fueron las guerras civiles de los siglos XVI y XVII en Francia e Inglaterra. Desde siempre, la conservación de la paz y el aseguramiento de la justicia habían constituido la base de todo poder legítimo. Cuando los enfrentamientos confesionales de Francia se habían convertido en una lucha desesperada por la supervivencia de la minoría de turno, Juan Bodin concluyó que era necesario imponer la paz entre las partes en guerra civil. Con su escrito *Six Livres de la République* fundó la doctrina de la soberanía como "poder absoluto y perpetuo". Su titular era el monarca, que como soberano debía gobernar en forma "absoluta", es decir, "absuelto" de todos los derechos (tradicionales) ("*princeps legibus solutus*").

Thomas Hobbes llevó la *plenitudo potestatis*, es decir, el poderío ilimitado del príncipe, a un punto culminante. Al igual que Bodin, extrajo sus conclusiones de los disturbios revolucionarios y horrores de la guerra civil en Inglaterra. Para garantizar la paz interior, planteó la necesidad de una concentración de poder —hasta entonces

---

[4] Artículo 9, apartado 3, de la Constitución: "Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos […]".

desconocida— en la persona del monarca. Como Leviatán y "dios mortal", éste debía garantizar la seguridad de todos los ciudadanos y terminar la guerra de todos contra todos. A partir de esto, el ordenamiento jurídico se convertiría en un mecanismo dotado de poder absoluto, que se ocupa de mantener la seguridad y el orden. Hobbes formuló su doctrina en la famosa fórmula "*auctoritas non veritas facit legem*" ('el poder y no la verdad hace la norma') (*Leviatán*, XXVI). Esta máxima cuestionaba los dos pilares del derecho inglés: la religión y el *Common Law*. Una buena ley no tenía que ser al mismo tiempo una ley justa. Ninguna ley podía ser injusta. En los siglos XX y XXI, el positivismo, es decir, la doctrina de la vigencia exclusiva del derecho estatuido, volvió a imponer esta concepción.

El precio de ese orden, asegurado por el derecho vigente sin condicionamientos, fue la sujeción absoluta e incondicionada de los ciudadanos al poder estatal. Según esta teoría, el compromiso en tal sentido se había aceptado originalmente en el contrato social. Sin embargo, en la práctica, la liberación del monarca de todas las ataduras era menos "absoluta" de lo que quería hacer creer la doctrina del absolutismo. Tampoco su teórico Bodin absolvió a la responsabilidad del monarca de su sujeción al derecho natural. Su violación convertía al monarca en tirano. En tal sentido, Karl Ferdinand Hommel, de Leipzig, en un discurso ante el *Kurfurst* (príncipe elector), formuló la obligación del soberano de respetar "la voz eterna de la divinidad y del derecho, que todos los hombres obedecen", como mandato de equidad.

En Alemania, las condiciones para un absolutismo a la francesa eran menos favorables por el hecho de que el establecimiento de una administración principesca centralizada apenas estaba en sus comienzos. Los territorios seguían dirigiendo su atención en primer término a la administración de justicia. Se transformó en la *querida justicia*, que debía ser ejercida por jueces temerosos de Dios y probos. En el ámbito imperial, los príncipes impidieron un avance hacia un estado central absolutista. Supieron afirmar su posición frente al emperador e insistieron en que éste estuviera sujeto a los *principios del Imperio*, los deberes jurados en el momento de su elección (capitulación electoral) y el derecho contractual general.

4. Ley y derecho

4.1. El derecho de la razón

Con el desarrollo de las ciencias naturales y los viajes de descubrimiento surgió la creencia en la regularidad de todos los procesos naturales. La razón humana se convirtió en el parámetro de validez universal y ejemplo de un sistema jurídico cerrado, en el que también se reconocían y querían fijar las leyes de la naturaleza para la comunidad humana. Ya no se entendía al Estado, como en la Edad Media, como organización que procedía de acuerdo con verdades transmitidas, sino más bien como una máquina racionalmente construida. De esa forma, el nuevo sistema logró superar

las formas de vida medievales, pero también las contradicciones confesionales, que en el marco de un sistema secular pasaron a considerarse como cuestiones privadas y, en consecuencia, secundarias desde el punto de vista del derecho constitucional. La evolución experimentó una aceleración con la Reforma. La división confesional convirtió al poder político en árbitro y promovió la secularización del Estado, al reconocer una legitimidad fortalecida a la autoridad secular. Se produjo una emancipación de la política y una concentración en las tareas *estatales*. La limitación de la autoridad eclesiástica al campo de la teología, que en Francia terminaría con la separación completa de Estado e Iglesia, fortaleció la racionalidad en el ámbito secular. El Estado ya no se entendía como centro de salvación divina. Sin embargo, no se eliminó a Dios, sino que se lo desplazó cada vez más hacia lo privado. El holandés Hugo Grocio enseñaba el carácter vinculante del nuevo derecho natural o de la razón, al que se encontraba obligado el mismo Dios. Para el ciudadano individual, además de la fe y en lugar de ella, la razón, como ley de la naturaleza, se convirtió en la base de un canon de deberes que ya no debía garantizar principalmente el bienestar en el más allá. Lo que se exigía era el aporte de cada súbdito al provecho de la comunidad.

En el derecho se planteó la pregunta sobre la facultad del príncipe para legislar, a la que se respondió con la teoría del contrato, que ocupó el lugar de la instauración divina y posibilitó una nueva vinculación con el derecho natural superior, desde entonces con fundamento en la razón y no exclusivamente en lo divino. Junto con la palabra bíblica de que había que obedecer más a Dios que a los hombres, el derecho natural fundamentó los derechos básicos irrenunciables (*leges fundamentales*). Éstos delimitaban mutuamente las obligaciones de pueblo y soberano y garantizaban a los miembros de la sociedad sus derechos naturales. Al mismo tiempo, constituían el fundamento para la conformación del derecho de resistencia y, como contrapartida de ello, la garantía de sujeción del Estado al derecho.

Sin embargo, en la discusión jusnaturalista alemana, esta *libertas naturalis* ('libertad natural'), a diferencia de la evolución que se dio en Europa Occidental y en los Estados Unidos, no siguió evolucionando hacia la doctrina de los derechos de liberad personal, dirigidos contra el Estado. Así, el jurista alemán Samuel Puffendorf, cuyas teorías de los derechos innatos de los seres humanos influyeron de manera duradera en el desarrollo del derecho natural en Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, significativamente no reconoció ningún derecho de resistencia personal del súbdito; simplemente le reconoció el derecho de la emigración. En cuanto a lo demás, el súbdito seguía siendo objeto de la tutela de la autoridad. En Alemania, el Estado y la autoridad orientaban su fuerza a la prevención del *desorden* y aspiraban al "objetivo curativo en todos los estamentos". Mediante una reglamentación y una tutela que se extendían hasta las particularidades de la vida cotidiana debía lograrse la *dicha* de los súbditos y promover así el *bienestar general*. La autoridad regulaba tanto el teñido perjudicial para la salud de los huevos de Pascua como los paseos de los súbditos, mientras que los derechos de libertad apenas desempeñaban un papel. En este sentido, fue signifi-

cativo que incluso Catalina de Rusia quisiera ocuparse de guiar a sus súbditos hacia el "logro del mayor bienestar".

A diferencia de esto, la evolución inglesa fue más bien al revés. La respuesta al monstruo estatal del *Leviatán* vino cuarenta años después de Hobbes, también desde Inglaterra. John Locke, con su doctrina de los fines del Estado, bosquejó el modelo alternativo al de Hobbes. Al igual que este último, tomó como punto de partida el contrato social de los hombres, que se reunían para afirmarse contra sus enemigos. Pero de esto no extraía como contraprestación, tal como hacía Hobbes, la renuncia a los derechos naturales innatos de cada ser humano. Éstos eran conservados por el individuo, ya que por su propia naturaleza eran inalienables.

Con Locke, el legislador, al igual que cualquier ciudadano, tenía la obligación de respetar las normas de vigencia general. Cuando el órgano legislativo abusaba de su poder, podía ser depuesto por el pueblo. Al mismo tiempo, Locke trazó los primeros esbozos de una teoría de la división de poderes. El poder del gobierno debía repartirse entre distintas manos y el poder legislativo debía separarse del ejecutivo. Su doctrina de los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites de la autoridad estatal terminó por convertirse en el fundamento del movimiento independentista norteamericano.

Locke le preparó así el camino al barón de Montesquieu, que fue el primero en diseñar de manera integral la base del Estado constitucional moderno. Además de la idea tomada por Locke del control de los poderes y su desarrollo para convertirse en la tríada de legislativo, ejecutivo y judicial, Montesquieu liberó a la legislación de la construcción y la uniformidad puramente jusnaturalistas. Las leyes tenían que adaptarse a las necesidades de los correspondientes objetos normativos. El lugar del derecho natural desarrollado en abstracto fue reemplazado por el fin y la experiencia. De esta vinculación de la ley orientada a un fin y la garantía de la liberad surgió el primigenio Estado de derecho europeo.

4.2. El imperio de la ley

Platón había partido del ideal del soberano. Éste debía ser prudente, moderado, valiente y noble y, en consecuencia, estar por encima de la ley. Confrontado con la realidad, el filósofo descubrió al final de su vida la mejor de todas las malas soluciones en el Estado de derecho. En su opinión, el imperio de la ley era preferible al ejercicio personal del poder a través de un monarca.

Aquí ya se perfilaba un tema que adquiriría importancia para el abandono de la forma de Estado absolutista. Como lo demuestra el ejemplo del *Jütisches Recht* de 1241, también en el norte de Europa hubo desde temprano leyes que tenían en cuenta la previsibilidad de la consecuencia jurídica. Sin embargo, la reglamentación general y abstracta de la ley como instrumento previsor y planificador continuó siendo la excepción durante largo tiempo. Sólo con el Iluminismo hizo su entrada definitiva la elabora-

ción racional y sistemática de las tareas del Estado a través del derecho legislado. La conformación temática prevaleció por encima de las referencias personales. Bodin declaró que uno de los rasgos esenciales de la soberanía era que sus titulares estaban facultados, respecto de los súbditos, para abolir leyes superadas, apartándose de los principios hasta entonces vigentes, y dictar nuevas leyes en su lugar.

El lugar del derecho tradicional pasó a ser ocupado cada vez más por el derecho legislado, una evolución que logró un punto culminante con el actual *aluvión de leyes*. La *ley*, que nunca había logrado la fuerza vinculante del *querido antiguo derecho*, pasó según Luhmann a convertirse en "expresión de la arbitrariedad". Con la asimilación de nuevos ámbitos de vida como consecuencia del accionar del Estado legislador y central, también creció desde temprano la resistencia de la antigua sociedad estamentaria, que insistía en mantener sus libertades tradicionales subrayando las desventajas de la legislación igualitaria. Se trataba no tanto de la unidad, claridad y perfección técnica de la ley, sino del contenido material y la *seguridad e inviolabilidad* de los derechos en ella estatuidos.

Respecto de su función como la única directiva de acción válida para la justicia y la administración, la ley también se convirtió en un instituto garantizador de la libertad para el ciudadano. Locke le había reconocido al Poder Legislativo, como poder superior, la función de un *judge on earth* (juez sobre la tierra), otorgándole el derecho de formular reglas generales con autodeterminación y por mayoría. Expresaba esta función de garantía de la ley en la fórmula *where there is no law, there is no freedom* ('donde no hay ley no hay libertad').

Si bien nunca se logró alcanzar la falta de ambigüedad y claridad de las leyes perseguida en todas las épocas, hasta ahora la *previsibilidad* y la *mensurabilidad* puestas de relieve por el Tribunal Constitucional Federal alemán como rasgo característico del Estado de derecho eran el modelo para la legislación. Como elemento de la paz y el orden duradero, garantizaba la seguridad jurídica. En ciertos casos también prevalece sobre la justicia material.

David Hume ya había partido del principio de que cualquier autoridad ilegítima —y, en consecuencia, también la de los príncipes— era irregular y peligrosa. Kircheisen, presidente del Tribunal de Cámara prusiano, en un discurso ante el príncipe heredero, en el año 1792, no vaciló en advertir al monarca sobre cualquier intromisión en la administración de justicia estatuida por ley. Por ello, Hegel caracterizaba a la ley como justicia materializada y patrimonio común del pueblo.

La ley ofrecía seguridad. La libertad de las personas, la garantía del derecho de propiedad y la libertad de conciencia y expresión solamente podían limitarse por orden legal. Debía formularse en términos abstractos, es decir, no referidos a un caso particular, y tener validez general para todos aquellos comprendidos en sus supuestos. No podía pretenderse hacer valer contra el súbdito algo que no estaba establecido en la ley. Los argumentos de Ernst Ferdinand Klein, uno de los creadores del derecho territorial general prusiano, demostraban la función de

la ley como bastión y refugio de la libertad civil. En la introducción al derecho territorial general prusiano se formularon estas condiciones de manera ejemplar. La ley debía darse a conocer públicamente (artículo 10), no se permitía su aplicación retroactiva (artículo 14), y debía aplicarse sin distinciones el principio de la igualdad (artículo 22).

En el ámbito del derecho penal se destacan dos nombres: Cesare Beccaria y Paul Johann Anselm v. Feuerbach. La obra del primero, un profesor italiano, *De los delitos y de las penas*, fue traducida a todas las lenguas europeas en un lapso de seis años. El autor exponía las consecuencias de la exigencia de que solamente el legislador estuviera facultado para ordenar una pena, y exigía en consecuencia la observancia incondicional y literal de la ley por parte del juez. Según él, nada era más peligroso que cuando el juez se remitía al *espíritu de la ley*. Esta minuciosa observancia del tipo legal era irreconciliable con cualquier interpretación que fuera más allá de lo literal o con una interpretación propia o una analogía. Feuerbach, por su parte, le dio validez al principio de que la imposición de una pena siempre requería una ley penal previa (*nulla poena sine lege*). El discurso del primer ministro inglés Lord Strafford, acusado ante el Parlamento inglés de alta traición y ejecutado, ilustra la importancia de este principio. Sería difícil ser llamado a rendir cuentas en virtud de una ley que aún no existía en el momento del hecho. Strafford preguntaba entonces quién podría estar seguro de su vida en el futuro ante tal práctica.

La prohibición de la analogía fundamentalmente observada a partir de Beccaria y Feuerbach y el principio de *nulla poena sine lege* llevaron a que el tribunal del Reich en 1899 no penalizara la sustracción de energía eléctrica, ya que el hecho no podía subsumirse en ninguna de las disposiciones vigentes sobre hurto, que requerían la "apropiación de una cosa mueble ajena". Ya que la energía no era una cosa y la prohibición de la analogía obstaculizaba una correspondiente aplicación de la norma a casos no legislados, el autor fue absuelto.

Luego de que los nacionalsocialistas, ya poco después de tomar el poder, a través del instituto de la *custodia protectiva* abandonaran todos los progresos dogmáticos de la Ilustración y del derecho natural laboriosamente conquistados, con el artículo 2 del Código Penal del 18 de julio de 1935 también eliminaron los obstáculos de derecho material:

> Será penado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca ser penado en virtud del pensamiento fundamental de una ley penal y de acuerdo con el sano sentido del pueblo. En caso de no haber una ley penal directamente aplicable al hecho, éste será penado de conformidad con la ley cuyo pensamiento fundamental mejor se le aplique.

Con el *principio del pueblo*, que debía servir como complemento de la *sujeción formal a la ley*", la norma mencionada eliminó la función de garantía de la ley. La protección ante el *sentir popular* y la arbitrariedad de lo *injusto*, que Ernst Ferdinand Klein había elogiado en la ley a fines del siglo XVIII se convirtió en caricatura. Al igual que antes en la Revolución Francesa y más tarde en los simulacros de proceso

estalinistas, se fomentó el *juicio sumario*. El artículo 6 de la Constitución de la República Democrática Alemana del 7 de octubre de 1949 repitió este golpe contra el Estado de derecho.

En la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el principio de *nulla poena sine lege* fue tenido en cuenta como uno de los derechos fundamentales de la justicia en el artículo 103, inciso 2.[5] Las garantías procesales, que habían peligrado en todas las épocas, también recibieron la protección de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El imperio de la ley encontró su expresión clásica como instituto de garantía de las libertades en el artículo XXX de la Constitución de Massachusetts de 1780. Allí se promovía "un gobierno de las leyes y no de los hombres". Rousseau también destacó que el pueblo únicamente obedecía a las leyes y no a los hombres. Pero la comparación de las ideas de Rousseau con los antiguos conceptos norteamericanos es engañosa. Al renunciar Rousseau a la premisa legitimante de un contrato de poder y poner en su lugar a la voluntad colectiva del pueblo, la ley adquirió otro carácter. Además de su función rectora, la *voluntad general* colectiva pasó a ser una fuente de legitimidad. La tesis de Sieyès, de que solo la nación es fuente de derecho, no constituyó más que un avance parcial. La nación como *origen de todo* solamente reemplazó la soberanía del monarca.[6] A diferencia del Sacro Imperio aparentemente superado, que como ente jurídico había sabido preservar la paz de sus estados componentes y ciudadanos, la soberanía popular no toleraba ninguna limitación de parte del Estado constitucional y se colocaba bajo la órbita del derecho natural únicamente en forma condicionada. De ahí que la teoría de Sieyès también fuera adecuada para fundamentar el dominio del terror revolucionario.

En el continente, fue Kant quien sentó nuevos cimientos para la legitimidad de una intervención estatal en los derechos del ciudadano. A partir de su famosa definición de 1784 ("La Ilustración es la salida del hombre de su culpable incapacidad"), su teoría reemplazó la combinación de la voluntad individual realizada por Rousseau por una síntesis de las *voluntades razonables*. Tenían que regirse por el imperativo categórico. Con esto fundamentó la igualdad en el goce de la libertad. Dado que en opinión del filósofo de Königsberg la miseria humana tenía más que ver con la injusticia humana que con la infelicidad, el *obrar jurídico* era una condición fundamental para la coexistencia humana. El Estado se convirtió en *ente jurídico*, es decir, en una *unión de una cantidad de hombres bajo leyes jurídicas*. Pero el bienestar no se relaciona con la libertad. Significativamente, Kant consideraba posible que incluso un gobierno despótico lograra la *felicidad*. Por ello descartaba el cuidado integral por el Estado y

---

[5] Artículo 102, apartado 2, de la Constitución: "Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto".

[6] Napoléon III intentó unir ambas cosas y se remitió a la fórmula "por gracia de Dios y por voluntad de la nación".

su tutela de los ciudadanos, que en Alemania siempre había sido marcadamente fuerte. Aceptaba las intervenciones estatales solamente en la medida en que sirvieran como defensa contra los enemigos externos. La felicidad de los ciudadanos, hasta entonces justificada y en caso de necesidad también compulsivamente lograda (eudemonismo), ya no se aceptaba. Como puro *ente jurídico*, el Estado, en lugar de eso, debía encargarse de la seguridad de los ciudadanos y de que se conservara el "estado de mayor coincidencia entre la constitución y los principios jurídicos". Lo que para Svarez constituía el *primer principio del Estado de derecho* tiene actualmente jerarquía constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, bajo la forma de *prohibición del exceso*.

Guillermo Humboldt consideraba que el retroceso del Estado exigido luego de Kant por los *teóricos del Estado de derecho* era una condición necesaria para el desarrollo de la *diversidad de la sociedad*. Este programa desembocó en el movimiento del liberalismo temprano. Además de la lucha contra el Estado benefactor absolutista, se puso el acento en la construcción de la garantía constitucional de un exacto cumplimiento de las leyes.

A fin de proteger la libertad de acción general de los ciudadanos, que según Robert v. Mohl constituía "la base de todo el Estado de derecho", se desarrolló la teoría de la *reserva legal*. Este principio del derecho estatal y administrativo actual en realidad ha experimentado ligeras modificaciones en su ámbito de eficacia, pero sigue siendo un pilar del Estado de derecho en la actualidad. En su forma antes vigente, afirmaba que las intromisiones en la libertad y la propiedad del ciudadano solamente podían justificarse mediante una correspondiente norma legal.

Ya para Ernst Ferdinand Klein, la certeza de "ser juzgado únicamente de acuerdo con las leyes previas a los hechos" había constituido un pilar del orden civil, que no sólo garantizaba la libertad general del ciudadano sino también la protección contra sus conciudadanos. Pero a diferencia de Inglaterra, en Alemania se produjo solamente una cooperación limitada entre política y derecho para garantizar el ámbito de libertad del ciudadano a través del ordenamiento jurídico. El camino alemán del Estado de derecho llevó, luego del intento fallido de 1848-49, a una solución predominantemente formal.

La sociedad civil, tras las decepciones políticas, tampoco se conformó con la garantía de *libertad y propiedad*, es decir, con un funcionamiento sin perturbaciones del comercio y de la circulación, sin verdaderos derechos de consulta. Una *administración justa y fuerte* le parecía más necesaria a la Alemania del romanticismo burgués que *rígidas normas constitucionales*. La *libertad verdadera* no significaba "otra cosa que [el] imperio de la ley". El ciudadano independiente tenía que ocuparse de su propio bienestar sin plantearle al Estado de derecho "ninguna otra exigencia más allá de la protección contra la arbitrariedad lesiva". La enumeración de derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn (artículos 1-19) se ubica en esta tradición. Se orienta a la protección contra acciones estatales que impliquen una intro-

misión en los derechos de libertad civil. La limitación original a la restricción y la previsibilidad del accionar estatal se desarrolló de allí en más a un mandato de justicia general que determina el obrar estatal de acuerdo con la comprensión actual de Estado de derecho.

Por otro lado, según la famosa fórmula del neoprusiano luterano F. J. Stahl, el Estado de derecho del siglo XIX no se caracterizaba por *objetivo y contenido* sino por *modalidad y carácter*. La ley no debía ser solamente una exigencia interna de la conciencia, sino que debía servir de límite para el rey y la administración respecto del ciudadano. En palabras de Otto Bähr, este concepto constituía "la vestidura resplandeciente" con la que los opositores del Estado de derecho ocultaban sus tendencias absolutistas. La desconfianza que sentía von Stahl hacia la función de barrera de las leyes en todo caso protegía contra una trasgresión directa de la norma, pero no contra su aplicación indebida por la administración. Por eso era necesario crear una jurisdicción especial a través de la cual se pudiera controlar al Poder Ejecutivo.

Lorenz von Stein ya había reconocido en el término alemán del *Staatsbürger* un concepto que no podía reproducirse con exactitud en ningún otro idioma. El motivo de esto, en su opinión, era la limitación a la "idea del Estado de derecho positivo (es decir, determinado por ley)". Rudolf Gneist y un grupo de administrativistas visionarios se esforzaron por superar la separación cada vez más clara entre Estado y sociedad. El triunfo del concepto formal de Estado de derecho no pudo detener esta evolución y en cierto sentido incluso la fortaleció. Por eso, Gneist se manifestó contra la igualación de Estado de derecho y *Estado de juristas*. En su opinión, la tarea del Estado de derecho no debía encomendarse solamente a un estamento profesional, sino que debía convertirse en el anhelo de toda la sociedad y basarse en la tradición jurídica del país. Las exigencias de Gneist y sus seguidores sólo tuvieron un éxito limitado. La *libertad civil* siguió más orientada a la delimitación y la defensa ante el Estado que a la participación en él.

En realidad, la construcción del Estado de derecho no movilizó tanto la participación del ciudadano en la política como la elaboración científica del fundamento de derecho administrativo del obrar estatal. El objetivo no era un control político sino un control de derecho administrativo-judicial. Otto Mayer, el fundador del derecho administrativo alemán, delineó en la primera edición de su *Derecho administrativo alemán* la tarea propuesta: "El Estado que no tiene para su administración una ley ni un derecho administrativo no es un Estado de derecho. En la segunda edición de 1914 se presenta la consumación: "El Estado de derecho es el Estado del derecho administrativo bien ordenado" e "[…] implica la adecuación de la administración a la justicia".[7]

---

[7] Otto Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*": t. 2, Múnich, 1914, pp. 60, 64.

Con esta orientación exclusiva a las leyes sin una concomitante incorporación constitucional, desaparecía la posibilidad de un control de la legislación tal como ya lo había expuesto Tocqueville antes de 1832, al ilustrar el ordenamiento jurídico norteamericano. En virtud de esto, Gerhard Anschütz, quien luego pasaría a ser un prestigioso especialista en derecho público durante la República de Weimar, pudo afirmar en 1898 la omnipotencia del Estado: "Lo que muchas cartas constitucionales dicen del monarca, se aplica en realidad al Estado: éste nunca puede obrar mal". Había regresado el Leviatán y se había debilitado su adversario, el derecho natural. El positivismo pudo finalmente alcanzar un punto culminante con la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen. La pregunta sobre la justicia, el *derecho justo* y la moral quedaba excluida. Por eso, incluso en Inglaterra, era posible clasificar al Estado hitleriano como Estado de derecho.

Ese mismo año, con su ensayo *¿Qué significa la discusión sobre el Estado de derecho?*, Carl Schmitt se apartó del concepto formal de Estado de derecho. Después de que la Ley de Plenos Poderes del 24 de marzo de 1933 hubiera concretado la "autodesfacultación" del Parlamento y posibilitado la toma ilimitada del poder por Hitler, los nacionalsocialistas transformaron ideológicamente el concepto de Estado de derecho. Este fenómeno se repetiría en la RDA después de la guerra.

5. Estado de derecho y *Sozialstaat*

5.1. Libertad y propiedad

Un elemento jurídico esencial del principio del Estado de derecho es la llamada *primacía del derecho o reserva legal*. Ésta condiciona la injerencia del Estado en ciertos derechos del ciudadano a la correspondiente habilitación por medio de una ley. Hasta hace algún tiempo, este ámbito protegido del derecho, en el que sólo podía intervenirse con base en una ley formal, estaba conformado por los derechos *libertad* y *propiedad*. La burguesía emergente estaba interesada en ambos bienes jurídicos. En ese sentido, la razón de la creciente relevancia de la ley y de su función de garantía frente a la arbitrariedad del Estado radica en la progresiva brecha entre Estado y sociedad. Siguiendo las ideas del profeta Adam Smith, se trataba de liberarse de la tutela del Estado y de su constitución económica basada en principios mecantilistas y económico-administrativos. En 1976 Voltaire comentaba en sus *Idées républicaines*: "*Liberty and property… c'est le cri anglais…, c'est le cri de la nature*" ('libertad y propiedad… ese es el grito inglés…, ese es el grito de la naturaleza'). Sin embargo, la concentración en la asociación conceptual *libertad y propiedad* databa de mucho antes de que Voltaire la incluyera en el derecho natural. Había surgido con ayuda del derecho al voto y a la aprobación del impuesto. Los atenienses hacían depender su derecho al voto de la propiedad de la tierra, como también lo hacían los miembros de las corporaciones de artesanos noruegas o los confederados helvéticos. Significativa-

mente, la Bula Dorada de Hungría de 1222 y la Magna Carta de los ingleses situaron a la expropiación y al "robo de la vida" en un mismo plano con la privación ilegítima de la libertad. Incluso el príncipe absoluto se legitimaba según Bodin "otorgando a sus súbditos la libertad natural y la posesión de la propiedad privada". En las luchas por limitar el poder público, además de la libertad personal siempre estaban en juego también los *iura quaesita* (los 'derechos bien habidos'), otorgando un rol especialmente importante al derecho de aprobar impuestos en el desarrollo de la doctrina de intervención. Hasta el auge del absolutismo en el siglo XVIII, las injerencias del monarca en la propiedad de los ciudadanos en forma de impuestos sólo era admisible en virtud de las correspondientes resoluciones de los estamentos afectados. Las resoluciones debían precisar, además, la finalidad y el alcance de las cargas.

En su doctrina de la inabrogabilidad de los derechos personales, Locke colocó en pie de igualdad *liberty* y property. Alexander Hamilton amplió la asociación de ambos conceptos y habló de "vida, libertad, propiedad, religión". En otras constituciones de los estados que más adelante conformarían los Estados Unidos de América del Norte, como el *Virginia Bill of Rights* (Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776), encontramos conceptos similares como "derecho a gozar de la vida y de la libertad, de los medios para adquirir y poseer propiedad". El historiador y estadista alemán Justus Möser definió la dupla conceptual como objeto decisivo en el que se revela la calidad de una jurisprudencia y el plan constitucional del gran duque Leopoldo de Toscana de 1782 especificaba en su justificación, además de seguridad y tranquilidad de la sociedad, también la propiedad. En el artículo XVII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la propiedad se consagra como un "derecho inviolable y sagrado". También para Kant la autonomía burguesa, que transformaba al individuo pasivo en uno activo, era expresión de la autonomía económica. Constituía la base del derecho personal. El artículo 2 de la Patente de Nassau del barón vom Stein, de 1814, resumía por primera vez la libertad y propiedad como fórmula en una constitución alemana: "Declaramos y prometemos que sometemos la seguridad de la propiedad y de la libertad personal bajo la garantía de cooperación de nuestros estamentos estatales". El artículo 14 de la Ley Fundamental alemana consagra la propiedad en el artículo 14 como derecho fundamental. No obstante, el Tribunal Constitucional Federal se ha apartado de la doctrina de la intervención clásica. En 1977 dictaminó para el ámbito escolar que las medidas de la administración pública no sólo requieren una base legal cuando se trata de *injerencias en la libertad y la propiedad*, sino también cuando se ven afectados derechos *esenciales*, es decir, derechos cívicos consagrados en la Constitución.[8]

---

[8] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* / Fallos del Tribunal Constitucional Federal, vol. 47 (1977), pp. 78-79.

Con esta jurisprudencia, cuyos antecedentes se encuentran en la Constitución de Weimar, se corrigió una evolución que había transformado el elemento de la propiedad, originalmente garantía de libertad, en un derecho subjetivo de quienes eran dueños de los medios de producción. Hasta entonces, los derechos de la población trabajadora y de los consumidores debían ceder ante este derecho. En el siglo XIX la prohibición del trabajo infantil, el salario mínimo para la mujer, alícuotas impositivas progresivas y la responsabilidad de los empleadores por los trabajadores en caso de accidente de trabajo no lograron superar la valla impuesta por los derechos *libertad* y *propiedad* consagrados en la Constitución. En los Estados Unidos, fue Oliver Wendell Holmes, el jurista norteamericano más conspicuo de su época, quien finalmente logró revertir esta concepción ultraliberal en beneficio de los derechos sociales. Holmes era juez de la Suprema Corte, famoso por sus cautivantes *dissenting opinions* ('votos disidentes'). Se inscribía plenamente en la tradición anglosajona y rechazaba definir el derecho en términos abstractos. No concebía el derecho como sistema o inventario de principios sino como acción, es decir, como garantía de justicia en situaciones concretas. Esta interpretación de derecho que santo Tomás de Aquino había descrito como *actio iustitiae* ('acto de justicia') introdujo al mismo tiempo el desarrollo pragmático del derecho por los jueces.

En términos generales, la aplicación jurídica de la fórmula *libertad y propiedad* a partir de la industrialización merecía los reproches formulados por Georg Büchner y Karl Marx, entre otros, durante la primera mitad del siglo XIX. Büchner calificó a la ley como "propiedad de una clase insignificante de distinguidos y eruditos que se arroga el dominio mediante sus propias maquinaciones". La justicia —decía— "viene siendo en Alemania desde hace siglo la puta de los príncipes". Según Karl Marx, el padre del comunismo científico, las relaciones jurídicas no se deducían de la evolución del espíritu humano, sino de las relaciones económicas. Sostenía que el derecho era la superestructura ideológica de las relaciones de producción burguesas. Para Ludwig Gumplowicz, esa realidad convertía al Estado de derecho en un fantasma, en una *luz mala* que arrastraba al extraviado hacia su perdición. Sostenía que la teoría del Estado de derecho estaba unida en forma indisoluble al principio de igualdad, pero era incompatible con la realidad porque la igualdad de derechos para todos debía fracasar ante el orden de dominio del Estado. De todos modos Marx, igual que más tarde Lenin, admitió que por cierto tiempo era necesario conservar el *derecho burgués* como elemento de orden, antes de que la muerte total del Estado hiciera redundante el derecho.

Otros no querían derribar el sistema jurídico y social vigente, como sí lo querían los socialistas radicalizados y los comunistas. Más bien buscaban equilibrarlo haciendo mayor hincapié en los elementos sociales. Progresivamente se fue desarrollando así el actual derecho laboral y social. En esta evolución reside el aporte más importante de Alemania al actual modelo de la *democracia occidental*, generalmente reconocido.

5.2. Asistencia social y subsidiariedad

En su obra *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* ('La ciencia policial según los principios del Estado de derecho'), publicada en 1832, el jurista y político alemán Robert von Mohl había denunciado la limitación del Estado, por parte de la doctrina del Estado de derecho más antigua, a la mera preservación de la paz y la garantía del derecho. Se interrogaba sobre quién querría vivir en un Estado en el que el individuo limitaba sus derechos a la garantía judicial, pero al que en casos de emergencia aquél no le procuraba ayuda policial.

Según las palabras del político y diputado badense Franz Joseph Ritter von Buß en la iglesia de San Pablo, en Fráncfort, el "cuidado de la beneficencia pública" debía dar lugar al Estado de derecho en lugar del Estado policial. Este criterio era compartido también por el presidente del Landes-Oeconmie-Collegiums ('Colegio de Economía Estatal') prusiano Wilhelm Adolf Lette. Igual que Mohl y Buß, éste consideraba que la inclusión del mundo del trabajo a través de representaciones de intereses, tribunales industriales y cajas de socorro conduciría a una "nueva y superior evolución del Estado de derecho alemán". Es cierto que los visionarios proyectos de la iglesia de San Pablo en el campo del derecho constitucional laboral no fueron volcados a la legislación, luego de que fracasara la revolución de 1848-49, pero perduraron en la historia del pensamiento humano. Las leyes sociales de Bismarck se inscribieron en la tradición del Estado benefactor con el famoso mensaje imperial del 17 de noviembre de 1881. También la ciencia reclamó, más allá de la igualad formal, justicia material y, en consecuencia, una ampliación del concepto de Estado de derecho. A pesar de más de un antecedente en la República de Weimar, la justicia material sólo se concretó con la incorporación del principio del Estado social a la Ley Fundamental.[9]

No existía entonces y no existe tampoco hoy plena coincidencia en cuanto a la compatibilidad del principio del Estado de derecho con el principio del Estado social. Algunos consideran que el Estado de derecho está construido sobre la base de garantías y libertades y por ende no puede coincidir realmente con el Estado social, que apunta a la participación. Otros ven en el Estado social el complemento del Estado de derecho; señalan que se trata de la protección que el Estado debe proporcionar al individuo libre para defenderlo contra los peligros de la era industrial. Fuera de toda discusión está el hecho de que, a diferencia del Estado benefactor policial del siglo XVIII, el Estado social no tiene el derecho de forzar la felicidad de sus ciudadanos ni de educarlos. Sólo crea las condiciones para que el individuo no fracase por razones materiales en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

---

[9] Artículo 20, apartado 1, de la Constitución: "La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y *social*".

Artículo 28, apartado 1, de la Constitución: "El orden constitucional de los *Länder* deberá responder a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y *social* en el sentido de la presente Ley Fundamental".

La interpretación moderna del Estado de derecho y social se basa en el principio de subsidiaridad. Este nexo entre Estado de derecho y Estado social caracterizado por las fuerzas liberales del siglo XIX fue declarado por Robert von Mohl principio supremo del Estado de derecho y formulado clásicamente por el diputado von Buß en su discurso ante la Asamblea Nacional en la iglesia de San Pablo de Fráncfort. El principio de subsidiaridad pasó desde Alemania a la doctrina social de la Iglesia católica en la encíclica *Quadragesimo anno*, redactada por el jesuita Nell-Breuning. Quedó incorporado en la Constitución Europea a través de los tratados de Maastricht.[10] En la legislación social el principio de subsidiariedad ayuda a encontrar el justo medio entre la responsabilidad propia del individuo tolerable y la ayuda estatal.[11]

5. Garantía y futuro del Estado de derecho

En los estados socialistas las acciones del Estado difícilmente podían ser sometidas al control judicial. Al igual que el Estado autoritario del siglo XIX, en la mayoría de los casos sólo se admitían *peticiones*. En las democracias occidentales, en cambio, los tribunales enfrentan una verdadera avalancha de juicios. En 1986 Karl August Bettermann advertía sobre el peligro de un *Estado de derecho total*. La preocupación parece fundada. La evolución, específicamente alemana, iniciada en el siglo XIX, con la que se pretendía suplir la falta de participación política del ciudadano con más

---

[10] *Tratado de la Unión Europea*, del 7 de febrero de 1992 (*Boletín del Gobierno Federal* n.º 16, del 12 de febrero de 1992, p. 113):

"[…]

"Artículo B [Objetivos de la Unión]

"Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal como se define en el artículo 3.*b* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea".

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, del 25 de marzo de 1957, *Boletín Oficial*, 1957 II, p. 766 en la versión del Tratado de la Unión Europea):

"[…]

"Artículo 3.*b* [Principio de habilitación especial, principio de subsidiariedad]

"1) La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

"2) En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

"3) Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

[11] Cf., por ejemplo, el artículo 2 apartado 1 de la Ley federal de asistencia social (Bundessozialhilfegesetz): "No recibirá asistencia social quien pueda ayudarse por sus propios medios o que reciba la ayuda necesaria de otros, en particular de parientes o agentes de otras prestaciones sociales".

leyes y la invocación de los tribunales, alcanza actualmente a todos los niveles en las más diversas formas. La sociedad evita tomar decisiones y asumir responsabilidades y busca encontrar la estabilidad en el derecho en lugar de la política. El Estado de derecho se ve superado en sus posibilidades. Incluso las instancias superiores de los tribunales administrativos se ocupan de acciones legales interpuestas por ciudadanos que, invocando la legislación social, hacen valer sus pretensiones a obtener determinados objetos de uso cotidiano específicos en contra del criterio esgrimido por la administración. Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal se ve empujado a asumir el rol de árbitro en la disputa política de los partidos.

En 1945 el constitucionalista suizo Werner Kägi advertía sobre el peligro de que luego de la experiencia del Tercer Reich se pasara a descuidar el derecho positivo mediante la referencia directa al derecho natural. También la ley dura, decía, es ley (*dura lex, sed lex*). En el pasado más reciente hubo algunos jueces, tanto en Alemania como en otros países, que no siempre pudieron resistir la tentación de corregir la *dureza* de la ley en favor de su criterio personal de justicia sin sustento legal. A la ley estatuida *como expresión de arbitrariedad* le sigue la jurisprudencia como expresión de arbitrariedad.

Metternich hablaba de la libertad pero se refería al orden de su sistema represivo. No pudo reprimir el deseo de libertad, como tampoco lo pudo hacer el orden del socialismo real construido en Europa oriental por la Unión Soviética después de la segunda guerra mundial. Concretado el Estado de derecho, la lucha centenaria de estamento e individuo contra el dominio estatal y autoritario condujo a Occidente y su *sociedad abierta* hasta un punto que hace surgir crecientes dudas en cuanto a si efectivamente hay seguridad jurídica y aseguramiento de la paz. Así por ejemplo, en la *permissive society* ('sociedad permisiva') las violaciones al orden jurídico son consideradas actos que, si bien *contravienen la ley*, se califican de meros *actos demostrativos*. La invocación a la (propia) conciencia es el recurso barato con que se pone en tela de juicio el carácter obligatorio de la ley. También el genocida Adolf Hitler invocaba su conciencia para concederle expresamente prioridad por sobre todos los derechos positivos. La referencia de Stuart Mill a la *tiranía social* de la opinión pública asimilable al arbitrio político se corresponde con los temores de Hannah Arendt. Arendt advertía sobre los peligros del *poder de los muchos* que pueden poner en riesgo las leyes. Quienes hacen depender el carácter vinculatorio del derecho de la decisión de la voluntad personal deben preguntarse, luego de las experiencias de Gustav Radbruch en el Tercer Reich, si la contradicción de la respectiva ley positiva respecto de la justicia efectivamente "alcanzó un nivel tan insoportable que la ley debe ceder como 'derecho injusto' ante la justicia" (fórmula radbruchiana). Al aplicar este principio, el Tribunal Constitucional Federal asume incluso para las leyes nacionalsocialistas que la seguridad jurídica debe primar por sobre las ideas de la justicia material siempre que no se hubiera estatuido una "injusticia evidente".

El *nuevo orden mundial* que invocara Robert H. Jackson en su discurso ante el tribunal de Núremberg que juzgó a los criminales de guerra no se ha concretado.

Tanto más importante parece la preservación de la paz y la fidelidad al derecho en el interior. El nonagenario Karl Raimund Popper advierte a los lectores rusos de su *sociedad abierta* que en la difícil reconstrucción del Estado de derecho lo más importante es cumplir efectivamente las leyes. La advertencia de Popper no se limita a la Europa Oriental. Tácito sabía, igual que Cervantes, que una inflación de leyes anuncia la decadencia de los estados: *Plurimae leges, pessima República*. Ya no se trata, como en tiempos de Otto Mayer, de cimentar el Estado con "la mayor cantidad posible de normas jurídicas". En Alemania (y en el resto de Europa) se va camino a asfixiar la solidaridad privada, la actividad económica y la participación política con una creciente inflación de leyes.

La garantía formal (típicamente alemana) que recoge la Constitución en su artículo 79, apartado 3, sólo ofrece una protección parcial contra este peligro que acecha al Estado de derecho.[12] Su estabilidad depende fundamentalmente del estado en que se encuentra el sistema político y social. El derecho no puede suplir a la política, pero el Estado de derecho debe garantizar el control del poder político. De allí resultó la dualidad, típica para Europa, de *derecho natural* y *derecho positivo*. La representación del modelo de Estado europeo no es el círculo con un centro del poder público, sino la elipse con dos focos interdependientes: la fe, la ideología y la política, por un lado, y el derecho, por el otro. Ambos elementos saben que dependen el uno del otro y que deben dividirse las tareas en el Estado. Pero ambos intentan también modificar una y otra vez la distribución del poder a su favor, aunque, cuando impera únicamente uno de estos elementos, se termina el Estado de derecho y se pierde todo. Con frecuencia se ha olvidado que la prosperidad de Europa reside en este laborioso y tirante equilibrio; sin embargo, ningún intento de abolir esta dualidad prosperó ni pudo mantenerse.

El control recíproco y la complementariedad han tenido muchos rostros en la historia. Se tradujeron en la teoría de las dos espadas, la teoría de los dos poderes, en *regnum et sacerdotium*, en el contrato de dominio. En la actualidad, se plasman en la división de poderes, en el fuero administrativo y en la jurisdicción constitucional. En un futuro, esta dualidad podrá seguir adoptando figuras nuevas —por ejemplo, a través de formas de participación cívica—, pero Europa permanecerá viva y su noción del derecho tendrá futuro siempre que se siga considerando al Estado de derecho como misión.

---

[12] Cf. n. a. p. 3.

Heber Arbuet-Vignali (Uruguay) *

Peligrosos prejuicios sobre soberanía **

1. Aproximación metodológica al asunto

1.1. Quién prejuzga

Prejuzga aquel que juzga las cosas antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento.[1] Es muy difícil que esto ocurra en la investigación científica de las ciencias susceptibles de sentar hipótesis y comprobarlas o rechazarlas en laboratorios, experimentando dentro de un lapso racional y no demasiado extenso. En otro tipo de ciencias es poco probable que se prejuzgue, pero en algunos casos ello ha ocurrido. Esta posibilidad se acrecienta cuando se trata de ciencias sociales, cuyas hipótesis se prueban o se desechan con el correr de la historia, durante períodos muy prolongados que sólo permiten una visión coherente en retrospectiva,[2] siempre y cuando el investigador no cometa el error de trasladar sus ideas y las razones de su tiempo a siglos anteriores y sea capaz de ubicarse en cada época, pensar, investigar y sacar conclusiones, no como lo haría él, salvo para las circunstancias de su tiempo, sino como lo habría hecho el autor que analiza si hubiera tenido oportunidad de considerar el problema, es decir, como lo hubieran hecho los anteriores en el marco de sus res-

---

* Ex catedrático de Derecho Internacional Público y de Historia de las Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). ‹heberarbuet@movinet.com.uy›

** En testimonio de reconocimiento académico a María López López de Arbuet Vignali (Clopin), también creadora del fundamento doctrinal de estas ideas a las que doy forma jurídica y política.

[1] *Diccionario Enciclopédico Salvat*, Barcelona: Salvat, 1997, tomo 22, p. 3067.

[2] El lapso que llevan estas comprobaciones, doscientos, trescientos o más años, hace imposible que un investigador personalizado comience el estudio y controle la evolución de los hechos para reafirmar o modificar sus perspectivas y, en definitiva, con la experiencia transformar la teoría en enunciado con total conocimiento de causa. La única posibilidad de experimentar se da en un proceso retroactivo, o prospectivo, mediante diversos investigadores que avanzan sucesivamente, muy coordinados entre sí, lo cual es muy difícil de lograr.

pectivos tiempos o imaginando, sin salirse del contexto del autor, lo que éste habría dicho si no hubiese vivido en sus propios tiempos sino en los del que lo comenta y estudia.

Cuando no se procede de esa manera se puede prejuzgar, y quien lo hace puede sentar conclusiones equívocas al transformar en enunciados hipótesis mal probadas en el "laboratorio". Cuando esto ocurre, sobre todo si el protagonista es un autor prestigioso, las confusiones y peligros que ocasiona suelen ser muy importantes.

1.2. Referencias a Montesquieu

Tres citas de la obra de Montesquieu pueden expresar mejor que mis palabras lo que quiero significar. Dice el autor en una primera referencia: "Nada hace tanto retroceder el progreso de los conocimientos como una mala obra de un autor célebre, porque antes de instruir hay que empezar a desengañar[…]"; en otro pasaje expone: "Cuando he procurado escudriñar la antigüedad, he procurado apoderarme de su espíritu para no mirar como semejantes cosas realmente distintas […]. No he sacado mis principios de mis preocupaciones, sino de la naturaleza de las cosas […]"; y en tercer lugar, refiriéndose a una condena de la inquisición que consideraba absurda, concluía: "[…] es lo más inútil que he escrito nunca. Cuando se trata de probar cosas tan claras, hay la seguridad de no convencer […]".[3]

2. Erráticas concepciones sobre la teoría jurídica de la soberanía

2.1. La situación

G. Jellineck (1915, II, 74), con quien discrepamos en otros aspectos pero coincidimos en éste, dice que la soberanía es una idea que no ha nacido en los gabinetes de teóricos alejados de la realidad, sino que se origina en el marco de luchas políticas que transcurrieron por siglos para convertirse más adelante en una categoría jurídica; nuestras investigaciones[4] nos conducen a pensar que antes la idea fue manejada como un concepto sociopolítico y luego también filosófico. Como veremos en el curso de esta exposición (sección 3), en todas estas disciplinas la idea de soberanía presenta algunos conceptos comunes, con igual contenido en todos los campos, pero también

---

[3] Ch. Montesquieu (II, 406; I, 6; II, 197, respectivamente).

[4] Desde 1978 venimos ocupándonos del tema *soberanía*. A través de nuestros esfuerzos, algunos de los cuales han sido publicados como avances parciales, hemos ido estructurando una teoría jurídica de la soberanía. Véanse al respecto las publicaciones de H. Arbuet-Vignali (2005: 673-674; 2005*b* y en prensa). Además tenemos en preparación: *La concepción de la soberanía en los idealistas alemanes: Kant, Fischer y Hegel*; y *La idea de soberanía en los internacionalistas clásicos: Pufendorf, Volfio, Grocio y Vattel*.

ofrece otras perspectivas, enfoques o particularidades que corresponden a la concepción de la soberanía en una —o a veces en algunas— de estas ciencias, que metodológicamente no resulta correcto trasladar a otras donde el instituto está llamado a desempeñar un papel siempre importante, pero muchas veces diferente en sus manifestaciones coyunturales vinculadas con las particularidades propias de cada ciencia.

Esto complica el análisis objetivo del significado y la proyección de la idea de soberanía en cualquiera de las disciplinas particulares, por la posibilidad de insertar elementos de juicio y razón que pertenecen a otras. Esta dificultad se multiplica en el área de las ciencias jurídicas. G. A. Waltz (1943, 205 y 206) afirma con razón que la soberanía funda a la vez el derecho político interno y el derecho internacional público, teniendo, como el dios Jano, dos caras, ya que en cada uno de estos campos el concepto jurídico del atributo tiene distinto alcance y diferente significado. Esto nos ha llevado a afirmar, en varias de nuestras obras anteriores, que cuando a los diferentes significados jurídicos de la soberanía, interno e internacional, se les suman sus significados político, sociológico y filosófico, suelen darse profundas confusiones que propenden a crear prejuicios. Esta propensión se torna incontrolable cuando los autores pretenden indebidamente, aunque a veces de buena fe, extender los conceptos que son válidos en alguna de estas disciplinas a cualquiera de las otras. En algunos casos esto es parcialmente aceptable; pero en la mayoría resulta fuente de malas interpretaciones y graves errores.

2.2. Sus repercusiones

Con la teoría jurídica de la soberanía ha ocurrido todo esto. Hubo autores muy prestigiosos en los siglos XVII y XVIII que hicieron traspolaciones conceptuales, y a la idea de soberanía imbricada en un sistema jurídico dieron contenidos propios de otras ciencias sociales como la sociología y la política, o de posicionamientos filosóficos, los que no encajaban dentro de los planteos jurídicos propuestos porque no se correspondían con la hermenéutica jurídica.

Más adelante, desde fines del Siglo XIX, cuando se procura afirmar la regulación jurídica de las relaciones internacionales[5] en el marco de una nueva circunstancia,[6] un grupo importante de teóricos miró hacia el pasado con los preconceptos de su presente y ubicó la idea de soberanía en el derecho constitucional y en el internacional, siguiendo las erróneas ubicaciones disciplinarias de prestigiosos autores anterio-

---

[5] Recuérdense las conferencias de La Haya de 1899 y 1907, la Sociedad de las Naciones, las Naciones Unidas y otros esfuerzos similares.

[6] Aumento de la interdependencia, incremento del nacionalismo chauvinista, últimos problemas coloniales, posterior fin del colonialismo, duros enfrentamientos ideológicos, el mundo bipolar, la llamada globalización, etcétera.

res[7] y también sus propias mutaciones históricas. Algunos tomaron la soberanía exclusivamente en sus posibles dimensiones sociológica, política o filosófica, a las que pretendieron dar alcance general, y otros atribuyeron estos enfoques de otras ciencias a la teoría jurídica de la soberanía. Muchos de éstos fueron autores prestigiosos que sembraron graves confusiones y obligaron a sus contradictores a destruir antes que construir.

En el mismo sentido, pero desde la perspectiva opuesta, los jusnaturalistas, normativistas y otras corrientes humanistas, que reaccionaron contra las barbaries que desataron la lucha ideológica internacional y la Segunda Guerra Mundial, no vieron mejor cosa que culpar de ello a la teoría de la soberanía, sin excluir de esa culpa a la teoría jurídica de la soberanía, en la cual habrían podido encontrar el mejor, si no el único, respaldo para sus progresistas ideas sobre democracia, autodeterminación, protección interna e internacional de los derechos humanos y paz y seguridad internacionales.

2.3. Los prejuicios

A partir de mediados del siglo XX se conjuntan varias circunstancias: las señaladas en el literal anterior; la caída de los paradigmas que habían permitido llevar una relaciones internacionales muchas veces injustas, pero bastante equilibradas y siempre coherentes y previsibles (véase más adelante la sección 4), y la incidencia de las nuevas tecnologías y procedimientos que modifican radicalmente la relación gobernante-gobernados en aquellos países en que ésta era significativa por su interacción. Todo ello deja en dificultades, muchas veces sin respuesta, a las democracias y las monarquías constitucionales, y en muchos casos llega a desestructurar Estados razonablemente establecidos, lo cual conduce a la radicalización doctrinaria que condena al Estado y a la soberanía como responsables de estos problemas. La práctica política no siguió esta tendencia, pero la sufrió al ver limitados sus apoyos teóricos para revertir la situación.

---

[7] Indudablemente Hobbes (1648, II, libros 3 y 4), quien, en realidad, pese a sus invalorables aportes a la teoría (la idea de contrato social inserto en el derecho positivo), utilizó el nombre *soberanía* al que le dio el contenido de poder absoluto, incondicionado, por lo cual, terminó justificándolo, no desde una perspectiva objetiva, de base humana y científicamente comprobable, sino por razones ideológico-políticas y religiosas. También Rousseau (1762), aunque en menor medida, con el apresuramiento político de su primer posicionamiento, tampoco justificó el mando ordenador en la teoría jurídica de la soberanía, sino que la aproximó a fundamentos ideológico-políticos. Algo similar cabe decir con respecto a los idealistas alemanes posteriores a Kant y de varios constitucionalistas, quienes por razonamientos filosóficos creyeron en la perfección del Estado, al que atribuyeron un poder total y cuyos actos justificaron en su totalidad, sin tomar en cuenta el necesario contralor del común de las gentes sobre los gobernantes que mueven a ese Estado.

En este marco, cuando se decía que en el ámbito del derecho (interno e internacional) la soberanía continuaba siendo un elemento de significativa importancia, aparecía el primer prejuicio: no puede ni debe recaerse en los errores de la doctrina y la práctica ya superadas. En cuanto se planteaba la cuestión de la soberanía, aparecía un rechazo frontal, sincero y sano en sus motivaciones y deseos, pero también ingenuo y prejuiciado: hay que olvidarse de esa idea peligrosa y maligna que amparó tantas maldades y causó tantos dolores.

Y cuando se trataba de demostrar que el contenido del atributo de la soberanía no era ese pretendido derecho a hacer todo lo que se quisiera mientras se tuviera capacidad y poder para hacerlo, sino que en el marco del derecho la soberanía es un atributo jurídico que justifica por legitimación una peculiar forma de ejercer un poder de mando ordenador, supremo pero condicionado, de unos seres humanos, los gobernantes, sobre el conjunto de la sociedad, la reunión de gobernantes y gobernados, aparecía una nueva barrera. El temor al pasado, posicionamientos sanos pero poco experimentados y un gran deseo de cambio ponían otra nueva barrera infranqueable: no discutir un instituto llamado a desaparecer y ser sustituido y que, además, había sido sustento de un tipo de Estado también llamado a desaparecer en aras de un orden mundial armónico, coherente, que ampararía todas las culturas y necesidades.

Cuando encontrábamos este nuevo muro, este nuevo prejuicio, más fuerte e infranqueable que el anterior, muchas veces pensamos, como Montesquieu, que el amplio espacio de nuestra vida que habíamos dedicado a estudiar el atributo de la soberanía había sido lo más inútil que podríamos habr hecho, porque es tan claro y evidente lo que significa la teoría jurídica de la soberanía en el pensamiento histórico de los autores que la crearon y consolidaron (Bodin, Locke, en ciertos aspectos Montesquieu y Rousseau y, fundamentalmente, Kant) y en la percepción de aquellos a quienes ahora nos preocupa, que con Montesquieu concluíamos en la inutilidad del esfuerzo porque "cuando se trata de probar cosas tan claras, su propia claridad nos impide entender por qué los demás no las comprenden y se hace difícil desarrollar la idea".

No obstante, insistiremos en el asunto. Es verdad que parte de la doctrina desvió las ideas de la teoría jurídica de la soberanía y la usó para otros fines originando graves daños y confusiones,[8] pero se trató siempre de usos desviados que no pueden, o al menos no deberían, afectarla. Como veremos, la teoría jurídica de la soberanía es la única que puede dar base doctrinaria, objetiva, de raíz humanitaria y científicamente comprobable tanto a la protección interna e internacional de los derechos humanos fundamentales, como a los gobiernos democráticos y a las monarquías constitucionales, como a la práctica de la autodeterminación de los pueblos.

---

[8] Véase *supra*, nota 7.

Cabe preguntarse cómo evolucionó la historia para que esta última afirmación, que se nos hace clara y racional a través de nuestras investigaciones de la doctrina y de la práctica de los Estados, parezca un disparate caprichoso de un trasnochado estudioso de gabinete. ¿Qué fue lo que pasó para que se confundieran las perspectivas? Aclarar esto resultaría un buen aporte. Por ello lo intentaremos.

3. Distintos contenidos del término *soberanía*, en el tiempo y en las disciplinas

3.1. Evolución de la idea jurídica y política de soberanía

En un trabajo anterior (H. Arbuet-Vignali y L. Barrios, 2001) decíamos:

> Cuando en cualquier ámbito de las actividades humanas se hace referencia a la soberanía, no se está describiendo con esta expresión a ninguna cosa que posea materialidad tangible, ni siquiera a algo que disponga de una esencia inmaterial propia y que, con alguna de estas naturalezas, pueda existir como tal, con independencia de los seres humanos. Al utilizarse la expresión se evoca, y muchas veces también se invoca, una realidad inmaterial, vinculada a los seres humanos y a la organización de las colectividades que ellos crean con el propósito de ordenarlas en su conjunto relacional, dentro de un marco geográfico, mediante una estructura de subordinación, que conjugue en algún grado todas las expectativas individuales, sin resentir la satisfacción de la totalidad global de las mismas. Se expresa, o se desea expresar, una realidad conceptual, que procura reconocer y explicitar algunas de las profundas determinantes del obrar humano en su vida de relación. Con esta expresión siempre se ha hecho referencia a los intentos de explicar y justificar determinada forma de organizarse, relacionarse, regularse, limitarse, subordinarse y controlarse mutuamente los seres humanos que viven en comunidad, dentro de un marco geográfico delimitado por fronteras que les aglutinan, a la vez que les separan de otros grupos semejantes, que con ellos comparten el mundo actuando con independencia e interdependencia.
>
> Con la expresión soberanía se hace referencia a algo conceptual, con profundos vínculos en la realidad material y estrechamente relacionado con la vida de los seres humanos. La soberanía es una categoría filosófica, tiene un importante significación sociológica y también es un concepto de la teoría política, aunque su práctica, muchas veces, indebidamente, la haya utilizado como instrumento. Jurídicamente, es una idea fuerza legitimante, creada por los seres humanos; pero que no se origina solo en la mente de aquéllos, sino en ella a través de la observación que éstos, exteriorizándose, hacen de sus propias conductas en sociedad.

El concepto jurídico de soberanía tiene un largo proceso de formación. No pertenece a la antigüedad. En ella la idea más próxima al mando ordenador en el ámbito jurídico y político interno se encuentre en la *maiestas populorum romanorum*, y la condición de independiente en lo externo que se sintetizaría en el atributo se respaldaba por entonces con la autosuficiencia: reunir suficiente poder, riqueza, bienes y capacidades como para no depender de la protección de otro centro de poder.

Durante la Edad Media, con la expresión *soberanía dividida* o *suzeranía* se describía una determinada situación de jerarquía. Se consideraba soberano a la perso-

na o conjunto de ellas a quienes se reconocía la capacidad de desplegar un poder de decisión superior y de última instancia en una determinada actividad del quehacer humano: el señor en su feudo, el maestro en su gremio, el tribunal en el ámbito de su competencia, el rey en su reino. Dentro de un mismo espacio geográfico amplio existían diversos soberanos, que disponían de una voluntad superior en sus asuntos, pero que en otros, a su vez, estaban sometidos a diferentes autoridades. Se trataba de una idea más parecida a lo que actualmente llamamos *jurisdicción* o *poderes de gobierno*.

Maquiavelo (1469-1527) cambia la idea medieval y considera soberano al poder supremo y único ejercido por una sola autoridad respecto a todos los asuntos que ocurrían dentro de una frontera (la señoría, la república, el reino, más adelante el Estado). Su posicionamiento es político, ya que no exige ninguna justificación especial para ejercer ese mando; se limita a constatarlo en los hechos y describirlo y, en consecuencia, no logra su estabilidad, ya que las luchas por poseerlo serán constantes.

Poco más adelante, Bodin (1530-1596) descubre lo importante que resulta para la estabilidad y el desarrollo del mando ordenador el que su ejercicio esté justificado de alguna manera ante los ojos de quienes son mandados.[9] En su época, la sociedad francesa, que procuraba el establecimiento de un Estado nacional, como ya lo eran España e Inglaterra, estaba profundamente dividida, no en la fe pero sí en los augures de esa fe, y la concepción feudal de la sociedad era el objeto del principal cuestionamiento. No se contaba por tanto ni con ideología religiosa ni con ideología política común que pudieran justificar el mando ordenador; la sociedad era pluricultural y estaba suficientemente desarrollada como para no aceptar un mando como alternativa de males mayores. Bodin procura en la soberanía esa justificación del mando ante la perspectiva de los mandados. La soberanía será "[…] el poder absoluto y perpetuo de una república […]", indivisible y supremo al no tener su titular ningún poder material por encima de él. Así como la aproximación de Maquiavelo a la soberanía jurídica se encuentra muy confundida con los posicionamientos políticos; la concepción de

---

[9] Es un hecho comprobado en la experiencia histórica que el mando ordenador ejercido sobre una sociedad, si no se encuentra de alguna manera justificado ante los ojos de quienes son mandados, aunque en términos humanos pueda ser prolongado, en términos históricos resulta efímero y siempre inestable. El mando ordenador en las pequeñas sociedades primitivas estuvo justificado por vínculos parentales, por la sabiduría de los años o por la mayor destreza para defender de los enemigos o proporcionar bienestar; en la antigüedad dependió de la identificación con la divinidad, de lograr ser considerado su mediador, o del apoyo de la fuerza; en sociedades poco desarrolladas, por ser la mejor opción frente a males mayores (el zar de Moscovia, que abría sus graneros en las hambrunas y defendía de las depredaciones y violencias de las hordas del centro de Asia, de los polacos y otros invasores); en sociedades más evolucionadas la justificación se encontró en razones ideológico-religiosas o ideológico-políticas compartidas por la inmensa mayoría de los mandantes y los mandados. En todos los casos, el mando ordenador de unos seres humanos sobre el conjunto de ellos en la sociedad estaba justificado en la perspectiva de la inmensa mayoría de los mandados y también de quienes mandaban, por razones íntimas, por la necesidad o por compartir convicciones religiosas o políticas que resultaban absolutamente dominantes.

Bodin no se despende totalmente de los condicionamientos filosóficos e ideológicos religiosos y políticos. Es el primero que ubica claramente a la soberanía en un marco jurídico, el primero en destacar la necesidad de justificar ese poder y el primero en decir que la base común de esa justificación debe procurarse por legitimación jurídica. Pero no recurre para ello a un sistema de derecho positivo vigente, sino al derecho natural, una concepción filosófica muy cercana a las concepciones religiosas hasta entonces dominantes: el poder soberano lo ejerce un monarca absoluto (esto por necesidad de contradecir el orden feudal hasta entonces dominante) que no tiene quién lo juzgue en este mundo, pero que debe ejercer ese poder sobre los mandados en forma correcta, de acuerdo con el derecho natural y respondiendo ante Dios o ante la historia.

Después de finalizada la Guerra de los Treinta Años (1618-1648) con el triunfo militar de los Estados nacionales sobre el Papado y el Imperio, para afirmar políticamente la victoria se recurre a la idea de igualdad soberana de los Estados (forma de romper la hegemonía del Papado o el Imperio y de impedir las pretensiones de cualquier otro poder dominante) para justificar por legitimación la independencia de éstos y permitir su vinculación a partir de una sistema jurídico de coordinación que se irá creando por práctica consuetudinaria entre todos. La importancia de la teoría jurídica de la soberanía realmente comienza aquí, en el ámbito internacional, ya que es indudable que, desde el principio, el atributo de la igualdad soberana de los Estados es la clave de bóveda de todo el sistema de coordinación creado bajo el nombre actual de derecho internacional público. Como todo sistema de coordinación, donde los sujetos reglados son a la vez protagonistas de la creación y modificación de todas las reglas a que se someten, éste también está íntimamente relacionado con lo político. El derecho internacional aportará la otra dimensión del atributo jurídico de la soberanía. A la legitimación para el ejercicio de un poder ordenador interno supremo, pero condicionado en su ejercicio por quienes mandan, se suma la legitimación de una relación independiente e igual entre soberanos que pueden aislarse o relacionarse y, en este caso, tienen la potestad de hacer en conjunto todas las reglas para sus vínculos.

En el entorno de esa época Hobbes (1588-1679) da un cariz fundamental a la teoría jurídica de la soberanía al insertarla en el derecho positivo vigente a través de la figura del pacto social. Éste es el gran aporte del autor inglés, la justificación del mando ordenador es ubicada en el consentimiento de los ordenados a través de la idea de pacto social,[10] lo que mucho más adelante se concretará en la práctica en el pacto constitucional de las democracias y las monarquías constitucionales. Pero a la vez que hace tan importante aporte a la teoría jurídica de la soberanía, la desvirtúa y manipula como un instrumento en favor de su tesis o de sus intereses políticos y termina por diseñar un pacto social absurdo, fuera de cualquier parámetro de realidad o herme-

[10] La teoría del contrato social ya se manejaba por Occan y por Marcilio de Padua, pero Hobbes la sitúa como base del Estado.

néutica jurídica de derecho positivo para crear una justificación del poder de fundamento ideológico-político-religioso. El mérito de ubicar definitivamente a la soberanía en el marco del derecho positivo, como atributo jurídico fundante del derecho constitucional (político) interno, le corresponde a Hobbes; también a él corresponde la responsabilidad por las tremendas confusiones que creó y por ser el origen de una contradictoria idea de soberanía que la presenta como justificación de toda acción que, en cualquier tiempo y sobre cualquier súbdito, el monarca absoluto quiera hacer, sin responder ante nadie ni permitir a los súbditos ningún derecho. Absurda idea que pretende que los seres humanos den todo el poder y facultades a otro ser humano, sin reservarse ningún derecho o garantía, y que lo hagan por ellos y por toda su descendencia en favor de un señor y de toda su descendencia, aunque ésta nada aporta, ni a nada se responsabiliza, ni nadie le puede pedir nada.

Esta caprichosa concepción, este enorme bolo intelectual indigesto dio argumentos tanto a los que sostenían la soberanía desarreglada con sus fatales consecuencias, como a quienes combatían la idea de soberanía porque la creían responsable de todos los abusos del poder despótico.[11]

Poco más adelante, e inspirado en las mismas instituciones ordenadoras inglesas, Locke (1632-1704) por primera vez completa con coherencia los principales aportes de la teoría jurídica de la soberanía. El pacto social será sinalagmático, generará derechos y obligaciones para ambas partes. El común de las gentes otorgará al gobernante un poder absoluto, pero éste estará condicionado a ser fiel a su encargo: no desestructurar el Estado y atender a las necesidades y felicidad de los mandados; si no cumple, si traiciona el pacto, Locke admite el derecho de resistencia a la opresión, aunque con muchas dudas, por el peligro que conlleva de desestructurar el Estado, sin concretar en definitiva quién decidirá y quedándose en una vaga apelación al cielo. Pero aquí la teoría jurídica de la soberanía completa sus caracteres constitutivos que luego deberá perfeccionar y desarrollar: poder de mando ordenador interno supremo pero condicionado en su ejercicio y poder ordenador coordinado entre independientes en lo externo. La práctica política de las tres revoluciones que siguen a la de 1688 consolidará a través de las Cartas constitucionales a la soberanía como base jurídica del ordenamiento político interno en las democracias y las monarquías constitucionales. El mismo carácter revolucionario del proceso le aportará ribetes de gesta, elementos ideológicos y mixturas políticas en muchas de las interpretaciones.

En el entorno de estos tiempos, aunque algo después, Montesquieu (1689-1755) perfecciona la forma de responsabilizar al gobernante infiel y procura, aunque posiblemente sin tener conciencia de ello, encaminar el derecho de resistencia a la opresión por senderos jurídicos. Esto lo aporta a través de su idea de equilibrio de poderes, que en la práctica política interna se irá complementando con la creación de poderes

---

[11] El poder despótico no es soberano porque no se funda en la legitimación sino en la grosería de la fuerza o la insidia de las maquinaciones.

de contralor, las elecciones periódicas, la responsabilidad política y personal de los gobernantes por la desviación de sus actos de gobierno, etcétera. El recurso a la fuerza y la posterior legitimidad revolucionaria quedarán reservados sólo a los casos extremos que no se puedan solucionar de otra manera.

Por esta época Vattel (1714-1767), desde un enfoque jurídico-internacional, caracteriza la soberanía como un atributo indivisible e inalienable que dota a quien dispone de él de independencia exterior y de supremacía y majestad internas, pero que lo subordina al derecho de gentes y a que quien ejerza el poder lo haga de determinada manera porque reconoce abiertamente el derecho de resistencia a la opresión.

Por este mismo tiempo Rousseau (1712-1778) también vincula la soberanía con lo jurídico. Parte del pacto social y da la titularidad del atributo al común de las gentes, al pueblo. Su primera posición, revolucionaria y radical, propiciará interpretaciones políticas del atributo y pondrá a la sociedad en la inestabilidad real propia de las teorías de la soberanía del gobernante (monarca absoluto) como de los gobernados (el pueblo sin límites a su voluntad). Luego atenuará su posición.

Por último y en similar entorno temporal, Kant (1724-1804), desde un enfoque filosófico y político trascendente, realiza un importantísimo esfuerzo intelectual por desentrañar las claves de este paradigmático atributo de los Estados y proyectarlo hacia el futuro. Con él se llega a la forma más clara de presentación de la teoría jurídica de la soberanía, que legitima en lo interno un mando ordenador a partir del contrato originario, con responsabilidad de los gobernantes; y un mando coordinado por los Estados independientes en el exterior. Después de Kant se retomará por muchas corrientes la línea de Hobbes y la pretensión de una *soberanía desordenada* fuera de todo marco jurídico, como instrumento que explica cualquier conducta política respaldada por el interés y la fuerza.

Como se puede apreciar, la idea de soberanía jurídica recibe sucesivos aportes, algunos de ellos desviados y negativos, desde distintas vertientes y diferentes épocas. El Medioevo aporta la idea de instrumento de ordenamiento social; Maquiavelo, la de mando supremo sobre todos los asuntos dentro de una frontera; Bodin, la necesidad de que el mando esté justificado jurídicamente. La práctica internacional posterior a 1648 aportará la idea de independencia de los soberanos respecto a sus relaciones mutuas y la necesidad de justificar sus conductas recíprocas a través de reglas de un sistema jurídico de derecho positivo con estructuras de coordinación. Hobbes da a la teoría sus esenciales bases para ser jurídica: la justificación del mando mediante el pacto social, pero a la vez la desvirtúa, confunde y utiliza para sus propios fines, sentando las bases para la absurda y nefasta concepción de la *soberanía desordenada*; debería haber afirmado su carácter de idea fuerza justificante por legitimación, pero la convierte en un instrumento de uso político basándolo en ideas supuestamente religiosas. Locke, con el fin de justificar la revolución de 1688, recurre al atributo jurídico de la soberanía, al que aporta su naturaleza de atributo que justifica el poder ordenador por legitimación jurídico-positiva a partir de un contrato social de naturaleza jurídica a consecuencia del cual surgen responsabilidades para el gobernante que

traiciona el pacto, aunque no explica bien cuáles serán los procedimientos para responsabilizarlo. Montesquieu aporta la idea de *equilibrio de poderes* como forma institucional de evitar la opresión del que manda, lo que permitirá desarrollar después en la práctica política interna las instituciones jurídicas por las que pueda transitar el derecho de resistencia a la opresión fuera del último recurso heroico de la vía de hecho. Vattel ingresará definitivamente la idea de soberanía jurídica en el campo de las relaciones internacionales. Rousseau dará raíz humana al instituto al dar su titularidad y radicación al común de las gentes, aunque su primer posicionamiento político revolucionario conducirá a errores más explicables y compartibles, pero tan graves como los del autor del *Leviatán*. Kant será el que exponga la idea más clara y completa del atributo jurídico de la soberanía, preocupándose porque en su época no se había llegado aún al último esclarecimiento y previendo las favorables consecuencias que esto llegaría a tener para el mundo. Después, en lugar de esclarecerse, el problema de la soberanía se confundió en el pensamiento de los idealistas alemanes posteriores a Kant, quienes subliman al Estado y su poder, y en el de los transpersonalistas y autoritarios, que retornan con regocijo y maldad a Hobbes, sin siquiera pensar en el pueblo soberano de Rousseau. Todo esto puede explicar en la actualidad la existencia de prejuicios acerca de la soberanía y su verdadera naturaleza.

3.2. Diferentes conceptos de soberanía en las distintas disciplinas

No han contribuido menos a esta confusión los diferentes contenidos que se da a la expresión en distintas disciplinas del conocimiento humano, los cuales son válidos en su campo, pero resultan muy negativos al insertarlos en otros. En todos los casos el término *soberanía* mantiene algunos elementos comunes. Ella siempre indicó la existencia de una idea fuerza que afirma la necesidad de que en todo conglomerado social actuante dentro de ciertos límites opere un poder de mando superior, ordenador de la convivencia, que es ejercido por uno o más seres sobre el conjunto de esa sociedad, para que ésta se mantenga, evolucione y mejore. Pero luego, cada disciplina tiene sus propias exigencias que no deben confundirse

Filosóficamente el concepto de soberanía estará determinado por la posición que adopte el autor del planteo, y su validez resultará de la fuerza, profundidad y coherencia del pensamiento que lo concrete. En general se considera tal el atributo que posee el ser omnipotente y que explica su poder supremo ordenador de todo, incluso el cosmos; por ello la soberanía, en última instancia, correspondía al Dios creador o a los dictados del orden natural. En una visión más terrenal de esta perspectiva, ciertas corrientes filosóficas la atribuyeron a un ente perfecto creado por los seres humanos, el Estado, lo que lo autoriza a hacer toda su voluntad e imponerla.[12] El ejercicio de los

[12] Ésta es otra de las desafortunadas coincidencias que conducen a confusiones: para las corrientes transpersonalistas, ese Estado perfecto es el titular de la soberanía; para el derecho positivo actual, los únicos entes soberanos son los Estados. Pero allí se detienen las coincidencias.

poderes ordenadores basados en esta soberanía filosófica no estaban condicionados a nada, porque nada hay más allá de Dios, la naturaleza o de ese súper-Estado.[13]

Sociológicamente, a la soberanía se la considera también como un necesario poder supremo ordenador que debe existir en toda comunidad de seres humanos para que la ordene de manera tal que no se desestructure y le permita desarrollar las posibilidades para su mantenimiento, continuación en el tiempo y mejoras para el bien común. Pero allí termina esta postura; no es de su incumbencia si ese objetivo se logra a través del mando de todos sus miembros, de un solo rey bueno, de un despótico monarca absoluto, de un grupo político tiránico o de otra manera; no entra a determinar si el mando debe estar justificado o no.

Políticamente la soberanía también se identifica con la capacidad de poseer de hecho los recursos para disponer de un mando supremo e irresistible capaz de imponer su voluntad dentro de fronteras y, en las posiciones imperiales extremas, capaz de imponerse también fuera de ellas a todos los demás poderes. Desde este enfoque resulta indiferente si el ejercicio de ese mando está sometido a reglas[14] o no lo está. El ejercicio de este mando puede no estar condicionado a nada, sino al realismo de los hechos y a los dictados de la prudencia. En este caso, si bien es un mando que procura y a veces logra imponer temporalmente el orden, éste no es estable y está siempre sometido al juego de las luchas entre los varios aspirantes a ejercer el poder, entre sí y con aquellos que se resisten a ser mandados. También el ejercicio de ese mando puede estar de alguna manera reglado y entonces, en algunos casos, puede haber importantes acercamientos con la idea jurídica de soberanía. En definitiva, componer ese desorden por la fuerza o por el esoterismo de la magia y la seducción serán las constantes tareas de los gobernantes que sustenten su poder en la idea de soberanía desordenada; otras serán las posibilidades de aquellos que acepten ciertos ordenamientos.

Por todo esto y por la importancia que tiene el término *soberanía*, hay otra dimensión para ella. En cualquier ámbito de las actividades humanas resulta muy satisfactorio ser considerado *soberano*, porque con esta expresión se invoca la ma-

---

[13] El problema que presenta esta última perspectiva radica en que el Estado es un ente sin voluntad propia y que los humanos que lo dotan de esa voluntad pueden terminar siendo quienes se encaraman al poder sin estar justificados para ello. Esto condujo a las grandes arbitrariedades políticas amparadas en tales doctrinas y al desprestigio de éstas. Algo similar ocurre con las dos posiciones anteriormente mencionadas, ya que, si bien Dios posee voluntad propia y ésta puede ser atribuida a los designios de la naturaleza, estas voluntades no tienen una expresión directa y evidente que les sea propia y, en definitiva, son interpretadas (traducidas) por seres humanos. Los abusos de fundamentalistas religiosos y jusnaturalistas tardíos debilitaron estas percepciones. Además, en la práctica, cualquiera de las tres hipótesis, para funcionar correcta y eficazmente, requieren ser aplicadas en sociedades monolíticas, con una sola actitud cultural, un solo credo religioso o con una sola convicción política, lo cual evidentemente no ocurre con el reconocimiento de la diversidad y la multiculturalidad posmoderna.

[14] Jurídico-positivas, del derecho natural (filosófico), de la omnipotencia de Dios, de los equilibrios de la naturaleza o de otro tipo.

jestad y el poder; entonces aparecen la asamblea soberana, la familia soberana, el consorcio de propietarios soberano, el gremio soberano, los legisladores soberanos, el capitán del buque soberano, etcétera;[15] esta faceta de invocación mágica aumentó mucho las confusiones y propició gruesos errores conceptuales.

Por último, el término *soberanía* también aparece en el campo del derecho y recordemos que allí lo hace con dos connotaciones diferentes: la interna y la internacional. Esta ubicación renacentista es más tardía que la de los marcos sociológico y filosófico que la preceden desde el Medioevo y es un poco posterior a su significación política, pero esta última la precede en importancia, dado que Maquiavelo es bastante anterior a Bodin[16] y se nos hace que con mayor difusión que éste.

No obstante, es en estos campos donde, históricamente, será más trascendente la aplicación del atributo. En el político, porque toda actividad política debe estar ordenada de alguna manera, requiere de la disponibilidad del poder para ejercerla en la práctica, y la soberanía consiste también en disponer de un poder ordenador para desarrollar la convivencia. En lo jurídico, porque el derecho es un factor de orden a partir de un mandato que tenga capacidad para imponerse,[17] pero que además esté justificado y, como veremos en la sección 5, el recurrir a la teoría jurídica de la soberanía proporciona la mejor doctrina para justificar por legitimación el poder de mando ordenador supremo, pero condicionado, de unos seres humanos sobre los demás dentro de una sociedad.

3.3. En conclusión

Creemos que lo que ha contribuido a la aparición de confusos y poco fundados posicionamientos respecto a la teoría jurídica de la soberanía es: la tortuosa formación del concepto de soberanía, su origen en otras disciplinas desde las cuales pasa al derecho, su especial significado en esta ciencia, sus dos conceptos válidos dentro de ella, los malos posicionamientos de algunos muy prestigiosos autores a su respecto, sumados a sus válidas significaciones actuales en las distintas disciplinas, algunas de las cuales se han insertado indebidamente en el derecho, a todo lo cual se agrega el prestigio mágico de la denominación. Trataremos de explicar la importancia que para el equilibrio del mundo actual tiene retornar al concepto clásico de soberanía jurídica.

---

[15] Esta posición está muy vinculada con la visión medieval de la soberanía (véase *supra*, sección 3.2).

[16] Creemos que Maquiavelo hace importantes aportes a la teoría jurídica de la soberanía, pero el enfoque que tiene del atributo es básicamente político. También Bodin con sus trabajos persigue un fin político, pero su enfoque teórico de la soberanía es esencialmente jurídico. Véase al respecto H. Arbuet-Vignali (2004).

[17] Esta constante relación entre derecho y fuerza resulta insoslayable: la fuerza sin derecho que la encauce resulta arbitrariedad, y el derecho sin fuerza que lo respalde resulta utopía.

4. Importancia de recobrar las ideas correctas de justificación del mando ordenador

A partir de fines del siglo XIX y especialmente después de mediados del siglo XX, se ha producido un cambio en la civilización tan importante como el que ocurrió en el Renacimiento y que condujo a la afirmación de los Estados nacionales y al redimensionamiento de la teoría jurídica de la soberanía, pero mucho más complicado, dado lo vertiginoso del proceso, ya que la tecnología actual determina que, apenas hemos asumido un desafío y podemos enfrentarlo, aparezcan otros nuevos para considerar y enfrentar.

Esto ha tenido importantes consecuencias en las relaciones interhumanas dentro de los Estados y en las relaciones internacionales; lo que obliga a sus sistemas jurídicos reguladores a adaptarse al cambio. Efectivamente, se han producido algunas importantes modificaciones, pero no se ha tomado conciencia de que los ajustes necesarios son más profundos que los intentados y que los avances jurídicos deben resultar proporcionados respecto al cambio de civilización. Creemos que parte de este retraso, significativo y peligroso, se debe a los prejuicios existentes acerca de la teoría jurídica de la soberanía, y que retomar la correcta conceptuación de ésta contribuirá, como ya lo pensó Kant en *La paz perpetua*, abrirá al mundo perspectivas más satisfactorias de convivencia generalizada.

Nosotros no somos especialistas en derecho constitucional y nuestros conocimientos de la política interna son los propios de un ciudadano responsable y pensante, pero nada más; tenemos una vinculación de medio siglo con el derecho internacional público y teorías propias a su respecto, lo que nos ha obligado a preocuparnos por las relaciones internacionales que son la fuente productora de ese sistema jurídico. La idea de soberanía es la clave de bóveda de las relaciones jurídicas y políticas, internas e internacionales. Haremos a continuación algunas reflexiones personales sobre su situación interna y expondremos nuestro pensamiento sobre la necesidad de avanzar en la situación internacional.

Hemos visto cómo ha costado en el ámbito interno superar la idea de mando absoluto, incondicional o condicionado sólo al más allá. También costó establecer un poder supremo e incontestado, pero condicionado y responsabilizando a quien lo ejerce. El establecimiento de estos elementos propios de la teoría jurídica de la soberanía, en el encare doctrinario, sufrió grandes dificultades para su análisis y concreción, también importantes retrocesos y graves confusiones; no obstante, se fueron afirmando en la práctica política de las democracias y las monarquías constitucionales. Esta evolución se dio en forma al menos satisfactoria en el marco de la antigua civilización.[18] Con las nuevas realidades, con la tecnología que achica el mundo, con los

[18] Nos referimos a la paulatina aparición, afirmación y mejoramiento de ciertos institutos: las elecciones periódicas de autoridades y su renovación como forma de juzgar la gestión, la extensión hacia el sufragio universal, las garantías electorales, la aparición de órganos de contralor (tribunales de cuentas, contencioso-administrativos, etcétera), el Defensor del Pueblo, los instrumentos de democracia directa para las resoluciones importantes y otros.

medios de comunicación de masas cada vez más omnipresentes y gravitantes en la psicología de los grupos humanos, con la complejidad y profundidad de los problemas que hace difícil decidir sobre ellos a quienes no tienen una preparación especial, con las posibilidades de eludir responsabilidades que es la resultante directa de todas estas complejidades, pensamos que los antiguos instrumentos de la ciencia y la práctica política interna exigen esfuerzos de recomposición. Actualmente al pueblo llano se le hace cada vez más difícil elegir con acierto al gobernante que defenderá sus intereses. No es fácil elegir lo mejor en el marco de una civilización de infinitos y tentadores ofrecimientos, y es complicado saber si la imagen que presentan los medios es real o está preparada para conquistar poder. Por esas mismas complejidades es difícil responsabilizar al gobernante con ecuanimidad y rigor. Es difícil también comprobar qué es lo que realmente desea y necesita el común de las gentes, las fuerzas sociales; es indudable que éstas procuran y merecen un papel directo más protagónico, pero muchas veces, al exigirlo por ciertos medios, han creado el peligro de desestructura del Estado, atacándolo y negando las bondades de un poder ordenador justificado; algunas veces esto ocurre porque el común de las gentes no tiene elementos para creer en las justificaciones de los gobernantes, y en otras ocasiones porque puede dudarse de que la pretendida voluntad del grupo actuante sea la propia y no esté encauzada por los medios técnicos de que algunos disponen para manipularla. Todos éstos son problemas que deben enfrentarse, analizarse y procurar superar para dar una importante participación directa en las decisiones al común de las gentes, sin que ello se haga por medios desestructurantes[19] y sean la real expresión de la voluntad de quienes se manifiestan, para adquirir un equilibrio social cada vez más justo y sobre todo que continúe, como es la función del Estado, atendiendo al amparo de los intereses de todos, y no al de ciertos grupos o corporaciones. Nuestros conocimientos no pueden ir en este campo mucho más allá de entender que deben intentarse profundas modificaciones políticas sobre la base ordenadora de la teoría jurídica de la soberanía expresada tal como la concebimos y se originó y sin verla a través de los prejuicios de las interpretaciones desviadas.

En el campo internacional, algo más tenemos que decir. El orden internacional, desde mediados del siglo XVII, se estableció a partir del principio de la igualdad soberana de los Estados y el sistema del derecho internacional público que, por su estructura, permite subordinar a los sujetos sin afectar su independencia.

Los Estados así organizados, como proyección de estas concepciones, en el ámbito de sus relaciones mutuas y en los últimos 350 años, venían logrando la coordinación de un orden internacional justificado recurriendo a cinco instrumentos o prácticas constantes. El orden internacional era conducido a partir de la aceptación gene-

---

[19] Después de muchos años y cuando parecía que el problema se encaminaba a su solución, los cambios de la civilización y el retraso en la evolución de las instituciones políticas nos vuelven a situar ante el mismo dilema de Locke.

ralizada *del atributo de la soberanía* como paradigma de un orden interno justificado por legitimación; este orden exterior era *coordinado exclusivamente por Estados soberanos*, los que estructuraron *un sistema de equilibrio multipolar de poderes* para su vinculación, disponiendo para ello de dos instrumentos: *la negociación y el recurso a la fuerza*, y regulando sus acciones por *un sistema de derecho internacional público* adoptado y adaptado para los fines propuestos.

El sistema estaba concebido para un mundo dual, aceptado y que funcionaba de una manera en ocasiones injusta, pero siempre equilibrada, coherente y previsible. La dualidad para el correcto funcionamiento se daba porque los asuntos que preocupaban en el ámbito interno y en el internacional eran normalmente diferentes y por lo tanto las relaciones políticas y su regulación jurídica en uno y otro sector eran distintos, compatibles y no presentaban sino ocasionales problemas. En el ámbito interno la soberanía atribuía un poder ordenador supremo, cada vez más realmente condicionado a un correcto ejercicio y justificado por legitimación a través de la aceptación de los mandados,[20] y en el ámbito internacional la soberanía creaba un poder ordenador coordinado que manejaba la relación de los intereses de las colectividades, pero dejaba fuera de él un extenso campo de dominio reservado a los Estados: el ámbito de su jurisdicción doméstica, que por entonces resultaba muy amplio.

La existencia de una autoridad que ordenara por coordinación en el campo internacional se justificó para los Estados por el respaldo que daban los protagonistas a sus propias acciones y por el sistema político del equilibrio de poder que permitía controlar los excesos de las potencias y mantenía una operatividad en las relaciones internacionales generalmente satisfactoria para la mayoría de los participantes.

Como las condicionantes de nuestra civilización fueron cambiando, todo esto dejó paulatinamente de funcionar, o de funcionar bien, desde fines del siglo XIX, y radicalmente desde la década de los noventa del siglo XX. Tal cosa ocurrió porque cayeron o se transformaron radicalmente los presupuestos que hacían funcionar al sistema.

Uno a uno fueron cayendo los paradigmas internacionales que hacían operable el sistema: el atributo de la soberanía deja de ser la justificación casi universal del ejercicio de un mando ordenador interno e internacional;[21] el equilibrio de poder mul-

---

[20] Esto no siempre fue así, pero es la tendencia que se inicia con la doctrina de Bodin y que se va perfeccionando a lo largo del tiempo en los regímenes democráticos y las monarquías constitucionales. Tampoco siempre fue así en todos lados y hubo lugares y ocasiones en que la justificación del poder de mando interno radicaba abiertamente en otros fundamentos ideológico-religiosos o políticos, pero estos casos resultaron ser excepcionales y no afectan el balance general. Por último, mucho menos fue así en todo el mundo sometido a dominio colonial o imperial, que a fines del siglo XIX era casi todo el planeta (menos Europa, gran parte de América y algunos espacios de los otros continentes); en estos sectores, con injusticia, se imponía para hacerlos funcionar el juego del atributo de la soberanía, pero despojado de sus esencias internas: el condicionamiento a los ordenados.

[21] A principios del siglo XX, salvo temporales regímenes de fuerza, la inmensa mayoría de los Estados independientes justificaban el ejercicio del mando ordenador interno por la legitimidad que le otorgaba la teoría de la soberanía, y los pueblos bajo dominio colonial o imperial dependían de Estados

tipolar deja de ser el esquema fundamental para el desarrollo de las relaciones internacionales;[22] el recurso a la fuerza deja de ser un recurso político racional en las relaciones internacionales;[23] desaparece el protagonismo exclusivo de los Estados en estas relaciones,[24] y se disfuman los criterios de distinción entre asuntos internos e internacionales.[25] En consecuencia, el derecho internacional público pierde sus bases operativas, si no en todos los ámbitos de las relaciones internacionales, en muchos de los cuales continúa siendo eficaz regulador de las situaciones que le son propias, sí en un gran número de novedosas actividades con incidencia interna e internacional equilibrada y donde compiten en todos los ámbitos, simultánea y conjuntamente, los intereses generales de los Estados con los corporativos de algunos grupos y con las apeten-

---

fundados en el mismo principio. Desde el primer tercio del siglo XX (marxismo-leninismo, nacionalsocialismo, fascismo, falangismo, corporativismo, régimen sagrado militar nipón, etcétera) y especialmente desde las décadas de los sesenta y setenta (descolonización y aparición de Estados en cuyas tradiciones culturales no entra la teoría jurídica de la soberanía), muchos Estados procuran la justificación del mando ordenador en concepciones ideológico-políticas o religiosas, en mesianismos personales o en predominios étnicos o tribales. Esto dificulta la relación de las diferentes concepciones que para sus compromisos externos no siempre aceptan las mismas reglas de juego que, por adhesión o imposición, antes eran comunes a todos.

[22] El sistema funciona con algunas variantes desde Westfalia a la Segunda Guerra Mundial. La descolonización ingresa en el juego de las relaciones internacionales a un gran número de Estados de muy diferentes culturas, tradiciones, características, dimensiones y potencialidad, lo que primero dificulta y después golpea fuertemente el sistema conduciéndolo a una bipolaridad ideológica y luego a una situación muy ambigua, con una cierta hegemonía atemperada. Esto dificulta el mantenimiento de un orden internacional al menos previsible y estable.

[23] El poder de las armas de destrucción en masa, la interdependencia de todos los Estados, la globalización de los intereses, la variabilidad de los alineamientos y la influencia de Estados cuasihegemónicos hacen muy peligroso el recurso a la fuerza, aun en aquellas situaciones en que se recurra a ella en vía policial, aplicándola orgánica y colectivamente pera respaldar el derecho. Esto hace dudar del sistema.

[24] Los intereses privados siempre incidieron en las relaciones internacionales, pero lo hacían a través de sus respectivos Estados. Los adelantos tecnológicos de esta civilización permiten que ellos jueguen directamente en el campo internacional, sin mediación alguna y aun sin disponer propiamente de fuerzas armadas o cuerpos diplomáticos. Es notoria la participación internacional directa de organizaciones no gubernamentales, de compañías comerciales, económicas o financieras, de asociaciones delictivas, mafias y grupos terroristas e incluso de simples individuos con conocimientos y equipos adecuados. Esto determina que a la lucha de los Estados por la defensa de sus respectivos intereses colectivos se sumen los enfrentamientos en defensa de intereses exclusivamente sectoriales o particulares, en ocasiones ilegítimos o perversos.

[25] Las comunicaciones en tiempo real, la posibilidad de negocios y operaciones electrónicas transfronterizas, los procesos de integración, el comercio internacional, la mezcla de las culturas y los gustos, los frecuentes viajes y continuos contactos humanos más allá de las fronteras para encuentros, cooperaciones y competencias diversas, etcétera, todo ello determina que se requieran regulaciones internacionales e internas en amplísimos campos antes reservados a la decisión exclusiva de cada Estado. Esto conduce a la necesidad de nuevas y diferentes estructuras jurídico-institucionales.

cias individuales personalizadas,[26] para los cuales no fue pensado ni resulta operativo. Para estas últimas situaciones deben crearse nuevos sistemas jurídicos y para ello es necesario retornar a las correctas fuentes de la teoría jurídica de la soberanía.

En un trabajo anterior,[27] afirmábamos que, en la medida en que se dan las nuevas circunstancias, las justificaciones internacionales desaparecen, el sistema político resulta inoperante y el jurídico evidencia sus carencias. Se impone procurar un nuevo orden justificado por la posibilidad de la participación de todos en la toma de decisiones.

Agregábamos que creíamos difícil, más bien imposible, reestructurar la situación retornando a las vías tradicionales que encontraban el apoyo a su justificación en la teoría jurídica de la soberanía de la primera generación (Bodin, Locke, Rousseau, Kant).[28] Decíamos también que la solución al problema requeriría fuertes cambios, creando estructuras internacionales comunes en las cuales sustentarse y un sistema jurídico que lo ordenara con justificación legitimando el ejercicio del poder ordenador y asegurando su contralor por los ordenados. Y para ello visualizábamos dos posibilidades: estructurar un sistema de equilibrio multipolar grupal (no entre Estados de poderío muy diferente, sino entre Estados y agrupamientos de Estados —comunidades— de relación más equilibrada) o el otro, y preferible, estructurar un novedoso mando supremo ordenador de nivel general, justificado ante la conciencia política y jurídica del común de las gentes agrupadas en Estados o grupos de Estados reunidos por sus afinidades. La nueva propuesta consiste en pensar que es posible establecer con carácter general, para importantes campos de actividades, un mando ordenador supremo, único y justificado por todos los ordenados a partir de los postulados de la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación.

Concluíamos en que esto resultaría trabajoso de concretar, pero que era posible hacerlo ya que entendíamos que las dificultades de un mando unificado en un mundo dividido no son mayores[29] que las que enfrentaba la Francia del siglo XVI cuando, como señala Bravo Gala (1985, XI ss.), Bodin aporta su teoría viviendo "[…] en el seno de una sociedad francesa [… en …] años difíciles para la monarquía francesa, llevada casi al borde del colapso por las guerras de religión […]".

---

[26] Grandes compañías, grupos religiosos, ideológicos, políticos, de opinión internacionales; terroristas, mafias, piratas internacionales.

[27] H. Arbuet-Vignali y L. Barrios (2003: 42-52).

[28] Mucho menos podría recurrirse a las negativas justificaciones de la endeble teoría jurídica de la soberanía de la segunda generación (Hobbes y sus seguidores).

[29] Salvo los ya señalados y que resultan de que el cambio de civilización actual es más radical, veloz y complejo que cualquier otro anterior.

5. Nuestra teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación

5.1. Naturaleza

El derecho positivo vigente está compuesto por reglas creadas por seres humanos,[30] para ordenar su vida en sociedad; de ahí la íntima relación del atributo (ordenador) de la soberanía, con el derecho. Pero en tanto teóricamente[31] la teoría sociológica, filosófica o política de la soberanía podría fundar un orden sobre el consentimiento de los ordenados sin garantías para ellos ni contralores de los gobernados sobre sus gobernantes,[32] por definición el derecho positivo no puede hacerlo, de donde la soberanía, cuando se inserta como una idea fuerza en un sistema jurídico positivo, tampoco puede hacerlo porque está al servicio de éste y de su hermenéutica.[33]

El derecho no puede ordenar a la sociedad de cualquier forma, sino de una manera especial: debe ordenar dando en primer lugar a los reglados certeza y seguridad en su vida en sociedad, y si esa sociedad tiene en común un ideal de justicia en razón de coincidencias religiosas, políticas o filosóficas, consagrando en sus normas ese ideal de justicia, y si las mencionadas coincidencias no se dan y la sociedad es plurirreligiosa, multicultural y admite muchas opciones políticas, concretando una idea de lo justo en común a través de los acuerdos que se plasman en las normas jurídicas. Por esta razón las normas jurídicas que regulan una sociedad y legitiman el ejercicio de un mando supremo o coordinado ordenador deben encontrarse justificadas ante el sentir, las necesidades y los deseos de los propios ordenados por tales reglas y aquellos que se someten a tal mando ordenador.

Las reglas jurídicas de derecho positivo deben ordenar obligatoriamente, pero también esas órdenes deben ser aceptadas por la inmensa mayoría de los ordenados a quienes las autoridades que las aplican no deben traicionar ni defraudar. Toda regla jurídica de derecho positivo interno o internacional constituye un mandato ordenador, por el cual se opta para mantener el equilibrio en una sociedad. Mientras esté vigente se debe cumplir, y cuando deja de ser adecuado a sus propósitos debe y puede modificarse o derogarse siguiendo el orden establecido por ellas mismas.

---

[30] En los regímenes democráticos y en las monarquías constitucionales, por el conjunto de seres humanos dentro de una fronteras (país) a través de las instituciones que ellos se han dado.

[31] Decimos *teóricamente* porque en la realidad los seres humanos no proceden de una manera que signifique darlo todo, sin necesidad de hacerlo, voluntariamente, pero sin recibir nada a cambio.

[32] Como lo pretendió Hobbes, que por ello se aparta de la teoría jurídica de la soberanía y adopta, en el fondo, un posicionamiento político y filosófico-religioso. Repetimos que esta posibilidad es teórica porque en la realidad, a partir de ella, no se establece un orden duradero y que pueda evolucionar, sino el quietismo de una imposición inestable, propensa siempre a desestabilizarse.

[33] En este supuesto es un atributo jurídico, no una categoría sociológica, ni una concepción filosófica, ni un supuesto político.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la experiencia histórica nos indica que el mando ordenador de uno o un conjunto de seres humanos sobre los demás que comprenden el grupo, para perdurar, ser estable e irse adaptando normalmente a los cambios que marcan las circunstancias, tiene que verse justificado ante el sentir de los mandados, éstos deben aceptarlo por alguna razón que les convence. Si no es así, todo dominio es inestable y caótico.

En esta oportunidad y referido a la naturaleza de la soberanía,[34] no nos interesa tanto evidenciar la importancia política que ha tenido desde el renacimiento esta idea, ya que resulta evidente para cualquier observador preocupado. Importa más, por no ser tan reconocido, poner en claro la importancia jurídica del atributo de la soberanía.

Una gran mayoría de los sistemas jurídicos internos y el derecho internacional público se fundamentan en el atributo de la soberanía y en el de la igualdad soberana de los Estados.[35] Tomando nuestro ejemplo más cercano, la Constitución uruguaya, fundamento jurídico y punto de partida y referencia de todo el derecho interno nacional, en su artículo 4 dispone: "La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes del modo que más adelante se expresará". Las constituciones de los demás Estados que fundan su derecho constitucional en el acuerdo común, las democracias de cualquier signo y las monarquías constitucionales[36] contienen referencias similares a la soberanía, aunque pueden radicarla en otros destinatarios diferentes.

En el derecho internacional público ocurre algo similar. La Carta de las Naciones Unidas, al establecer sus principios, en el artículo 2, inciso 1, dice: "La Organización está basada en el principio de la Igualdad Soberana de los Estados". A esto se debe agregar que los tratados de Westfalia (1648) y el derecho consuetudinario que se desarrolló a partir de ellos también se concretaron sobre la base del principio de la igualdad soberana de los Estados, el que es recogido expresamente en los tratados de Utrecht (1701-1715).

De lo que antecede debe concluirse que la clave de bóveda de los sistemas jurídicos internos que se basan en el acuerdo de los seres humanos y el de los sistemas jurídicos de coordinación, como el derecho internacional público, que se basa en el acuerdo de los conjuntos de seres humanos, se encuentra en la teoría jurídica de la soberanía. De esta afirmación resultarán importantes consecuencias tanto para los sistemas jurídicos, como para esclarecer el concepto de soberanía jurídica.

---

[34] En la realidad de los hechos, según el campo del quehacer humano en que actúe, su naturaleza será jurídica, política o de otra índole. Esto hay que comprenderlo por ser ella una percepción determinante y que permite no confundir dañosamente el papel de la soberanía en el campo del derecho, que es el que nos ocupa.

[35] También esto ocurre con el derecho comunitario, que, al originarse en actos del derecho internacional público (los tratados constitutivos), igualmente se funda a partir del principio de la soberanía jurídica.

[36] Por oposición a las tiranías, a los regímenes ideológico-religiosos o ideológico-políticos.

Los sistemas jurídicos de derecho positivo necesitan de un mando ordenador supremo y coherente que los ponga en práctica; requieren autoridades. Para que esas autoridades puedan ejercer el mando ordenador sin sobresaltos, a través del tiempo, con coherencia y eficacia, deben de alguna manera, cualquiera que ella sea, contar con la adhesión de la inmensa mayoría de sus ordenados.[37] Esta adhesión puede darse por respeto a la figura del que manda, por admirar sus cualidades, por pensar que es un dios o que es el intérprete de la voluntad de Dios, por reconocerlo como el creador o líder de una ideología política compartida, por pensarse que es el único que puede salvar al grupo de males mayores que lo acechan, o por otras razones de similar especie. Cualquiera de estas razones, para funcionar normalmente dentro de una sociedad, requiere ser aplicada en sociedades monolíticas, con verdades únicas casi universalmente aceptadas.

Esto último no ocurre con la inmensa mayoría de las sociedades internas actuales y mucho menos con la sociedad internacional. En esta circunstancia, para que los mandatos ordenadores sean aceptados y se pueda mandar (no sojuzgar), sus contenidos deben reposar sobre la aquiescencia de los mandados que los crean, aceptan someterse irremisiblemente a ellos y dan a las autoridades un mando ordenador supremo, pero a la vez las someten a su vigilancia y se reservan el derecho de castigarlas si actúan mal. Así se crea y funciona el derecho positivo, y la teoría jurídica de la soberanía aporta el atributo que justifica y explica por legitimidad la forma de crear ese poder, cómo trasmitirlo a las autoridades, los límites que éstas tienen y las consecuencias de las infidelidades al pacto tanto de gobernados como de gobernantes. De ahí la importancia de una correcta interpretación y comprensión de la teoría jurídica de la soberanía en el marco de la actual civilización.

5.2. Nuestro concepto de soberanía jurídica

En una prolongada investigación hemos ido estructurando nuestra posición respecto a la teoría jurídica de la soberanía, y a través de su confrontación con lo que han sostenido los más importantes autores que se han referido al tema estamos procurando demostrar su validez.[38]

Como consecuencia de nuestras investigaciones, pensamos que en el marco jurídico la soberanía es un atributo jurídico que internamente justifica por legitimación el ejercicio por parte de uno, de varios o de todos los miembros de una sociedad (los gobernantes), sobre el conjunto de todos (los gobernados), de un poder de mando

---

[37] Las concepciones filosóficas del derecho, al ser el producto de pensadores, pueden sostener y comprobar racionalmente que el sistema no requiere el respaldo de los súbditos o que le basta disponer de una estructura de aplicación perfecta, etcétera. Pero en la práctica esto no ha funcionado nunca bien por un tiempo considerable.

[38] Véase *supra*, nota 4.

ordenador supremo pero condicionado en su ejercicio. Exteriormente, siendo varios los soberanos, justifica la coordinación de los poderes ordenadores de los Estados para que en su conjunto reglen su convivencia mediante normas obligatorias que, por la forma en que se crean y aplican en la práctica, no afectan su atributo paradigmático.[39] Actualmente es un atributo exclusivo de un tipo de ente, los Estados independientes, que está directamente vinculado con sus habitantes y fronteras.

5.3. La construcción doctrinaria y nuestras incorporaciones

Ya vimos (*supra*, 3.1) cómo se fue formando la idea de soberanía jurídica a lo largo del tiempo y los diferentes aportes que a ella hicieron los autores, y también señalamos cómo se desvió su rumbo jurídico en los siglos XIX y XX. A estas últimas confusiones contribuyeron los distintos significados dados al término en las diferentes ramas del conocimiento y la forma en que se fue configurando la idea: con sucesivas aportaciones de diferentes autores en distintas épocas y formuladas desde perspectivas no siempre jurídicas (casos de Maquiavelo, Hobbes, Locke y Kant), y la mayoría de ellos extremamente involucrados con su tiempo político. En estas condiciones, la formación de la teoría jurídica de la soberanía en el marco de la doctrina se fue concretando por yuxtaposición de sus elementos, sin que sus sucesivos creadores la formularan toda junta, de una vez, en forma coherente, directa y completa. Sucesivamente, algunos aportaban ciertos elementos y otros, unos diferentes; los esfuerzos se fueron sumando sin que nadie coordinara los anteriores y de allí se partiera hacia adelante. Ésta es la razón que nos mueve, en esta oportunidad, a procurar unificar la exposición doctrinal de la teoría, señalando nuestras incorporaciones.

En el marco del derecho (interno e internacional), *la soberanía es un atributo jurídico,* inserto en sistemas jurídicos de los cuales es el elemento fundante[40] y articulador; por lo tanto, es siempre un atributo cuya disponibilidad y ejercicio necesariamente están reglados, por su naturaleza y porque se trata de un factor ordenador establecido en la norma fundamental, la constitución o el tratado constitutivo. Estas ideas fueron insinuadas muy tangentemente por Maquiavelo, las concretó Bodin a partir de un derecho filosófico, las afirmó Hobbes en el derecho positivo con su idea de contrato social, pero inmediatamente la desconoció y confundió; las afirmó clara-

---

[39] Una exposición más amplia de nuestra posición puede verse consultando las obras citadas en la nota 4. El desarrollo de este planteo se hace *infra*, en la sección 5.3.

[40] Un sistema jurídico puede partir de las concesiones de quien dispone del poder y se autolimita en beneficio de sus ordenados; puede partir de las revelaciones del iluminado que interpreta cuál es la voluntad ordenadora de Dios o de la racionalidad positiva del sistema ideológico que desarrolla; o puede partir del acuerdo del común de las gentes, de todos los interesados, los gobernantes y los gobernados, y entonces este sistema de mando ordenador se funda y articula a partir de la teoría jurídica de la soberanía.

mente Locke y la desarrolló Kant previendo la importancia de una evolución progresiva. Los avances del derecho internacional público primero y luego del derecho constitucional en las democracias y monarquías constitucionales fueron concretando en la práctica estas características de la teoría; sin embargo, la doctrina no destacó el hecho con la firmeza necesaria y de ahí surgieron múltiples errores. Por esta razón y siguiendo la línea kantiana, nos ocupamos especialmente de reafirmar la naturaleza jurídica del instituto y la importancia que ella tiene en las circunstancias actuales.

La soberanía es una idea fuerza *que justifica por legitimación el ejercicio de un poder de mando ordenador*. Toda sociedad necesita de un mando ordenador (esto lo aporta la teoría sociológica y, de otra manera, también Maquiavelo) y la experiencia indica que ese mando, para ser estable, satisfactorio y duradero, debe encontrarse justificado ante el sentir de los mandados. Las vías de justificación pueden ser varias (véase *supra*, 3.1, y nota 9), pero todas ellas terminan en que la inmensa mayoría de los seres humanos ordenados, el común de las gentes, acepten, por alguna razón, ese mando. Si el fundamento del mando es arbitrario, la aceptación sólo se obtiene y sostiene por la fuerza, la argucia y la maldad; este mando siempre dura poco. Si el fundamento es la necesidad de evitar otros males más temidos, el mando sólo se sostiene mientras se den esas condicionantes que lo propician. Si el fundamento está en principios ideológicos, religiosos o políticos, la estabilidad se sitúa en la duración de la comunión en la misma fe o doctrina de la inmensa mayoría de los mandantes y los mandados. En las sociedades con pluralidad cultural, religiosa y política, que desean no obstante convivir, el fundamento del mando ordenador sólo puede ser jurídico de derecho positivo, afirmado a partir de las coincidencias de la mayoría de sus miembros en el orden acordado en el pacto social, la constitución, y mutuamente respaldado. En estas sociedades ese poder del gobernante sólo se justifica a partir de un compromiso con la comunidad, con el común de la gentes, con los gobernados, que en la plenitud de su libertad atribuyen la supremacía de los poderes de gobierno al gobernante, siempre que sus decisiones no trasciendan las fronteras y para que se ejerzan con la finalidad que exigen quienes se encuentran sometidos a él; esta última condición es fundamental porque su falta desnaturaliza el compromiso, éste deja de ser lo que era y la supremacía del poder tanto como su legitimidad se evaporan si el gobernante no la respeta (derecho de resistencia a la opresión). Para estructurar la justificación de este fundamento por legitimación, de una manera científica (ciencias jurídicas), objetiva (partiendo de la intuición, la razón y la experiencia) y comprobable por experimentación (las elecciones periódicas e instituciones similares) es que aparece y se desarrolla la teoría jurídica de la soberanía. La necesidad de justificar el mando por legitimación cuando se trata de una sociedad multidiferenciada la aporta Bodin y la reciben todo los clásicos hasta el siglo XIX, pero lo hacen en forma indirecta, sin destacarla como un rasgo esencial de la teoría jurídica de la soberanía, como si para el derecho sirviera y valiera cualquier mando; quizá esto haya ocurrido por el involucramiento político de los autores, ya que en política la justificación del mando, si

bien es buena y sana, no resulta ineludible y esencial como en el derecho de las sociedades ricas en diversidad. Destacar nítidamente este aspecto ha sido uno de nuestros aportes.

La justificación por legitimación, dentro de la teoría jurídica de la soberanía, significa que se trata de un atributo que se otorga *para ejercer un poder supremo, pero condicionado en su ejercicio*. Sin duda, ésta es la parte más difícil de entender y de aceptar de la teoría jurídica de la soberanía, y su inserción en el conjunto de sus elementos ha resultado la más trabajosa, indirecta y errática. Maquiavelo sólo muy tangencialmente condiciona el poder; Bodin lo condiciona filosóficamente y deja su control en el más allá; Hobbes le quita todo condicionamiento y este aporte negativo ha sido el que más confusiones ha ocasionado: para él, cuando se da el poder al gobernante, es para todo, en todas las medidas y por la eternidad. Locke revierte notoriamente estas perspectivas; claramente reconoce las condicionantes del mando, el que debe ser ejercido de determinada forma y, si ello no ocurre, el común de las gentes retoma su derecho a decidir de nuevo; allí se detiene este autor, porque no imagina procedimientos organizados jurídicamente para resistir a la opresión, y su natural —y lógico— respeto de la estructura del Estado lo hacen reacio a la oposición violenta, a la que teme por su potencial fuerza desestructurante. Vattel también admite claramente el condicionamiento del poder, el cual vincula con lograr el bien común de los ciudadanos y el respeto de las leyes fundamentales. Es el primer autor en reconocer abiertamente que, si el gobernante no cumple sus compromisos con el común de la gente, a ésta le asiste el derecho de resistencia a la opresión, pero tampoco procura formas institucionalizadas de ejercerlo, quedándose en el recurso a la fuerza. Montesquieu será el primero en encaminar esta solución institucionalizada con su teoría del equilibrio de poderes y las elecciones periódicas, y ella se irá concretando lenta, y aún no perfectamente, en la práctica política.

Entendemos que éste es el aporte más importante de la teoría jurídica de la soberanía a la paz social justa en lo interno y a la paz y seguridad internacionales. El mando ordenador supremo (interno) o coordinado (internacional) debe ser fuerte para ser operante y lograr sus propósitos, pero debe estar fuertemente condicionado para que no se transforme en injusto y desestructurante. La falta de esta condicionante desnaturaliza el compromiso (pacto social, constitucional o derivado del esfuerzo coordinado para establecer el sistema ordenador); éste deja de ser lo que era y la supremacía del poder otorgado, tanto como su legitimidad, se evaporan si el gobernante no lo respeta. Ésta es una condición esencial de la teoría jurídica de la soberanía y lo que diferencia el mando justificado del despótico, el poder supremo del absoluto, la seguridad colectiva de la hegemonía imperial.

El esencial aporte de la teoría jurídica de la soberanía es éste; no obstante, es también su elemento menos considerado. Sólo podemos explicarnos esta realidad en los vínculos entre lo jurídico y lo político que existieron y existen al respecto y en las pocas y dificultosas formas institucionalizadas disponibles para responsabilizar al gobernante infiel a su encargo.

Por mucho tiempo la única vía, y después la única usada en los casos más graves, fue la resistencia violenta a la opresión, con todos los peligros que conlleva[41] y su virtualidad como elemento desestructurante. En forma paulatina, la práctica política interna resultante primero de la revolución de 1688, luego de las de los siglos XVIII-XIX y por fin del movimiento constitucionalista que culmina en Querétaro y Weimar, va afirmando la existencia de los instrumentos de control político institucional indispensables para el correcto funcionamiento de la teoría jurídica de la soberanía, encaminada hacia su tercera generación. Ya entrados en el siglo XX, la práctica internacional, por tortuosos y en ocasiones perversos caminos, consolidó la sustitución del principio de autotutela, muy próximo al estado de naturaleza, por el principio de la seguridad colectiva que se aproxima más al estado político. Todavía estos importantes avances, generalmente no relacionados por la doctrina con la teoría jurídica de la soberanía, no son suficientes, habida cuenta de los cambios de nuestra civilización. Precisamente, a esta altura de la civilización, cuando el recurso a la fuerza es muy peligroso en lo interno (costos sociales y económicos, peligros de despotismo o desestructuración) y más en lo internacional (desaparición de la actual civilización), deben intensificarse los esfuerzos para estructurar orgánica y científicamente esa resistencia a la opresión.[42] Para ello, la teoría jurídica de la soberanía es un instrumento cuyo desarrollo puede brindar al sistema gran eficacia; a los conductores, responsabilidades, y al común de las gentes, felicidad, ya que la conducción significa que el gobernante que recibe el poder sólo puede usarlo para lo que se le dio: mantener las estructuras del Estado y, por su intermedio, lograr la felicidad de todos.

Este atributo que justifica por legitimación un poder supremo pero condicionado *se ejerce dentro de fronteras, es histórico porque no siempre existió y, hasta ahora, sólo fue reconocido a los Estados*, ya que aparece junto a éstos en su dimensión nacional. No es inherente a los Estados, como lo son otros elementos;[43] por lo tanto, existen Estados que no son soberanos[44] y el atributo podría ser reconocido a otro tipo de ente, siempre que en él se den ciertas condiciones estructurales.[45]

---

[41] Tratándose de situaciones de hecho, admiten en principio varias perspectivas y en definitiva quien triunfa parece tener la verdad (principio de la efectividad), aunque ello no sea así y la nueva legitimación, sea de origen revolucionario o conservador, en definitiva siempre se base en el facto.

[42] En lo interno (elecciones periódicas, control de la gestión del gobernante, juicio político, etcétera) y en lo internacional (sistema de seguridad colectiva, equilibrio multipolar grupal, mando supremo ordenador, justificado y condicionado en ciertas áreas de actividad, etcétera).

[43] El territorio, la población, la interrelación gobernantes-gobernados, una razón (la teoría de la soberanía u otra) que justifique y explique el ejercicio del mando ordenador.

[44] Por ejemplo: los estados partes de un Estado federal.

[45] En el ente de que se trate, los seres humanos o los conjuntos de seres humanos que lo integren deberán estar sometidos a un poder ordenador, ejercido como supremo por algunos de ellos, pero condicionado a ser usado para lo que se da: mantener un orden positivo y la satisfacción generalizada de todos.

Como vimos, el atributo no se conoció antes de la Edad Media, y en ella tuvo significados parecidos al actual, pero no idénticos. Recién Maquiavelo lo enmarca en fronteras, como mando en todos los asuntos, y lo atribuye a la señoría, lo que después será la república, el reino y en definitiva el Estado. En esto la doctrina posterior no cambió, aunque cabe señalar que nunca se dio a las fronteras la importancia que revestían en el funcionamiento del ámbito jurídico de la soberanía (véase más adelante en esta sección), lo cual ocasionó confusiones y problemas.

A la concepción que históricamente aparece con Maquiavelo, de un mando ordenador único y supremo para todos los asuntos que ocurren dentro de una frontera, se añade posteriormente la de un mando ordenador coordinado, fuera de las fronteras de los Estados, determinado en principio por la práctica de éstos, llevado a lo jurídico especialmente por Grocio y otros autores antiguos y sistematizada en definitiva por Vattel.

Entendemos que es importante recalcar que la soberanía es un atributo histórico de los Estados y que, así como éstos no contaron con él por mucho tiempo y ahora hay Estados que lo son sin ser soberanos, la soberanía como idea fuerza puede desaparecer del marco jurídico y político[46] de los Estados; pero ello no sería un hecho menor e implicaría una revisión y adecuación total y profunda tanto de la política como del derecho, internos e internacionales. Lo mismo ocurriría si, como es posible, otros entes en lugar o además de los Estados pudieran tener la calidad de soberanos.

En el marco de la actual civilización, la funcionalidad de las fronteras ha cambiado: de amplios o abruptos espacios para defensa del núcleo central de los Estados,[47] han pasado a ser puntos de comunicación, intercambio y cooperación. Y aun cuando esto no ocurra, han perdido definitivamente su calidad de bastión defensivo: la tecnología las ha transformado en perforables en múltiples aspectos y esto, junto con la interdependencia consecuente, en blandas y abiertas. Ello crea y propicia situaciones que se tornan incontrolables para los viejos estilos cuando pretenden encauzarlas con esfuerzos aislados dentro de cada frontera.[48] Tampoco pueden ser satisfactoriamente controlados por los procedimientos clásicos de la política y del derecho internacionales consecuentes al concepto tradicional de soberanía con fronteras bastión.[49] Y cuando se ha pretendido encarar estos nuevos problemas a partir de los antiguos instrumentos, las soluciones resultaron parciales y muchas veces perversas, o al menos no justificadas, con lo que crearon conflictos y el peligro de intervenciones y hegemo-

---

[46] En cambio, no creemos que, mientras existan Estados, pueda desaparecer como categoría sociológica. Y otras concepciones, como la filosófica, son independientes de la idea de Estado.

[47] Las marcas de los marqueses, los mares, los desiertos, las altas montañas, los caudalosos ríos, etcétera.

[48] Las nuevas realidades del terrorismo, las mafias, el narcotráfico, la piratería, la manipulación de la información, los movimientos financieros, etcétera, internacionales.

[49] Profundas dificultades para una regulación eficaz del gobierno del riesgo, de la protección de los derechos humanos, de la seguridad internacional, etcétera.

nías.[50] No obstante, las fronteras continúan siendo no sólo necesarias, sino también beneficiosas para el mantenimiento de una positiva multiculturalidad y para el amparo de la autodeterminación de los pueblos. Creemos que no pueden ni deben desaparecer, sino que deben mantenerse pero asumiendo que ha cambiado su papel y obrando en consecuencia.

Con esto tiene mucho que ver la teoría jurídica de la soberanía. Esta idea fuerza desde el Renacimiento se ha ido adaptando a todas las circunstancias, cambiando en sus formas y manifestaciones, pero manteniendo siempre una misma esencia. Siempre que se recurrió a la categoría *soberanía* se trató del poder del Estado nacional, que daba su batalla junto a sus iguales para mantener su individualidad, su independencia, defenderse de sus enemigos exteriores, aumentar su bienestar y excluir de sus asuntos exclusivamente internos a los demás Estados, y de éstos y las decisiones internas a toda otra estructura (interna o externa) que no respondiera a la organización de cada Estado prevista en su constitución (antiguos poderes feudales).

La soberanía siempre ha sido la idea fuerza clave estructural e indiscutida de toda organización estatal interna multicultural y de toda estructura de relacionamiento externo de los Estados con diferentes concepciones políticas, sociales y filosóficas. Pero sus manifestaciones y puntos de interés no siempre fueron los mismos; las relaciones entre soberanos y de éstos con otras estructuras no siempre fueron iguales, y en circunstancias muy especiales su titularidad, hasta ahora sólo de los Estados, puede llegar a cambiar o a sumar protagonistas.

La incidencia de la actual civilización, que modifica en mucho la función de las fronteras, exige una readecuación de la teoría jurídica de la soberanía, no en sus consecuencias, que han sido y será las mismas, sino en la manera de manifestarse y funcionar, la que siempre se ha ido adaptando a los tiempos. La frontera sigue siendo útil para permitir a cada Estado nacional resolver por sí solo los asuntos que sólo a él interesan y para mantener las identidades que lo diferencian de los demás, sin perjudicar a los otros, y que en su conjunto enriquecen la multiculturalidad. Para estos efectos es necesario mantener la actual relación de fronteras y teoría jurídica de la soberanía: hacia adentro, ejercicio de un mando ordenador único y supremo; hacia fuera, desarrollo de un mando ordenador coordinado. En otros conjuntos de actividades y competencias, donde las fronteras ya han sido perforadas y han perdido su sentido tradicional,[51] son necesarias nuevas relaciones. En estos campos debe mantenerse la

---

[50] Más allá de posicionamientos políticos parciales: la Guerra del Golfo, el conflicto yugoslavo, los problemas en África, las acciones en Afganistán e Irak, etcétera.

[51] El comercio internacional, los mensajes a través de comunicaciones clásicas desarrolladas y nuevas como Internet y otras, la prospección satelital de riquezas naturales, el seguimiento satelital de personas y acontecimientos internos, la polución por desechos transfronterizos, las mafias internacionales, etcétera.

soberanía jurídica de los Estados, aunque se transfieran temporalmente poderes de gobiernos en ciertos ámbitos comunes (véase más adelante en esta sección), pero deberá ajustarse la mencionada relación: hacia adentro, ejercicio de un mando supremo y único sólo para mantener las identidades diferenciales y el manejo de los asuntos que interesan exclusivamente a cada Estado en particular; hacia adentro y hacia afuera, un mando justificado, supremo, único, común y condicionado en su ejercicio para los asuntos en que se haya decidido que son preocupación y de interés de todos los Estados según su decisión y que los afectan en conjunto y por igual, dada la realidad de la actual civilización;[52] por último, hacia afuera, en los demás asuntos que no tienen las peculiares características antes señaladas, un mando ordenador coordinado como lo es el actual en las relaciones internacionales. Todos estos cambios, aunque políticamente son difíciles de lograr, son susceptibles de concretarse en el marco de la actual teoría jurídica de la soberanía, atributo histórico que se adecua a los tiempos y que es capaz de mantener sus esencias adaptándose a las exigencias de las diferentes épocas.[53]

Se ha denominado *soberanía* al conjunto de poderes que permiten dentro de fronteras el ejercicio de un mando ordenador supremo *de uno o unos seres humanos (los gobernantes) sobre el conjunto de la sociedad (los gobernados) y, además, la potestad de ejercer tal poder*, el cual en el marco de la teoría jurídica de la soberanía deberá estar justificado por legitimación. Respecto a la soberanía siempre resultó clara la distinción entre gobernantes y gobernados. Los primeros fueron uno (monarquía), varios (aristocracia) o todos (democracia) los miembros de la sociedad.[54] En cuanto a los gobernantes, las variantes doctrinales no se produjeron en cuanto a quiénes podían serlo, sino en cuanto a la preferencia por un tipo u otro de gobierno y en razón de cómo se comportaría éste según la modalidad por que se optase (monarquía absoluta o constitucional, características y deberes del grupo oligarca, democracia directa o representativa, etcétera). En cuanto al grupo de los gobernados, ha existido un posicionamiento radicalmente diferente entre aquellos que en él sólo incluyen al resto de la sociedad no gobernante (absolutistas como Hobbes y el

---

[52] Véase *supra*, nota 50. Sobre prácticas similares ya existe experiencia, aunque de alcance regional y comenzando por las competencias económico-comerciales y energéticas, en el sistema de derecho comunitario de la Unión Europea.

[53] En realidad, las exigencias de nuestra civilización son las que más requieren de las estructuras de la teoría jurídica de la soberanía para garantía de los seres humanos, su felicidad y la autodeterminación de los pueblos. Debe reconocerse también que las desviaciones doctrinarias y los intereses políticos han mostrado a la soberanía como el principal enemigo de los individuos, los pueblos y las democracias, opiniones y prácticas que deben ser corregidas.

[54] No se hace referencia a la tiranía o el despotismo, porque en cualquiera de sus diferentes formas (del monarca, de la asamblea o del pueblo) se trata de una forma desarreglada (se puede hacer todo lo que se quiera en la medida del poder de que se disponga) y por lo tanto no es jurídica ni responde a un orden soberano, sino a una imposición fáctica.

Rousseau de la primera época, los transpersonalistas decimonónicos, etcétera) y los que incluyen en el grupo a toda la sociedad gobernada, tengan o no sus integrantes responsabilidades de gobierno (esta posición que pone al gobernante bajo reglas aparece con Locke, es la definitiva de Rousseau, se clarifica con Kant y nosotros la compartimos plenamente dentro de la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación).

Fuera de fronteras, en el ámbito internacional, donde es indudable que en un sistema político de equilibrio de poderes, regulado por un sistema jurídico de coordinación, no hay forma de distinguir gobernantes de gobernados, porque todos son ambas cosas a la vez,[55] es por ello que nadie ejerce allí el poder soberano como gobernante, sino que todo el conjunto de Estados coordinan sus poderes soberanos para ordenar el grupo.[56]

La segunda afirmación, que el atributo jurídico de la soberanía da a quien lo posee la potestad de ejercer el poder ordenador sobre los gobernados (sean éstos el resto o el conjunto de la sociedad), es de una aceptación doctrinal y práctica que no muestra excepciones. No obstante, el determinar cuál es el contenido de esa potestad y quién es el que realmente la ejerce ha sido fuente de innumerables posicionamientos equivocados, confusos y muy perjudiciales para la correcta comprensión de la teoría jurídica de la soberanía. Todos los autores han sido confusos y muchas veces claramente equivocados en cuanto al contenido de la potestad, que muchas veces identificaron con el ejercicio inmediato de los poderes ordenadores (de gobierno), que son la consecuencia necesaria de la soberanía. El error es claro en Maquiavelo, Bodin, Hobbes, en la primera época de Rousseau y en los transpersonalistas del siglo XIX, y la confusión aún se mantiene en Locke, Kant y el pensamiento actual.

Estos desarrollos confusos que hemos expuesto nos han conducido a plantear dos claras distinciones, las que en algunas ocasiones han sido insinuadas por la doctrina anterior, pero nunca planteadas frontalmente. Las consideramos dos de las más importantes contribuciones nuestras a la teoría jurídica de la soberanía.

Tratándose la soberanía de un atributo que da derechos que permiten usar la fuerza para ordenar la sociedad en cierto sentido, siendo la soberanía un atributo jurídico, primero *debe distinguirse entre el titular del derecho, el radicante*, el ser o grupo humano que la ejerce en su inmediata integridad y plenitud en nombre de aquel, *y el ejecutor de los poderes consecuencia necesaria del ejercicio de la soberanía:* el o los órganos (poderes de gobierno) encargados de ejercerlos. Des-

---

[55] Esta afirmación que es para nosotros radical en el marco de las ciencias jurídicas (*deber ser*), no nos cierra los ojos a las realidades (*ser*) como la contemporánea, donde no todos, ni la mayoría de los Estados están en condiciones de ejercer plenamente sus derechos. Ésta es una circunstancia fática y el derecho respaldado por fuerzas ordenadoras (soberanía) está llamado a cambiarla mejorándola.

[56] Que ocurra otra cosa, puede ser una cuestión política, siempre será de mero hecho y no tendrá valor jurídico, aunque no se le pueda castigar.

pués será necesario aclarar cuál es el contenido sustancial de ese derecho, de esa potestad de actuar legitimado que tiene el soberano supremo o coordinado.

El titular del atributo de la soberanía es el Estado, o sea, esa peculiar forma de organización política que se concreta cuando un grupo humano —la población— que posee ciertas peculiaridades que lo acercan, lo identifican y lo diferencian de otros,[57] se instala sobre un territorio determinado que ocupa en exclusividad[58] y se da una organización político institucional determinada, con autoridades supremas en el ámbito interno e independencia en el ámbito internacional. Ese ente, esa persona jurídica llamada Estado y que hemos definido siguiendo la doctrina tradicional, es el titular del atributo de la soberanía. La soberanía es un atributo que desde el Renacimiento hasta hoy sólo perteneció a los Estados independientes, sujetos del derecho internacional y protagonistas de las relaciones internacionales: sólo esos Estados son soberanos y todos lo Estados que están en esas circunstancias lo son.

Tratándose el Estado de una persona jurídica, ese ente colectivo requiere para obrar, para ejercer sus derechos y adoptar decisiones, de voluntades humanas cuyos efectos se imputen al Estado y no a los seres humanos que actúan. Para ejercer los derechos de soberanía, para adoptar las últimas decisiones, los Estados organizados políticamente han recurrido a un ser humano (monarca absoluto), a un grupo de ellos (asamblea) o a su generalidad (el pueblo, la nación), quienes no son el soberano (que lo es sólo el Estado) ni poseen sus derechos, sino que constituyen el soporte de los órganos habilitados por la constitución política para expresarse legítimamente en nombre de aquél. Este conjunto humano que denominamos *radicante* de la soberanía, al actuar en tal carácter de acuerdo con la constitución política respectiva, ejerce una voluntad y adopta unas decisiones que se imputan al Estado y cuyas consecuencias recaen en todo el conjunto que el Estado constituye. Entre las decisiones que debe adoptar esta persona o grupo (el radicante) están aquellas que organizan políticamente al Estado, y entre éstas, una de las más importantes consiste en establecer su estructura orgánica a efectos del ejercicio de los poderes de gobierno y en determinar los órganos y los soportes que se encargarán de ellos, los cuales pueden ser internos o internacionales. En esto consiste el ejercicio del poder constituyente del Estado; este poder es propio y exclusivo del soberano, quien a estos efectos actuará a través del radicante de la soberanía en el sistema político de que se trate. El radicante, al no

---

[57] Son características de la población, entre otras: un mismo origen histórico o étnico o una determinada mezcla de ellos; el idioma, los usos, costumbres o la cultura común; epopeyas y desgracias, triunfos y dolores compartidos; la adhesión a una determinada forma de vivir, ideología u organización política, etcétera.

[58] El ámbito territorial puede cambiar a lo largo del tiempo, pero debe de ser preciso y delimitado, aunque es admisible la existencia de fronteras litigiosas, precarias, deficientemente establecidas o con límites atípicos. También el territorio puede albergar grupos humanos transeúntes que convivan temporalmente con la población o minorías que no la integren. Estas circunstancias que no desnaturalizan la esencia del Estado nacional pueden dificultar su vida política interna o internacional.

ser titular del derecho, pese a su importancia, tiene límites a su actuación. La adopción de decisiones soberanas por el radicante en nombre del Estado estará siempre enmarcada en los límites de la racionabilidad: el poder soberano no debe destruirse a sí mismo, pues se trata de un principio ordenador al que se recurre para permitir la existencia del ser humano en sociedad, por lo cual, el radicante de la soberanía no podrá decidir el caos o la anarquía bajo pena de destruir su propia capacidad de decisión y destruir también el sistema para cuya preservación fue admitido el atributo.

Los otros poderes, no el constituyente sino los complementarios de gobierno (legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, de contralor, etcétera), podrán ser ejercidos directamente a través del radicante (democracia directa o monarquía absoluta), o por las autoridades nacionales o internacionales a las que se los encarga el Estado, a través de la voz del radicante, al establecer el sistema constitucional. La teoría jurídica de la soberanía permite a los gobernantes administrar con discrecionalidad los poderes de gobierno que son la consecuencia directa de la soberanía, pues ésta es la única manera de lograr establecer un orden operativo. En cambio, la acción del gobernante no podrá ser desarreglada, arbitraria ni excesiva respecto al fin perseguido; para evitar esto, la teoría jurídica de la soberanía determina la existencia de límites muy precisos que provienen de la naturaleza y los fines del atributo, tanto en sus manifestaciones jurídicas internas, dentro de las fronteras, como en sus expresiones jurídicas internacionales, en relación con sus pares.

Distinguir claramente estos papeles de titular, radicante y ejecutor de los poderes de gobierno y sus respectivos soportes resulta muy importante porque la doctrina, si bien generalmente ha atribuido la soberanía al Estado, también ha llamado soberano a quien ejerce los poderes de gobierno (el rey, el rey-en-el-parlamento, el senado, el pueblo en la primera concepción de Rousseau); esto ha conducido a una perjudicial confusión que consistió en creer que es inherente e inseparable de la soberanía el ejercicio de los poderes de gobierno y que, si no se ejercen éstos directamente por la autoridad nacional, la soberanía del Estado se pierde, se disminuye o se divide. Esto no es así.

En el marco jurídico, el disponer del atributo de la soberanía concede muy pocos derechos, pero éstos son esenciales y básicos; se trata de la potestad de las potestades: adoptar la última decisión y poder modificarla. En el ámbito interno existe un solo soberano; éste es supremo y está legitimado para adoptar la última decisión que ningún otro poder material tiene derecho a modificar, pero que no es nunca la última, porque el propio soberano siempre tiene la posibilidad jurídica de cambiarla. En el ámbito internacional, los soberanos son muchos e iguales entre sí; en él la soberanía legitima la independencia de los Estados respecto de todo otro poder material y la igualdad entre los pares; en este marco, la soberanía no se ejerce sino que éstas se vinculan libremente. Pretender en el ámbito internacional ejercer la soberanía en forma igual que en el ámbito interno no condice con el origen histórico del instituto, ni con sus númenes filosóficos, ni con sus formulaciones políticas y jurídicas.

Internacionalmente, la soberanía atribuye al Estado el derecho de hacer la siguiente opción: o se aísla de sus iguales soberanos[59] y en ese caso no se somete a ningún tipo de reglas jurídicas externas, porque ellas no resultan necesarias para regular una relación que no existe, o se relaciona con sus iguales y entonces tiene derecho a participar directamente en todas las etapas del sistema jurídico que regula sus relaciones mutuas (creación y vigilancia del cumplimiento de las reglas y castigo de sus infractores, dentro de un sistema jurídico de coordinación). Pretender otra cosa, como lo sería la legitimidad para hacer todo lo que se esté capacitado fácticamente de concretar, sin otro límite que la voluntad de cada Estado, sería contradictorio porque la soberanía no puede legitimar la anarquía o el caos, ni el destruirse a sí misma, ya que también, en definitiva, en el ámbito internacional mantiene su naturaleza de principio ordenador de relaciones. En otras palabras, la soberanía otorga a su titular la última decisión en todos los asuntos que lo afectan o en los que decida intervenir.[60]

Esta potestad de las potestades, o sea, la legitimidad de adoptar la última decisión en todos los asuntos que lo afectan o en los que decida intervenir, *no se ejerce siempre de igual forma. En el ámbito interno y en aquellos que sólo interesan al Estado soberano de que se trate,*[61] la última decisión y la posibilidad de revisarla

---

[59] Actualmente, por la forma en que el mundo se ha tornado interdependiente, esta opción es improbable de concretar en la realidad, pero resulta racionalmente posible si se está dispuesto a asumir los costos que conlleva por las consecuencias perjudiciales que ocasionaría. Además, hasta hace poco más de una centuria existieron, excepcionalmente, centros de poder que se aislaron.

[60] Este concepto es muy importante para despejar algunos equívocos y aportar claridad conceptual al problema que nos ocupa. Es un error frecuente identificar la soberanía con el ejercicio de los poderes de gobierno, que son una de sus consecuencias. A partir de tal equívoco se suele pensar que, si el Estado no ejerce directamente todos los poderes de gobierno, no es soberano, o comparte la soberanía, o ésta se disminuye o se menoscaba. El error proviene de una actitud mental conservadora que al procurar el fundamento jurídico-filosófico de las realidades políticas ha quedado fluctuando entre la concepción estamentaria medieval y el absolutismo de los tiempos modernos. En realidad, el ejercicio de poderes de gobierno es una consecuencia inmediata de la soberanía, pero no sólo de ella, ya que también los faraones, el césar, los poderes feudales, los Estados federados y otros los han ejercido. Lo que es propio y exclusivo del soberano es constituir el único poder legítimo, supremo en un ámbito geográfico determinado e independiente de todos los demás, que tiene un derecho exclusivo, inherente, imperdible si no es por la vía del hecho, de adoptar las mencionadas *últimas decisiones*. Entre esas últimas decisiones se encuentra la de decidir si ejercer directamente los poderes de gobierno (el monarca absoluto y la democracia directa) o confiarlo a órganos nacionales (el Parlamento, el Poder Judicial, etcétera), el transferirlos temporalmente a órganos internacionales supranacionales (caso de la Unión Europea) o ejercerlos coordinadamente con otros soberanos a través de organizaciones internacionales intergubernamentales, como ocurre con la Comisión Administradora del Río de la Plata (artículo 66 del Tratado) o con la autoridad de los Fondos Marítimos y oceánicos. En ninguno de estos casos los órganos internos o las organizaciones internacionales disponen del atributo de la soberanía, que sólo pertenece a los Estados.

[61] Por ejemplo, organización político-institucional: democracia parlamentaria, presidencial o popular; monarquía absoluta, constitucional o teocrática, etcétera; distribución y organización de los poderes de gobierno: Ejecutivo unipersonal o colegiado, electivo o dinástico; Legislativo directo o

estableciendo una nueva y diferente última decisión siempre es una posibilidad exclusiva y excluyente del soberano.[62] En tal ámbito, el atributo legitima la supremacía del Estado y su potestad exclusiva de decidir en todos los asuntos que no trascienden sus fronteras; también legitima el establecimiento de autoridades que ejerzan los poderes de gobierno y ordenen la vida en sociedad, las que actuarán según su inteligencia, siempre y cuando ejerzan tal poder en determinada forma. *En el ámbito internacional* hay sólo una última decisión que es susceptible de iguales consecuencias, es decir, de ser revisada en cualquier momento y sustituida por una nueva "última decisión" en forma totalmente individual y discrecional: la decisión de aislarse[63] y no necesitar de las normas del derecho internacional. En este ámbito, una vez que se adoptó la decisión de relacionarse y regularse jurídicamente por un mando ordenador coordinado, las supresiones y modificaciones a las reglas deben coordinarse, y la decisión de aislarse (total o parcialmente) nuevamente debe adoptarse según las reglas anteriormente pactadas. En estos últimos casos no se trata de la soberanía de un solo Estado que juega en solitario en un ámbito que le es propio, exclusivo y excluyente de toda otra pretensión, sino del conjunto de las soberanías de varios Estados que independientemente decidieron entrelazar sus destinos pera obtener ventajas y se comprometieron a hacer todo lo que libremente acordaron, fundamentalmente a respetar en esa relación sus respectivas soberanías.[64]

El ejercicio de la soberanía en el ámbito interno y en el internacional responde a idénticas esencias. Pero, en tanto la exclusividad de la decisión permite la supremacía en lo interno, en lo internacional la comunidad de intereses asegura la igualdad e independencia a través del respeto mutuo y el honor del compromiso asumido. Para mantener idénticas consecuencias esenciales, la forma de ejercer el atributo debe variar.

La soberanía, atributo jurídico con repercusiones políticas, por su naturaleza está sometida a reglas y no puede legitimar en el ámbito jurídico internacional la pretensión de hacer todo lo que se esté capacitado para concretar, sin otro límite que la voluntad del sujeto, porque, por definición, el derecho no puede legitimar la anarquía o el caos, y porque, si así se entendiera, la soberanía se destruiría a si misma,[65] lo que jurídicamente no es concebible.

---

representativo, uni o bicameral, posibilidad de transferirlo a organizaciones internacionales, etcétera; establecimiento de distintas reparticiones territoriales y diferentes tipos de contralor, etcétera. En todos los casos, siempre que libremente no se haya asumido un compromiso internacional previo.

[62] Tratándose de un Estado independiente, sólo él establece su Constitución y el sólo es quien puede mantenerla o modificarla en cualquier momento y sentido. También es el Estado soberano el que establece la forma interna de todas las relaciones, sin admitir injerencia externa alguna, y es el único que puede modificarla cuantas veces lo estime conveniente.

[63] Véase lo expuesto *supra* en nota 58.

[64] Sobre este punto ver H. Arbuet-Vignali (1998), H. Arbuet-Vignali y L. Barros (2003).

[65] Si se pudiera obrar sin límites jurídicos, el Estado más poderoso sometería a los demás, los que dejarían de ser soberanos por sumisión, y cuando un Estado hubiere conquistado a todos los otros,

La soberanía sólo se ejerce como supremacía en el ámbito territorial propio de cada Estado (derecho de supremacía territorial). En los espacios comunes, como algunas zonas del mar, el espacio exterior, territorios internacionales, no se ejerce soberanía territorial en tal sentido. En estas zonas se coordina la soberanía en su manifestación internacional, como derecho a adoptar las últimas decisiones en forma independiente pero coordinada con otras voluntades soberanas y respetando los compromisos libremente asumidos con todos aquéllos con quienes se coincidió, a través de actos individuales de soberanía interna que luego se entrelazaron al decidir vincularse. Por esta razón se trata de zonas sometidas a algún tipo de administración internacional o supranacional, donde se comparten ámbitos de competencias y despliegue de jurisdicciones, pudiendo incluso compartirse el ejercicio de poderes de gobierno, pero donde no se ejerce soberanía exclusiva y excluyente con sentido de supremacía. En estos casos cada soberano no retiene jurídicamente la capacidad exclusiva y excluyente de adoptar la última decisión que modifique jurídicamente la anterior de igual naturaleza, sino que, como la última decisión se adoptó por un grupo de soberanos, la última decisión que la modifique deberá adoptarse de igual forma.[66]

Debe agregarse que una frecuente confusión, fuente de problemas y divisiones doctrinarias, ha sido identificar la soberanía con el ejercicio directo por el soberano o su radicante de todos los poderes de gobierno que son su consecuencia natural y necesaria; esto tiene diversas explicaciones históricas,[67] pero es un error que es nece-

---

dejaría de ser soberano (por definición, atributo de muchos iguales) para ser supremo (dominación por uno solo).

[66] En casos extremos, un Estado puede entender que se afectan sus intereses fundamentales si no se adoptan ciertas decisiones que política y jurídicamente son resistidas por otros. En este caso puede suceder que el Estado afectado recurra a la vía de hecho, infrinja el derecho, no haga fe en la palabra empeñada y actúe utilitariamente (lo que es diferente de soberanamente, para lo cual debe estar legitimado), tratando de imponer su idea. Esta actitud nada tiene que ver con un despliegue del atributo de la soberanía, ya que se trata de una decisión política, basada en la fuerza que se posee o de la que se cree disponer, que quiebra el derecho, aunque eventualmente un nuevo equilibrio, el tiempo, el principio de la efectividad y el de la necesidad puedan legitimar internacionalmente la nueva situación viciosa en su comienzo, del mismo modo que en el ámbito interno la legitimidad revolucionaria del grupo que se ha impuesto, establece un orden jurídico diferente del que se destruyó.

[67] En el origen de la idea jurídica de soberanía, por razones políticas coyunturales, Bodin necesitaba vincularla con la monarquía absoluta, en la que el soberano ejercía directamente o por delegación el poder constituyente y los de gobierno. Hobbes, por razones menos explicables, radicalizó este posicionamiento, y la primera reacción humanista de Rousseau hizo soberano absoluto al pueblo, que disponía de todos los poderes. Ni Rousseau en su segundo posicionamiento, ni Locke, ni Kant y otros autores posteriores más sensatos vieron con claridad este problema; por lo tanto, no se ocuparon de analizar detenidamente la independencia del ejercicio de los poderes particulares de gobierno respecto del ejercicio de la plena soberanía. La realidad política y jurídica de las Comunidades Europeas a partir de 1951-57 puso el tema en su profunda dimensión y a partir de allí fue cobrando presencia. Creemos que en este aspecto también hacemos un interesante aporte a la teoría jurídica de la soberanía en su tercera generación.

sario aventar. En el marco de la teoría jurídica de la soberanía, debe distinguirse entre el acuerdo primario (que de alguna manera se produjo alguna vez), en el que todo el grupo decide organizarse en Estado, y el posterior acuerdo constitucional, en que se concreta aquella decisión. Por el primero, llamado *pacto social*, todo el conjunto, por mayoría, decide organizarse, establecen las bases fundamentales de su organización, y también determina quién expresará jurídicamente la voluntad del Estado, la voluntad del común; o sea, determinará quién será el radicante (que podrá serlo el monarca absoluto, una asamblea determinada, un partido político, un líder religioso, la totalidad del pueblo o la nación). Por el segundo, primer pacto constitucional y sus modificaciones, el radicante de la soberanía, hablando en nombre del común, del titular, del Estado, determinará los detalles de cómo se organiza éste y cuáles serán sus demás poderes a través de los cuales se establecerá el orden que persigue el pacto social (Poder Legislativo, Ejecutivo, Jurisdiccional, de contralor), los cuales se ejercerán de acuerdo con lo que haya establecido el radicante. Los poderes de gobierno, sin afectar la soberanía, pueden ser ejercidos por el radicante, por órganos nacionales o por órganos internacionales, respetando determinadas condiciones.

De la misma manera que teóricamente esto puede ocurrir sin problemas, aunque actualmente sólo pase en el ámbito del sistema de derecho comunitario de la Unión Europea, podrían avanzarse otros pasos y, *con sistemas, reglas e instrumentos similares, podrían mantenerse las soberanías estatales y derivar problemas de gobierno en ciertos ámbitos de competencias muy específicos a órganos internacionales mundiales,* fuera del actual sistema del derecho internacional público, que no los admite por sus principios de no intervención y autodeterminación, pero dentro de un sistema jurídico mixto de alcance mundial. Pero esto no es un preconcepto a esclarecer, sino que, después de esclarecidos los preconceptos, es una idea que proponer y desarrollar, la que debe ser objeto de un estudio especial.

Un último esclarecimiento. Las dificultades para comprender la teoría jurídica de la soberanía, instrumento para encauzar con el derecho la vida en sociedad, se derivan de las contradicciones de las mismas personas humanas reguladas y de las peculiaridades que hacen difícil entender el derecho que utilizan para ello.

Así se han propiciado muchas confusiones sobre el sentido jurídico del atributo de la soberanía, el cual da al gobernante un mando absoluto e ineludible y somete a éstos al juicio y castigo de los gobernados, de los mandados, del común de las gentes. *Los mandados, en definitiva, podrán juzgar y estarán legitimados para castigar a quien los mandó, si es que éste se condujo mal y no hizo honor a lo pactado*. Ésta es una paradoja de la misma esencia de la humanidad, que mucho nos cuesta comprender a los humanos, pero que es propia de nuestra naturaleza libre y racional a un mismo tiempo.

Los seres humanos sabemos que obrando el bien nos irá mejor. No obstante (paradoja), por egoísmo y ceguera pretendemos sacar ventajas obrando el mal. Como esto no resulta satisfactorio, para evitarlo creamos sistemas jurídicos a fin de que nos impongan

conductas que queremos realizar, pero que en libertad no cumplimos (paradoja). Entonces, ¿qué puede pensarse que hay de raro en que quienes somos libres y obramos naturalmente, para ser felices enajenemos temporalmente la libertad en una autoridad que nos controle (paradoja), y que a la vez los controlados controlen a esa autoridad por ellos instituida, con el propósito de evitar que atente contra su felicidad y libertad y puedan castigarla si no hace honor al compromiso (paradoja, quizá de las paradojas)?

6. Conclusiones

Si bien en este trabajo integramos nuevos aportes resultantes de nuestras últimas investigaciones y también sistematizamos su exposición mejor que en las presentaciones anteriores, una vez más nos reafirmamos en nuestras posiciones originales, razón por la cual cerramos este esfuerzo con las palabras con que concluíamos un trabajo nuestro, con otros contenidos pero sobre el mismo tema (H. Arbuet-Vignali, 2004). Allí, luego de asumir lo sorprendente que puede resultar nuestra posición en un primer acercamiento, decíamos:

> Comprendemos que nuestra afirmación es fuerte, irreverente y contestataria del conformismo intelectual. Pero también sabemos que, como ocurre en general con las más grandes verdades, nuestra idea se apoya en bases simples que, una vez disipadas las brumas, resultan fáciles de aceptar. Por la propia natural simpleza de este tipo de ideas, le lleva mucho tiempo a la doctrina poder descubrirlas; tal como nos costó a nosotros hacerlo a través de los 28 años de investigación, pero, cuando se descubren, resultan fáciles de exponer, cosa que intentaremos hacer.
>
> El ser humano es racional por naturaleza y libre por esencia. Aunque se lo someta a las más fuertes presiones, torturas y escarnios, el último bastión de su libertad racional, su conciencia y pensamiento, resultan imposibles de coartar sin destruir al ser humano: ello sólo se consigue cuando se enloquece[68] o mata al ser humano.
>
> También el ser humano dentro del ámbito de su libertad racional tiene características antropológicas que lo tornan gregario, dispersante, solidario y agresivo. Sabe y quiere vivir en sociedad, pero instalado en ella pretende imponer su personalidad sobre la de los demás y este egoísmo compartido se torna peligroso e incómodo para todos. Para potenciar su libertad social, rica y positiva pero competitiva y peligrosa, los seres humanos necesitan de un orden que les encauce, potencie y transforme la libertad natural en social y plena para todos al marcar límites a la de cada uno. Las características antropológicas de los seres humanos determinan que, para que el poder ordenador resulte eficaz y sea acatado pacíficamente, éste debe: ser supremo e imponerse a todos y cada uno en todos los asuntos; concentrarse en pocas manos para posibilitar una acción rápida y eficaz; encontrarse justificado ante los ojos de los mandados, que de lo contrario se rebelarían contra él tornado al caos; y que después de cumplido su propósito retorne al común de las gentes para permitir que juzguen a sus gobernantes y así tomar medidas que impidan que éstos lo desvirtúen para su egoísta beneficio. Éstos son los puntos de apoyo de los sistemas políticos internos de base constitucional; de la protección interna e internacional de los derechos humanos, y de la autodeterminación de los

[68] Por cualquier medio: enfermedad natural, drogas, sufrimientos por tortura, etcétera.

pueblos. También son las bases esenciales de la teoría jurídica de la soberanía. En el tránsito de la historia, la racionalidad de los seres humanos les ha hecho comprender que éste es un buen camino, quizá el mejor de los que han podido encontrar en circunstancias de sociedades homogéneas pero multiculturales, con diversidades ideológicas, religiosas, políticas, filosóficas y valorativas, pero respetuosas de las diferencias que se ven como enriquecedoras y necesarias. Esta circunstancia y su racionalidad los ha conducido a unir sus voluntades para aceptar un mando ordenador. El ser humano es libre, pero para ejercer plenamente su libertad en sociedad debe establecer ciertos límites, para que ella no se pierda o se deteriore por la posibilidad de hacer cualquier cosa en contra de la libertad de los demás e, incluso, de la propia, ni tampoco se pierda en un orden que sea impuesto o abusivo y, en cualquiera de los casos, conculcador. Para lograr esto en armonía es necesario que el poder de mando resida en el conjunto de los mandados, en el común de las gentes, en la comunidad,[69] que su esencia nunca rompa su lazo de vinculación con la comunidad, aunque ella, por razones prácticas que derivan de la dificultad de ejercerlo en conjunto, o por los peligros y problemas que ocasiona el carecer de un mando ordenador individualizado en autoridades gobernantes especializadas, lo ceda temporal y condicionalmente a éstas para que lo ejerzan. Ese ejercicio estará condicionado al mantenimiento de la libertad y la felicidad de cada uno de los seres humanos que actuando en conjunto se integran en la comunidad ordenada. Deberá ejercerse para mantener y no desvirtuar ni desestructurar al Estado que con su sacrificio todos crearon para que amparara su libertad de los avatares de las luchas internas y para que protegiera su libertad del conjunto de los ataques exteriores. Por esto y porque la esencia del poder de mando ordenador supremo se mantiene en la comunidad, es que ésta puede, sin perjuicio de obedecer al mando supremo, juzgar a sus gobernantes, a aquellos que lo ejercen, y si ellos no hacen honor a su compromiso, puede relevarlos, cambiarlos y sancionarlos. Por esto es que quienes mandan para ordenar deben obedecer los deseos de aquellos a quienes ellos ordenan y responder de su conducta ante ellos. Y esto, que es la esencia de la democracia, sólo lo explica racionalmente la teoría jurídica de la soberanía, con lo cual se transforma en razón doctrinaria de estos sistemas de gobierno.

Dentro de fronteras, la teoría jurídica de la soberanía erige a ésta como una idea fuerza legitimante de un principio ordenador que sostiene que en cada sociedad etática particular, para que ella pueda subsistir y desarrollarse, debe disponerse de una autoridad suprema y que, además, el ejercicio del poder de esa autoridad suprema sólo se justifica a partir de un compromiso entre la comunidad, el común de las gentes, los gobernados y el poder que la organiza, la autoridad, el gobierno. La soberanía es un atributo del Estado que sólo legitima el ejercicio de un poder supremo ordenador de unos seres humanos sobre el conjunto de ellos[70] cuando se cumplen ciertas condiciones en su ejercicio.[71] Acá la teoría jurídica de la soberanía es el soporte racional de los sistemas de gobierno establecidos a partir de un compromiso común plasmado en una constitución dentro del marco de un sistema jurídico positivo vigente.

---

[69] O sea, en todos los futuros gobernados y en los futuros gobernantes que a la vez estarán gobernados por las reglas que se creen y ellos deban aplicar.

[70] De donde los gobernantes también están sometidos a él.

[71] Que se ejerza en las condiciones expuestas.

En el ámbito internacional son otras las consecuencias del atributo de la soberanía; como en este ámbito él responde a la necesidad de justificar por legitimación un orden entre Estados soberanos, no puede legitimar la supremacía de ninguno de ellos, ni aun temporal, delegada y sujeta a contralores. En este caso, legitima y respalda la independencia de todos con respecto a las pretensiones de hegemonía de cualquiera o de la pretensión de dominio de cualquier otro poder material; legitima la igualdad entre pares, el mutuo respeto de sus independencias y la manera de someterse irremisiblemente a normas jurídicas para relacionarse armónicamente; normas que se construyen y llevan adelante entre todos, para no ofender la independencia de ninguno. También acá la teoría jurídica de la soberanía es el soporte racional del principio de no intervención y de la autodeterminación de los pueblos.

De esta manera, la teoría jurídica de la soberanía, al comprometerse con determinada forma de gobierno interno y con determinado estilo en la conducción de las relaciones internacionales, se ha erigido también en doctrina jurídica (de la soberanía), legitimante de determinados tipos de conductas políticas, internas e internacionales, y excluyentes de otras con las cuales resulta incompatible.

Por último, la actual civilización presenta otros desafíos al modificar radicalmente el escenario en que se desarrollaba el ejercicio del poder interno y se coordinaba el internacional. Sostenemos que la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación propone una apuesta interesante para encauzar los complicados problemas actuales e invitamos a todos a pensar juntos.

Referencias bibliográficas

ARBUET-VIGNALI, Heber (1998): "De países, fronteras y soberanía", en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, año VI, n.º 13, Montevideo.

— (2005*a*): "Soberanía, constituciones y comunidades. Algunos otros aportes a un enfoque europeo", en *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, 11.º año, 2 vols., Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, vol. II, pp. 673 ss.

— (2005*b*): *La idea de soberanía en los contractualistas ingleses. Thomas Hobbes y John Locke*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

— (en prensa): *La idea de soberanía en los contractualistas, los enciclopedistas y los revolucionarios franceses. Montesquieu, Voltaire, Rousseau y l'Abbe Gregoire*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

ARBUET-VIGNALI, Heber, y BARRIOS, Luis (2001): "El Estado, la soberanía y el marco internacional", en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 20, Montevideo, pp. 11-46.

— (2003): *La soberanía, los Estados y un mando coordinado u ordenado mundial*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BRAVO GALA, Pedro (1985): *Estudio preliminar de los seis libros de la República*, col. Clásicos del Pensamiento, n.º 11, Madrid: Tecnos, pp. XI-LXXX.

HOBBES, Thomas (1994 [1648]): *El leviatán*, 2 vols., México: Guernika.

JELLINECK, George (1915): *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, 2 vols., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

MONTESQUIEU, Charles Louis (1748): *El espíritu de las leyes*, trad. Ciro García del Mazo, 2 vols., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1762): *El contrato social*, trad. J. M., Madrid: Librería de Antonio Novo.

WALTZ, Gustav Adolf (1943): *Esencia del derecho internacional y crítica de sus negadores*, trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid: ed. Revista de Derecho Privado.

Francisco Cumplido Cereceda (Chile) *

Reforma constitucional en Chile

1. Antecedentes

Con la reforma constitucional aprobada durante el gobierno del presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, promulgada el 18 de agosto de 2005 (publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto, con número de ley 20.050), la Concertación de Partidos por la Democracia, formada actualmente por el Partido Demócrata Cristiano, el Partido Radical Social Demócrata, el Partido Por la Democracia, y el Partido Socialista, ha culminado el proceso de democratización del régimen político chileno, iniciado el 5 de octubre de 1988, con el plebiscito que derrotó la candidatura a la Presidencia de la República del general Augusto Pinochet Ugarte.

Como lo explicamos en nuestro artículo titulado "Los enclaves autoritarios en la Constitución chilena de 1980 y sus efectos en el régimen político",[1] la transición a la democracia en Chile fue un proceso político y no militar.

La Constitución de 1980 fue ideada por sus autores cumpliendo con la finalidad de facilitar el gobierno del general Pinochet e impedir que un futuro cambio de las mayorías políticas llevara al poder a la disidencia. Se constituyó así un verdadero *cerrojo constitucional*. La inspiración doctrinaria de la Constitución es una mezcla de la seguridad nacional, el neoliberalismo y el socialcristianismo. Se construyó una democracia protegida, especialmente por el poder de seguridad, con un sistema económico liberal, en que se redujeron al máximo las atribuciones del Estado en la materia; asimismo, se enunciaron las bases de la institucionalidad y se reconocieron derechos y deberes constitucionales que naturalmente no rigieron durante el gobierno mi-

---

* Profesor de Derecho Constitucional. Ministro de Justicia (1990-1994). ‹garias@umcervantes.cl›

[1] Publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, pp. 317-332.

litar, por aplicación de normas transitorias de la propia Constitución y decretos-leyes restrictivos de esos derechos.

La estrategia de la Concertación consistió, entonces, en introducir el mayor número de reformas que debilitaran el objetivo tenido en cuenta por los autores de la Constitución. En 1989 se concordaron entre la Concertación, el Partido Renovación Nacional y el gobierno militar 54 reformas que fueron definitivamente aprobadas por el procedimiento de las disposiciones transitorias de la Constitución, es decir, acuerdo de la Junta de Gobierno, y plebiscito. El 85,7% de los votos emitidos por los ciudadanos estuvo de acuerdo con la reforma constitucional. Durante el gobierno del presidente Patricio Aylwin se logró modificar el gobierno local y el gobierno regional, que pasaron a ser electivos de primer y segundo grado respectivamente, y también disminuir el mandato del presidente de la República de ocho a seis años. Durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle se modificó la Constitución para efectuar la reforma judicial.

No obstante, al asumir el presidente Ricardo Lagos subsistían los siguientes enclaves autoritarios: la existencia de los senadores designados y vitalicios, lo que implicaba que no había una cabal representación política; el sistema electoral binominal, que no es ni mayoritario ni proporcional, sino arbitrario; el poder de seguridad en fuerzas armadas garantes de la institucionalidad y limitantes de las facultades del gobierno civil; la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional en que participaban poderes burocráticos y se podía llegar al *gobierno de los jueces*; el procedimiento de reforma de la Constitución, que pese a las anteriores modificaciones de la Carta se ha constituido en un obstáculo para que los gobiernos democráticos introduzcan modificaciones a la Constitución, a menos que los proyectos cuenten con un alto consenso, especialmente en el Senado. Los sendos proyectos de reforma constitucional referidos a las materias indicadas enviados por los presidentes Aylwin y Frei Ruiz Tagle no contaron con ese consenso.

La reforma constitucional del presidente Ricardo Lagos ha logrado remover definitivamente los enclaves de la existencia de senadores designados y vitalicios; el poder de seguridad de las fuerzas armadas; la integración, las atribuciones y el sistema de nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional y, parcialmente, la integración del Senado y el sistema electoral binominal. Asimismo, ha perfeccionado materias muy importantes para el régimen político chileno.

El proceso de democratización ha debido ser acordado con la oposición, como lo explicamos en el artículo mencionado, por lo que la Concertación no ha logrado aprobar su proyecto ideal de Constitución. Estudiaremos a continuación las reformas que han eliminado enclaves autoritarios y las que han perfeccionado las normas de la Constitución.

2. Remoción de enclaves autoritarios

2.1. Poder de seguridad

El general Augusto Pinochet, en un oficio de 10 de noviembre de 1977, enviado a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, le ordenó: "a) Creación de un Poder de Seguridad, que contemple el papel de las Fuerzas Armadas en su deber de contribuir a garantizar la supremacía del Estado, los principios básicos de la institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación". En cumplimiento de esta determinación la Constitución de 1980, en su artículo 90, estableció que las Fuerzas Armadas y Carabineros garantizan el orden institucional de la República. Dentro del poder de seguridad se crea también el Consejo de Seguridad Nacional, integrado por el presidente de la República, el presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema y los comandantes en jefe del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y el general director de Carabineros. El Consejo de Seguridad Nacional podía ser convocado por el presidente de la República o a solicitud de dos de sus miembros; requería para sesionar el quórum de la mayoría absoluta de los integrantes con derecho a voto; los acuerdos se adoptaban por mayoría. Las funciones del Consejo consistían, principalmente, en garantizar la seguridad nacional y las bases de la institucionalidad. Con este fin tenía facultades para presentar a cualquier autoridad su opinión sobre algún hecho o materia que a su juicio pudiese afectar gravemente esas bases y esa seguridad. Además, el Consejo designaba cuatro senadores y dos de los siete miembros del Tribunal Constitucional. En la reforma constitucional de 1989 se atenúa el carácter del Consejo suprimiendo la facultad de representación y reemplazándola, simplemente, por hacer presente al presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional cualquier hecho o materia que pudiera afectar la seguridad nacional o las bases de la institucionalidad. Asimismo, se integró al Consejo al contralor general de la República, con lo cual quedaron en igual número los representantes del sector de las fuerzas armadas y los civiles. Para que no pudieran actuar en bloque, se estableció que para adoptar acuerdos se requeriría la mayoría de sus miembros en ejercicio.

La reforma constitucional aprobada en el gobierno del presidente Lagos prácticamente ha suprimido el poder de seguridad. En efecto, la garantía de la seguridad nacional y de las bases de la institucionalidad se entrega a todos los órganos del Estado y no solamente a las fuerzas armadas; se cambian claramente las funciones y naturaleza del Consejo de Seguridad Nacional, reduciendo las atribuciones, dejándolo como un organismo asesor del presidente de la República. También, incorpora al Consejo al presidente de la Cámara de Diputados. En cuanto a la convocatoria, corresponde sólo al presidente de la República. Asimismo, se establece la atribución del presidente de la República de llamar a retiro a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al general director de Carabineros; a diferencia de la Constitución anterior, que disponía que debía ser aprobada por el Consejo Seguridad Nacional, la remoción solamente compete al presidente la República mediante un decreto fundado pre-

viamente informado a la Cámara Diputados y al Senado. La carrera profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas y de Carabineros se preserva, y se dispone que la designación temporal de los comandantes en jefe y del director general de Carabineros (duran cuatro años en sus cargos y no pueden ser nombrados nuevamente) se hará entre las cinco primeras antigüedades del escalafón por el presidente de la República. Del mismo modo, se suprimió la excepción que impedía que la Corte Suprema tomara conocimiento y resolviera sobre las resoluciones de los Consejos de Guerra.

A contar de la reforma constitucional del gobierno del presidente Lagos, las Fuerzas Armadas han pasado a depender plenamente del gobierno civil, como corresponde a un régimen político democrático.

2.2. Reformas al Tribunal Constitucional

La Constitución de 1980 modificó la integración y las atribuciones del Tribunal Constitucional, aumentando a siete el número de sus miembros: tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta en votaciones sucesivas y secretas, un abogado designado por el presidente de la República, dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, y un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

La reforma constitucional del presidente Lagos introduce una modificación profunda a la organización y las atribuciones del Tribunal Constitucional. En efecto, se ha democratizado el nombramiento de los ministros del Tribunal, entregándolo al presidente de la República, la Cámara de Diputados y el Senado, además de la Corte Suprema, y suprimiendo la intervención del Consejo de Seguridad Nacional; se ha trasladado al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales y la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo con efectos generales; resolver las contiendas de competencia que se suscitan entre las autoridades político-administrativas y los tribunales de justicia, y pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones. Con estas nuevas competencias el Tribunal Constitucional ha adquirido un carácter de un superpoder en el régimen político chileno. Con el fin de equilibrar el sistema, además de democratizar el nombramiento de sus miembros, la reforma constitucional disminuye el plazo de duración del mandato de sus ministros, no permite su reelección y les establece importantes prohibiciones de ejercicio de la profesión de abogado.

2.3. Sistema electoral binominal y senadores designados y vitalicios

El Congreso Nacional y los parlamentarios estaban en la Constitución originaria de 1980 muy disminuidos en su organización, atribuciones y privilegios. Así, aproxima-

damente la cuarta parte los senadores eran designados y no elegidos por votación popular. Tales nombramientos los efectuaban la Corte Suprema (tres), el Consejo de Seguridad Nacional (cuatro), y el presidente de la República (dos). Los elegidos por votación popular eran 26; integraban también el Senado los ex presidentes de la República. La reforma constitucional de 1989 aumentó el número de senadores elegidos a 38, mejorando la representatividad de la realidad política.

Por su parte, las modificaciones constitucionales últimas, que comentamos, han suprimido los senadores designados y vitalicios, con lo que el Senado queda integrado sólo por los 38 senadores elegidos por votación popular. Algunos tratadistas opinan que con este número de senadores se dificultará el trabajo legislativo del Senado, sin perjuicio de los efectos políticos que se analizarán más adelante.

Respecto del sistema binominal, es preciso explicar que se trata de un procedimiento que no es ni mayoritario ni proporcional, sino arbitrario. En efecto, el sistema consiste en que se eligen dos diputados por distrito y dos senadores por circunscripción; deben ir solamente dos candidatos por lista y resultan elegidos los candidatos de la lista que haya obtenido el mayor número de votos, y para poder elegir los dos cargos necesitan doblar la votación de la lista que le sigue en votos. De esta manera, a la oposición, actualmente y en este caso la Alianza por Chile, integrada por el partido Renovación Nacional y el partido Unión Demócrata Independiente, le basta obtener como máximo un 34% para evitar que la lista ganadora doble.

Así, una lista puede elegir un cargo con el 66% de los votos y la otra elegir también un cargo con el 34% de los votos. La reforma constitucional del presidente Lagos no ha innovado en relación con el sistema electoral descrito, sino que ha modificado el procedimiento para sustituir el sistema electoral; para su modificación se exige, tratándose de los diputados, la aprobación de cuatro séptimos de los senadores y diputados en ejercicio, como existía antes de la reforma constitucional, y respecto de los senadores se requeriría el voto conforme de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio para sustituir el sistema electoral. Es decir, en la práctica la reforma exigirá para el futuro un nuevo acuerdo respecto del sistema electoral, puesto que, manteniéndose el sistema binominal ya descrito, es muy difícil que la Concertación o la Alianza obtengan por sí solas un número de diputados y senadores que les permita reemplazar el sistema electoral. Ahora bien, hay que tener en consideración que el sistema descrito deja al margen de la posibilidad de tener acceso al Parlamento a partidos políticos que tienen o han obtenido un porcentaje importante de votos, por lo cual estos partidos realizan su actividad en las organizaciones sociales, creando problemas a los gobiernos respectivos. Así las cosas, sólo se podrán reformar el número de parlamentarios y el sistema electoral si es que se produce un nuevo acuerdo entre el gobierno y la oposición.

Igual ocurre con el procedimiento para modificar la Constitución, en que la reforma establece que se someterá a los mismos trámites de un proyecto de ley, pero se mantienen los altos quórum de aprobación cuya entidad depende de la materia de que se trate.

3. Reformas que perfeccionan la Constitución

La reforma constitucional del presidente Lagos ha perfeccionado las bases de la Constitución sobre regionalización del país, probidad, nacionalidad, debido proceso, libertad de opinión y de información, juzgamiento disciplinario de los profesionales, estados de excepción constitucional, requisitos para ser elegido presidente de la República, duración de su mandato, su subrogación y reemplazo, reemplazo de los diputados y senadores, fiscalización de los actos del gobierno por la Cámara de Diputados, aprobación de los tratados internacionales, funcionamiento del Congreso Nacional, fuero y prohibiciones de los diputados y senadores, proceso de formación de la ley, duración del mandato del fiscal nacional y de los fiscales regionales, requisitos y procedimiento para ser designado contralor general de la República y duración de su mandato, y supresión de la aprobación por el Congreso pleno de los proyectos de reforma de la Constitución. Además, se han derogado disposiciones transitorias referidas principalmente al período de transición del gobierno militar, y facultado al presidente de la República para dictar un texto refundido que llevará su firma, lo que constituye un símbolo de la democracia que vive Chile, borrando los últimos vestigios de la dictadura. El texto refundido fue suscrito y promulgado por el presidente de la República solemnemente el 17 de septiembre de 2005, con el título de Constitución de 2005.

A continuación examinaremos las reformas más importantes sobre las materias indicadas

3.1. Atenuación del presidencialismo

El sistema de gobierno es actualmente un presidencialismo de Ejecutivo vigorizado, en que el presidente de la República es jefe del Estado y jefe del Gobierno. Además de las atribuciones administrativas tiene importantes funciones legislativas, que lo transforman en el principal legislador; ejecuta las leyes y tiene potestad reglamentaria amplia; interviene en el nombramiento de los jueces, de los controladores y de algunos ministros del Tribunal Constitucional; propone al Congreso el presupuesto de la Nación; ejecuta el presupuesto aprobado; dirige las relaciones exteriores e internacionales; otorga indultos particulares; vela por la conducta ministerial de los jueces; designa a los comandantes en jefe de la Fuerzas Armadas y de Carabineros; dispone de las fuerzas de aire, mar y tierra; asume, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas; etcétera.

Si bien el presidente la República es elegido por mayoría absoluta, en primera o segunda vuelta electoral, y por ende es el órgano principal del Estado, representativo de la mayoría de los ciudadanos, tiene un débil contrapeso. En efecto, sólo puede ser acusado constitucionalmente por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o haber infringido abiertamente la Constitución y las leyes, y para ser destituido requiere el voto conforme de los dos

tercios de los senadores en ejercicio. De otro lado, la fiscalización de los actos de gobierno que efectúa la Cámara de Diputados no afecta la responsabilidad política de los ministros de Estado. Este sistema de fiscalización permite a los diputados crear hechos políticos que no tienen una resolución institucional.

El sistema de gobierno descrito tiene influencia importante sobre los partidos políticos. El inmenso poder del presidente la República en la práctica implica que todo el poder político se juega en su elección, y los partidos serán, preferentemente, partidos *electoralistas* y no propiamente de gobierno y oposición. No obstante, los presidentes de la República muchas veces tienen graves problemas hasta con los partidos políticos que apoyaron su elección, pues los partidos pueden no asumir su responsabilidad de gobierno, lo que, agregado al sistema de elección y representación de los diputados o senadores actualmente vigente, puede conducir al desgobierno, a gobiernos de administración o a una demasiado lenta transformación social.

La reforma del presidente Lagos atenúa el gobierno presidencial de Ejecutivo vigorizado: disminuye el mandato del presidente de la República de seis a cuatro años, sin reelección para el período siguiente al término de su mandato; aumenta las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados sobre los actos de gobierno, pudiendo la Cámara de Diputados exigir que los ministros de Estado concurran a la Sala, sea para explicar proyectos en trámite o contestar preguntas (la Cámara puede crear comisiones investigadoras); suprime la legislatura extraordinaria, regula las declaraciones de urgencia y aumenta la facultad del Congreso Nacional en la aprobación de los tratados internacionales.

3.2. Solidaridad constitucional regional

El Estado de Chile es unitario. La administración es funcional y territorialmente centralizada o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley. La reforma constitucional que comentamos dispone que los órganos del Estado, además de promover el fortalecimiento de la regionalización del país, deberán lograr el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

3.3. Probidad y publicidad de los actos del Estado

La reforma establece, también, que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Agrega que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sólo por una ley de quórum calificado, es decir, aprobada por mayoría en ejercicio de los diputados y senadores, se puede establecer la reserva o secreto, cuando la publicidad pueda afectar el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Se elevan a rango constitucional algunas

materias contenidas en leyes vigentes sobre probidad, lo cual, aunque en Chile la corrupción es esporádica y furtiva, constituye una base institucional importante.

3.4. Fortalecimiento de la libertad de información

La Constitución aseguraba a todas las personas el respeto y la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de esta norma cometida a través de un medio de comunicación social, consistente en la imputación de un hecho o acto falso, o que causara injustificadamente un daño o descrédito a una persona o su familia, era constitutiva de delito. Los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo eran solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedieran. La reforma constitucional aprobada en el gobierno del presidente Lagos sólo asegura el respeto y la protección de la vida privada; deroga el delito de difamación a la autoridad, sin perjuicio de que se responda de los delitos de injuria y calumnia. Las indemnizaciones se rigen por las reglas generales.

3.5. Restricciones a los estados de excepción constitucional

La Constitución contemplaba como estados de excepción constitucional, que permitían afectar el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas, los siguientes: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

La reforma constitucional en examen mantiene estos mismos estados de excepción, pero agrega que sólo pueden ser declarados cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado; da mayor intervención, tanto en su establecimiento como en el control de las medidas que se adopten, al Congreso Nacional, y a los tribunales de justicia les otorga la facultad de conocer de los recursos que proceden respecto de las medidas particulares que afecten los derechos constitucionales; disminuye los plazos de duración de estos estados; regula la oportunidad con que deben ser declarados; disminuye los derechos que pueden ser afectados, particularmente preservando la libertad de opinión e información, y suprime la excepción que beneficiaba a altas autoridades en la aplicación de las medidas restrictivas.

3.6. Ampliación de la nacionalidad

La nacionalidad chilena es ampliada por la reforma constitucional, de manera que a los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, se les otorga la nacionalidad, siempre que alguno de sus ascendientes en la línea recta de primer o segundo grado sea chileno por nacimiento, por carta de nacionalización o por especial gracia concedida por ley. Para ejercer los derechos que les confiere la ciuda-

danía, estos chilenos deberán haber estado avecindados en Chile por más de un año. Además, se permite la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, siempre que la persona se haya nacionalizado previamente en país extranjero. Estas modificaciones, que corresponden a la generalidad de las legislaciones comparadas, benefician especialmente a los hijos de los chilenos exiliados por el gobierno militar, nacidos en el extranjero, y a otros que han emigrado por razones económicas y laborales.

En conclusión, podemos afirmar después de este análisis que la reforma constitucional aprobada en el gobierno del presidente Ricardo Lagos avanza definitivamente en la consolidación de un régimen político auténticamente democrático, que siempre podrá ser perfectible.

Fernando Muñoz León (Chile) *

Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia

1. Introducción: nuestra *nueva* Constitución

El escenario político nacional se ha transformado, profunda pero imperceptiblemente, a raíz de la promulgación de la Ley de Reforma Constitucional n.º 2.050[1] y la firma, por el presidente Ricardo Lagos, del decreto n.º 100,[2] que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

Para quienes observamos la realidad desde una perspectiva concertacionista, se trata de un acontecimiento de gran importancia; por fin se han realizado significativas transformaciones en nuestro sistema político que nuestra coalición ha promocionado y defendido desde hace más de dos décadas. Indudablemente, la *nueva* Constitución manifiesta un nuevo paso en el desarrollo de las instituciones políticas chilenas.

¿Por qué hablo de la *nueva* Constitución? Es importante dejar establecido que, para estos efectos, la denominación de nuestra Ley Fundamental como Constitución de 1980 o Constitución de 2005 es una pelea de poca importancia. En lo personal, preferiría hablar de *Constitución de 1989*, pues fue el plebiscito realizado en ese año, mediante el cual se aprobó un paquete de reformas constitucionales consensuado entre el gobierno militar y la Concertación, el que otorgó a nuestra institucionalidad el consenso necesario para legitimar el texto constitucional.

Es más, personalmente me encuentro entre quienes creen que deberíamos hablar de la Constitución de 1989 no sólo porque la legitimidad del texto plebiscitado en

---

* Ayudante de Derecho Político y Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. ‹fjmunoz@uc.cl›

[1] Promulgada el 18 de julio de 2005 y publicada en el *Diario Oficial* el 26 de julio de 2005.

[2] Promulgado el 17 de septiembre de 2005 y publicado en el *Diario Oficial* el 22 de septiembre de 2005.

1980 deba ser puesta en duda, sino también porque su calidad intrínseca de constitución es cuestionable. Sin duda, como dice un adagio jurídico, en derecho las cosas son lo que son, y no lo que su nombre indica.

En efecto, el moderno constitucionalismo reserva la denominación de *Constitución* para aquellas leyes fundamentales que cumplen con dos requisitos: limitar el poder y proteger los derechos de las personas. ¿Y alguien sigue creyendo, después del caso Riggs, que la Constitución realmente fue capaz de limitar el poder? ¿Alguien sigue creyendo, después de los informes *Rettig* y *Valech*, que la Constitución realmente protegió los derechos entre 1980 y 1990? Estos escándalos políticos encuentran su explicación en serias falencias existentes en el ordenamiento jurídico chileno de aquel entonces: las disposiciones transitorias 21.ª[3] y 24.ª.[4] En virtud de ellas, la

---

[3] "*Disposición Transitoria Vigesimaprimera*: Durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serán aplicables los siguientes preceptos de esta Constitución:

"a) Los artículos 26 a 31 inclusive, los números 2.º, 4.º, 5.º, 6.º y la segunda parte del número 16.º del artículo 32; el artículo 37; y el artículo 41, número 7.º; en su referencia a los parlamentarios;

"b) El Capítulo V sobre el Congreso Nacional con excepción de: el número 1.º del artículo 50, los artículos 60, 61, los incisos tercero a quinto del artículo 62, y el artículo 64, los que tendrán plena vigencia. Las referencias que estos preceptos y el número 3.º del artículo 32, el inciso segundo del número 6.º del artículo 41, y los artículos 73 y 88 hacen al Congreso Nacional o a alguna de sus ramas, se entenderán hechas a la Junta de Gobierno. Asimismo, la elección a que se refiere la letra d) del artículo 81, corresponderá hacerla a la Junta de Gobierno;

"c) En el artículo 82: los números 4.º, 9.º y 11.º de su inciso primero, el inciso segundo en su referencia al número 9.º y los incisos octavo, noveno, décimo, decimosegundo, decimocuarto y decimoquinto. Tampoco regirá la referencia que el número 2.º hace a la reforma constitucional, ni la segunda parte del número 8.º del inciso primero del mismo artículo en lo atinente al Presidente de la República, como tampoco las referencias que hacen a dicho número, en lo concerniente a la materia, los incisos segundo y decimotercero;

"d) El Cap. XIV, relativo a la reforma de la Constitución.

La Constitución sólo podrá ser modificada por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente. Sin embargo, para que las modificaciones tengan eficacia deberán ser aprobadas por plebiscito, el cual deberá ser convocado por el Presidente de la República, y

"e) Cualquier otro precepto que sea contrario a las disposiciones que rigen el período presidencial a que se refiere la disposición decimotercera transitoria".

[4] "*Disposición Transitoria Vigesimacuarta*. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguientes sobre estados de excepción que contempla esta Constitución, si durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarará y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades:

"a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más;

"b) Restringir el derecho de reunión y la libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones;

"c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8 de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de ser

fiscalización parlamentaria no existió, y el presidente gozó de facultades extraordinarias para restringir los derechos y libertades públicas, transformando en letra muerta el artículo 19. Estos dos graves defectos nos impiden calificar como una auténtica Constitución el texto vigente entre 1980 y 1990, tal como sería imposible decir que hoy rige una Constitución en Cuba o que haya existido durante el régimen soviético. O, al menos, nos llevan a calificar la Constitución de 1980 como una *constitución semántica*, según la clasificación que popularizó Karl Loewenstein, correspondiente a aquellos casos en los cuales, "si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino *la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos*, que disponen del aparato coactivo del Estado".[5]

En cuanto a la denominación de *Constitución de 2005*, me parece que bien podría haber argumentos para sostener esta posición toda vez que, así como hay importantes elementos de continuidad, también hay importantes cambios sustanciales, como es de público conocimiento.

En primer lugar, quiero valorar la preservación de los capítulos I, "Bases de la institucionalidad", y III, "Derechos y deberes fundamentales". En ellos está plasmada una visión del hombre y de la sociedad de indiscutible valor, cual es aquella que señala que *el Estado, cuya finalidad es servir el bien común, está al servicio de las personas, quienes nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Es más, estos capítulos, en los cuales se percibe fácilmente la huella de Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans de la Cuadra, han sido enriquecidos mediante la proclamación de la *solidaridad* en el artículo 3.º, como complemento de la subsidiariedad reconocida desde antes; la consagración de un nuevo artículo 8.º, que dispone el principio de probidad, y *la extensión del recurso de protección en materia medioambiental*, que, de ser admisible sólo por actos arbitrarios e ilegales que vulneren el derecho a un medioambiente libre de contaminación, pasa a ser admisible por actos u omisiones que sencillamente sean ilegales.

---

activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior, y

"d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses.

"Las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la República, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula 'Por Orden del Presidente de la República'. Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso".

[5] Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1982, p. 218. En aquel texto, Loewenstein desarrolla la misma idea: "Mientras la tarea original de la constitución fue *limitar la concentración del poder*, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder". Ibídem, pp. 218- 219.

En segundo lugar, debemos reconocer en este texto un nuevo equilibrio de poderes entre el Ejecutivo y el Parlamento. El presidente no sólo ha disminuido su período de 6 a 4 años; también ha perdido la facultad de llamar a legislatura extraordinaria, con lo cual desaparece parte de su primacía en el proceso legislativo. El Parlamento, por su parte, se ve indudablemente fortalecido en sus atribuciones fiscalizadoras, a lo cual se suma su nueva facultad de citar hasta tres veces dentro de un año calendario a un ministro de Estado a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. También se ve profundamente democratizado a través de la desaparición de senadores vitalicios o designados.

En tanto, el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico pasa a tener un nuevo actor protagónico: un Tribunal Constitucional indudablemente potenciado por el hecho de concentrar en una sola mano las facultades de resolver la *inaplicabilidad* de un precepto legal a un caso concreto y la de declarar la *inconstitucionalidad* de un precepto legal ya declarado inaplicable, con la consiguiente expulsión de este precepto del ordenamiento jurídico. También le da un poder hasta ahora insospechado mediante el control de constitucionalidad de los autos acordados de la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, lo que podría tener un imprevisto efecto sobre la tramitación del recurso de protección y el cuestionado y polémico plazo de 15 días para su interposición, establecido mediante auto acordado.

Finalmente, las relaciones cívico-militares encuentran una nueva solución en la fórmula de la *total subordinación del poder militar al poder civil*. Ahora el presidente podrá llamar a retiro a las máximas autoridades militares mediante decreto fundado, y el COSENA adquiere un carácter consultivo total, hasta el punto de que se le prohíbe tomar cualquier tipo de acuerdo excepto para dictar su reglamento.

Estos aspectos constituyen virajes tan sustantivos que, para quienes centren su estudio del ordenamiento iusfundamental en la dimensión política, bastan para aducir que estamos frente a una nueva Constitución. Este nuevo articulado, por cierto, refleja la mayor parte de las aspiraciones democráticas que hemos escuchado durante los últimos 15 años. Si bien nuestra nueva Ley Fundamental no es fruto de asambleas constituyentes, como algunas voces del mundo político lo han solicitado, sí posee una indudable legitimidad proporcionada por su misma tramitación: es una de las pocas reformas sustanciales introducidas a las Constituciones chilenas que han sido discutidas en democracia y aprobadas regularmente por el Congreso. Sólo es comparable, en estricto rigor, con la reforma constitucional de 1875, que redujo el autoritarismo presidencial de la Constitución de 1833, fortaleció al Parlamento y debilitó al Consejo de Estado.

Sin embargo, este gran logro no culmina el proyecto político de la Concertación en materia constitucional; indudablemente, la misión histórica de un grupo político se comporta tal como el horizonte, que a medida que nos acercamos a él se aleja aún más. Esta reforma nos sitúa en un nuevo peldaño en el ascenso a un Chile más justo, y nos recuerda la importancia de ponerse metas en política y perseverar en ellas.

Decimos esto porque hoy la democratización de nuestro sistema político entra en una nueva etapa. Superados los enclaves autoritarios, eliminada la *tutela militar* y potenciado el papel de los partidos políticos y del Parlamento, surge la necesidad de revisar el funcionamiento mismo de nuestra democracia. Es un hecho que prácticamente la unanimidad de las voces democráticas claman hoy por profundizar la democratización de nuestro sistema político a través de la modificación del sistema binominal.

Esta reforma legal, sin duda necesaria y de un posible alto impacto sobre nuestro sistema, no agota sin embargo el panorama en materia de nuevas reformas. Es necesario hablar de un tema que, pese a su gigantesco impacto en el proceso político chileno, ha sido sistemáticamente postergado y pasado por alto: *la derogación de la categoría de leyes orgánico-constitucionales*.

2. La inspiración extranjera de las leyes orgánico-constitucionales

Quizás el lector no esté enterado de que la categoría de *ley orgánico-constitucional* es un invento, en nuestro país, de la Constitución de 1980; ella "representa una novedad en nuestra tradición jurídica, que antes se atenía a reconocer un solo tipo de leyes".[6] Y no sólo se trata de ellas; el artículo 63, además de señalarles a estas leyes orgánico-constitucionales un quórum de *cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio*, establece la categoría de las *leyes de quórum calificado*, las cuales a su vez requieren para su establecimiento, modificación o derogación la *mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio*.

Esta categoría legal se ha incorporado silenciosamente en la rutina de nuestra democracia, hasta el punto de que son casi inexistentes los cuestionamientos actuales a su conveniencia o justicia política. Los órganos llamados a aplicar la Constitución las han adoptado como algo de lo más natural, y el Tribunal Constitucional ha asumido en su jurisprudencia que estas leyes "requieren para su aprobación, modificación o derogación de un procedimiento más rígido que aquel que es propio de las leyes comunes", afirmando que este requisito "pretende así, por un lado, que las materias reguladas por leyes de ese carácter tengan mayor estabilidad que aquella que es propia de las leyes comunes y, por otro, que dispongan de una amplia legitimidad representada por la alta mayoría necesaria para su establecimiento".[7]

Efectivamente, tal como lo registran las *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, su creación fue propuesta por Raúl Bertelsen, comisionado de este órgano consultivo y asesor de la Junta de Gobierno, como una forma de garantizar "plena concordancia" de la ley con la Constitución en ciertas materias

---

[6] Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional*, tomo VII, Santiago: Jurídica, 2000, p. 22.

[7] Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 255, de 27 de abril de 1997, considerando 5.º.

determinadas por ella misma.[8] En este aspecto, el constituyente de 1980 se hizo eco de la filosofía desconfiada y temerosa de la democracia que inspiró su proyecto político, hasta tal punto, que llegó a catalogarlo como la construcción de una *democracia protegida*, en abierta oposición a la antigua democracia, calificada como *democracia desprotegida* o *ingenua*.

El comisionado Bertelsen se inspiraba en este punto en la Constitución francesa de 1958, dictada por De Gaulle como una forma de institucionalizar el autoritarismo político con que deseaba gobernar su país. Esta Constitución fue un referente permanente para los ideólogos del texto original de 1980; entre otras materias, de allí importaron la idea del *dominio máximo legal* y la *potestad reglamentaria reforzada*, fórmulas constitucionales también orientadas a fortalecer al presidencialismo. Zapata Larraín ha recogido la opinión de la doctrina francesa, en cuanto se indica que "las leyes orgánicas son el fruto de un compromiso entre los autores de la Constitución de 1958, quienes habrían recurrido a esta institución para soslayar aquellas diferencias y dificultades de temas respecto de los cuales no existía consenso suficiente entre ellos, fue encomendada a leyes orgánicas posteriores".[9]

Señalemos que la Constitución francesa, en su artículo 46, establece un procedimiento de tramitación especial para "las leyes a las cuales la Constitución confiere el carácter de orgánicas". Este procedimiento contempla que el proyecto que contenga una disposición de esa naturaleza no será sometido a debate y votación en la cámara de origen, sino una vez transcurrido el plazo de quince días después de su presentación. Como requisito adicional para su promulgación, deberá ser declarada por el Conseil Constitutionnel su conformidad con la Constitución. El artículo 61 de dicha Constitución prescribe a estos efectos que, en este caso, la remisión al Conseil suspenderá el plazo de promulgación del proyecto, y este órgano dispondrá del plazo de un mes para pronunciarse. Sin embargo, en caso de urgencia y a petición del Gobierno, este plazo podrá reducirse a ocho días.

La Constitución española también incorporó la categoría de las leyes orgánico-constitucionales en su artículo 81. Lo interesante de este caso es que dicho cuerpo normativo hace un esfuerzo por definir tal categoría legal al señalar que "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía[10] y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución". Quizás pudiéramos, a partir de esta descripción normativa, aproximarnos a una clasificación de las materias cuya aprobación, modificación y derogación exige un quórum superior al de una ley normal en dos

---

[8] *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n.º 344, p. 2080.

[9] Patricio Zapata Larraín: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago: Corporación Tiempo 2000, 1994, p. 96.

[10] La remisión a los estatutos de autonomía configura el especialísimo sistema español semifederal, semirregional de las *comunidades autónomas*.

grandes grupos según su objeto: *aquellas que versan sobre derechos fundamentales*, y *aquellas que recaen sobre la organización y configuración de los poderes públicos*. Esta clasificación o distinción nos será muy útil para caracterizar el caso chileno.

Siguiendo con la Constitución española, anotemos que ella exige como quórum de aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánico-constitucionales la mayoría absoluta del Congreso. En relación con la gestación de esta categoría legal, la doctrina española señala:

> […] a lo largo del proceso constituyente, cuando no resultó hacedero lograr un acuerdo sobre una determinada materia se eligieron diversos caminos, todos los cuales tenían un punto en común, convenir la forma o procedimiento a través del cual más adelante se alcanzaría el consenso que en aquel momento aquellas Cortes constituyentes no lograban fraguar. La remisión a leyes orgánicas que se tenían que aprobar por la mayoría absoluta del Congreso, que exige el artículo 81.2 CE, fue uno de ellos.[11]

El mismo autor, miembro de aquellas Cortes constituyentes, señala que la *ratio* del gran número de leyes orgánico-constitucionales incluidas en ese texto constitucional incluye diversas motivaciones, tales como el asegurarse la necesidad de consensos plenos en la regulación de determinadas materias no zanjadas satisfactoriamente en la Constitución, prolongar un cierto espíritu de consenso en materias trascendentales, asegurar un notorio consenso en las posibles modificaciones en el caso del régimen electoral general, poner a cubierto el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, y precisar la naturaleza jurídica de las leyes que aprobaren los estatutos de autonomía, destinados a definir la estructura política territorial española.

3. ¿Por qué hay normas de distinta jerarquía?

Quizás hubiera sido necesario dar inicio a este estudio recordando uno de los hechos más importantes para comprender la estructura normativa de los Estados modernos. Esto es, que prácticamente toda sociedad políticamente organizada —salvo el caso de Gran Bretaña— se fundamenta en una norma dotada de rigidez y supremacía: la Constitución. Ella necesita de una legitimidad en su origen que por lo general le es otorgada a través de mecanismos plebiscitarios, como ocurrió en el caso chileno mediante el plebiscito de 1989 —punto en el cual no profundizaremos, pues nos alejaría del propósito de este informe—, y exige para su modificación por los cauces previstos de un caudal parlamentario de votos significativamente superior al que requiere una ley ordinaria.

---

[11] Óscar Alzaga Villaamil: *Derecho político español*, tomo I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, p. 347.

Para entender el motivo, la razón de ser de esta exigencia para reformar una constitución, entre otras posibles, dejaremos hablar al juez John Marshall, uno de los padres de la teoría de la Constitución, quien en su famosa sentencia de 1803 conocida como *Marbury v. Madison* opinó:

> […] el pueblo tiene un derecho original a organizarse para su gobierno […] el ejercicio de este derecho original es una gran esfuerzo; no puede, ni debe, ser frecuentemente repetido. Los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y como la autoridad de la cual provienen es suprema, y puede actuar sólo ocasionalmente, están diseñados para ser permanentes.[12]

De esta forma, toda constitución está dotada —en mayor o menor grado— de una rigidez que la diferencia de una simple ley ordinaria y que operativiza su supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, junto con los procedimientos de control constitucional. Para la teoría clásica de la Constitución, entonces, no es extraña la idea de que exista una jerarquía entre las diversas leyes, particularmente entre una ley fundamental (*Grundgesetz*) y las demás leyes, denominadas leyes simples u ordinarias.

Ahora bien, es indudable que la "moderada rigidez" de ciertas leyes, llámense de quórum calificado u orgánico-constitucionales, "comporta una cierta superioridad de este tipo de ley", que ha llevado a señalar que ellas quedan "en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias".[13] Ante este tipo de leyes, se hace necesario plantearnos desde un punto de vista de justicia política ciertas interrogantes. ¿Estamos dispuestos a exigir al legislador una mayoría superior a la que requiere una ley simple para regular ciertas materias? ¿O, por el contrario, nos oponemos a tal posibilidad por considerarla como una restricción inaceptable de la democracia?

Es necesario, *a priori*, que reconozcamos como un hecho de la causa que cada vez que ponemos trabas al legislador, o requisitos más exigentes para su actuar, estamos indiscutiblemente restringiendo la democracia en tal materia. Ahora bien, no nos espantemos con ello; recordemos una vez más que la gran limitación a la democracia es la existencia de una Constitución, que de suyo sustrae la decisión de ciertos asuntos de las manos de los representantes del pueblo democráticamente constituido.

4. En una república, ¿qué debemos limitar y qué no?

El prestigioso constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán recoge en su *Tratado de derecho constitucional*, al estudiar la "democracia del futuro", el hecho que él califica como la "rectificación del principio democrático". Observando el panorama que presenta hoy el ordenamiento jurídico democrático, señala que "es diverso del que

---

[12] *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137, reproducido en Gerald Gunther: *Constitutional Law*, 12.ª ed., Nueva York: The Foundation Press, 1991, p. 7. La traducción es del autor.

[13] Alzaga Villaamil: o. cit., p. 358.

derivaría simplemente de la lógica del contractualismo propio del pensamiento revolucionario".[14]

Esta "rectificación del principio democrático" se manifiesta en diversas expresiones: ya sea en la exigencia de mayoría absoluta para la elección de la primera magistratura, la estipulación de quórum superiores de aprobación para ciertas leyes, o el establecimiento de instituciones que "asuman la tarea específica de prevenir que los órganos llamados a desempeñar determinada función pública la cumplan de modo de no afectar los valores de jerarquía constitucional individuales o sociales que pudieren estar comprometidos".[15] Entre estos organismos podemos reconocer particularmente la proliferación de tribunales constitucionales en las sociedades democráticas, acontecimiento fortalecido con el fenómeno que la doctrina denomina *efecto horizontal de los derechos*, que no consiste en otra cosa que en la posibilidad de exigir de los particulares el respeto de los derechos fundamentales que tradicionalmente han sido exigidos sólo frente al Estado.

Ahora bien, hemos llegado a un punto crucial en nuestra investigación. Hemos convenido que, fuera de todo ideologismo, el constitucionalismo democrático contemporáneo ha reconocido en principio como legítima la posibilidad de limitar la democracia, particularmente a través de la exigencia de una mayoría superior de votos que la necesaria para aprobar una ley simple. Schmitt llama a esto "la desviación del principio fundamental de la mayoría simple".[16] No nos cerramos *a priori* a esta posibilidad; sin embargo, teniendo en cuenta la excepcionalidad con que debemos operar tratándose de una exigencia privilegiada, es necesario estudiar con acuciosidad y detención, sistemáticamente, qué materias estaremos dispuestos a regular exigiendo un quórum de aprobación más alto y qué materias no.

Podemos comenzar discurriendo sobre la base de las ideas de Ronald Dworkin. El jurista norteamericano ha señalado en su libro *Taking Rights Seriously*[17] que para tomarnos los derechos en serio debemos distinguir ciertos derechos que son derechos fundamentales, en sentido *duro*, cuyo reconocimiento y respeto no depende del bienestar agregado que proporcionen a la sociedad. Esto se relaciona con la posibilidad de reconocer a las personas ciertos derechos morales en un sentido fuerte, es decir, concebidos como facultades omnímodas que las personas tendríamos para hacer ciertas cosas, aun cuando con ello perjudicáramos o lesionáramos el interés agregativo de las mayorías.

En este sentido, entendemos el tener un derecho como la posibilidad que reconocemos a los seres humanos de hacer ciertas cosas, aunque eso que hagan vaya contra

---

[14] Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Santiago: Jurídica, 1997, p. 236.

[15] Ibídem, p. 238.

[16] Carl Schmitt: *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar, 1971, p. 61.

[17] Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

el interés de las mayorías. Para esta concepción los derechos humanos son facultades o títulos que, al ser igualitarios e individualizados, se tienen justamente como una carta de triunfo de las minorías frente a la adopción de políticas públicas fundadas en el beneficio agregativo de las mayorías. Estos derechos representan la promesa que la colectividad y la mayoría hacen a las minorías y al individuo de que su igualdad y su dignidad serán respetadas, aunque por momentos la mayoría piense que esa igualdad y esa dignidad menoscaban sus propios intereses agregativos.

En este sentido, si bien todos los derechos merecen ser protegidos y recibir una fundamentación o reconocimiento constitucional, los derechos en sentido duro, los derechos en serio, claman por un tratamiento más cuidadoso. Estos derechos son, entonces, un buen motivo para generar una categoría de ley más exigente que los proteja más intensamente. No debería extrañarnos que la democracia se limitara parcialmente al tratarse de estos derechos; pues, como sabiamente reconoce nuestro texto constitucional en su artículo 5.º, el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con este argumento de naturaleza normativa respondemos satisfactoriamente a la objeción de Carl Schmitt, quien afirmó que "el requisito de una cantidad de votos a añadir a la mayoría simple no puede, pues, justificarse con principios democráticos […] sino solamente mediante consideraciones de carácter técnico y práctico".[18]

Entonces, si observamos las materias que según la Constitución han de regularse mediante de ley de quórum calificado, la mayoría de ellas abordan aspectos íntimamente relacionados con *derechos fundamentales*: vida (artículo 19, número 1, inciso 3.º), la determinación de las conductas terroristas y su penalidad (artículo 9.º), nacionalidad (artículo 11, número 3), libertad de emitir opinión (artículo 19, número 12, inciso 6.º), libertad económica (artículo 19, número 21, inciso 2.º), derecho a la propiedad (artículo 19, número 23, inciso 2.º), indultos y amnistías (artículo 63, número 16). Sólo se excluyen de esta situación las disposiciones contenidas en el artículo 63, número 7 (autorización para contratar empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial, exigencia que se puede justificar comprendiendo que de esta forma se involucran en esta decisión tanto los sectores partidarios del actual gobierno como quienes pudieran con posterioridad llegar a tal condición) y en el artículo 110, inciso 2.º (que organiza la distribución territorial, materia que ciertamente no merece un tratamiento más exigente que el de una ley ordinaria).

Atendiendo a esta breve enumeración, no cabe duda de que tales leyes de quórum calificado se justifican plenamente, si bien deberían recibir una atención mayor de la doctrina y el legislador, que permitiera otorgarles un trato sistematizado. Es más, considerando que ellas abordan la regulación de derechos fundamentales y teniendo en mente la posibilidad de que a través de ellas las mayorías pudieran oprimir a las mino-

---

[18] Schmitt: o. cit., p. 63.

rías o vulnerar sus derechos, *nos parece que su tramitación debería considerar el ejercicio de un control de constitucionalidad forzoso por el Tribunal Constitucional*; pues, como aguda y certeramente apunta Carl Schmitt, este tipo de leyes justifica "una necesidad de protección más fuerte", toda vez que "la desconfianza contra la mayoría simple tendría que aumentar aún más en presencia de una mayoría heterogénea de dos tercios (situación prevista por la Constitución de Weimar), pues *la peligrosa mayoría más fuerte es, evidentemente, mucho más peligrosa que la peligrosa mayoría simple*".[19]

En definitiva, hemos reconocido un primer grupo de leyes respecto de las cuales es sensato y razonable exigir un quórum mayor de aprobación, así como introducir el requisito de su control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, tal como anunciamos más arriba al hablar de la Constitución española, junto con estas leyes que regulan derechos fundamentales podemos encontrar otro grupo de leyes para cuya aprobación se exige una mayoría calificada: *las leyes que organizan y configuran los poderes públicos*. *Es un hecho que las leyes orgánico-constitucionales abordan en su totalidad esta materia*. Así, se encuentran entre ellas aquellas que regulan el sistema electoral público, los partidos políticos, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, el Banco Central, entre otras.[20]

Indudablemente, aquí se plantea el problema de la facilidad de reformas en el régimen político, su flexibilidad y lo que podríamos llamar su *rapidez*. La respuesta a este dilema no ha de ser unánime, pues depende de las convicciones políticas de quien la proporcione. Edmund Burke, el padre del conservadurismo, manifiesta en su libro *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* la conveniencia de producir cambios de manera lenta, debido a la "materia" con la cual trabaja el legislador. Así, expresa:

> […] una de las excelencias de un método en el cual el tiempo figura entre los ayudantes es que la actuación es lenta y en algunos casos casi imperceptible. Si la circunspección y la preocupación constituyen parte de la prudencia cuando trabajamos sobre materias inanimadas, tiene que ser parte también de nuestra obligación cuando el objeto de nuestra demolición y construcción no lo constituyen el ladrillo y la madera, sino seres sensibles, a los que la alteración repentina de su estado, situación y hábitos, puede hacer desgraciados.[21]

---

[19] Ibídem, p. 67. El énfasis es del autor.

[20] Quizás pudiera excluirse de esta situación la ley orgánica de estados de excepción constitucional; materia que ha sido tradicionalmente entendida por la doctrina como un aspecto orgánico, por tratarse de la determinación de los poderes concedidos al Ejecutivo en medio de tales estados, pero que un constitucionalismo democrático bien entendido debería situar en la perspectiva de los derechos de los gobernados en vez de las potestades otorgadas.

[21] Edmund Burke: "Reflexiones sobre la Revolución Francesa", en *Textos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 188.

Ciertamente, y desde una perspectiva conservadora, éste es un argumento suficiente para justificar la existencia de una segunda categoría de leyes para las cuales se exigirá un mayor quórum de aprobación: las leyes orgánico-constitucionales.

Sin embargo, como es evidente en materias políticas, no estamos obligados a quedarnos con esta respuesta. Para quienes no compartimos la matriz conservadora pero valoramos su aporte, a partir de esta afirmación surge sólo una obligación: escuchar su recomendación. El legislador debe tener presente su advertencia: "el verdadero legislador debe tener el corazón lleno de sensibilidad. Debe amar y respetar a sus semejantes y temerse a sí mismo".[22] Pero el constituyente democrático no está compelido a estructurar el proceso legislativo sobre la base de una antropología y una sociología conservadoras. Por el contrario, la racionalidad democrática indica que son precisamente las materias propiamente políticas aquellas que están destinadas a ser reguladas por el legislador ordinario.

¿No es acaso en la organización y configuración de los poderes públicos donde se plasma el proyecto o programa político de una coalición? ¿No es acaso una materia donde debería reconocerse sin trabas que, como dijo Schmitt, "en una democracia es ley la voluntad manifestada en un momento dado por el pueblo presente en dicho momento, es decir, prácticamente la voluntad de la mayoría momentánea de los ciudadanos votantes; *lex est quod populus jubet*"? [23]

5. El contenido de las leyes orgánico-constitucionales

Como hemos señalado, el contenido de las leyes orgánico-constitucionales es gigantesco, y amenaza con extenderse cada vez que una reforma constitucional aborda materias que nuestros congresistas, aunque sea por inercia, estiman que deben ser reguladas de esta materia. Así, en efecto, ha ocurrido con la ley n.º 19.519, que introdujo en la Constitución el Ministerio Público y dio origen a la Ley Orgánica Constitucional n.º 19.640. Así ha ocurrido también con la reciente reforma constitucional, que reitera en el artículo 45 de la Constitución la remisión a la ley orgánica constitucional, que deberá determinar el número de senadores, las circunscripciones senatoriales y la forma de elección. Esto es lo que se ha llamado el traslado del "sistema binominal" en materia de elección de senadores desde la Constitución a la Ley Orgánica Constitucional n.º 18.700.

Ya es un hecho suficientemente destacado que, mediante la extensa y profusa remisión a normas de esta categoría, el constituyente ha rigidizado el sistema político chileno. Así lo entiende Zapata Larraín, quien destaca que "desde una perspectiva política, la institución de la ley orgánica es una de las manifestaciones del interés del

---

[22] Ibídem, p. 188.

[23] Schmitt: o. cit., p. 37.

constituyente de 1980 por limitar la capacidad reguladora de la ley",[24] fenómeno que "a su vez, se inscribe dentro del contexto más general de un Congreso Nacional debilitado en sus atribuciones".[25]

Es de interés destacar que, paralelamente a la proliferación constitucional de esta categoría de leyes, se ha desarrollado una superficial teoría sobre el tema que se ha plasmado, principalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Destaquemos que este alto órgano constitucional ha afirmado que "resulta evidente que, de acuerdo con el sentido propio de esta clase de leyes […] ellas sólo deben contemplar la estructura básica, el contenido substancial de la institución que están llamadas a regular, como también sus elementos complementarios indispensables", entendiendo por tales aquellos que "lógicamente deben entenderse incorporados en ellas".[26]

El Tribunal Constitucional explicita su postura afirmando, al ejercer el control de constitucionalidad de la Ley Orgánico-Constitucional de Partidos Políticos, que "no puede desconocerse que la ley es soberana para elegir el camino que considere más adecuado".[27] Detrás de estas palabras está una doctrina que Zapata ha denominado de la "deferencia razonada", y que mediante el reconocimiento de que "los jueces deben reconocer la conducción política de la Polis está radicada en el Ejecutivo y el Congreso Nacional",[28] hace un esfuerzo jurisprudencial por lograr a través de la interpretación constitucional lo que el texto, la letra constitucional, a veces olvida: *reconocerles a los órganos colegisladores la esfera legítima de decisiones democráticas que la proliferación de remisiones a las leyes orgánico-constitucionales les ha cercenado*.

6. A eliminar las leyes orgánico-constitucionales

La realidad a partir de la cual las fuerzas democráticas chilenas han debido trabajar es la de una Constitución que en su origen adoptó un sistema de "democracia protegida". A partir del reconocimiento de esta realidad, la Concertación y los sectores democráticos de la derecha han debido avanzar a través de sucesivos pasos, que a largo plazo se han demostrado como exitosos. Los dos momentos más importantes de este proceso han sido la reforma constitucional consensuada y aprobada en 1989 a través de la ley n.º 18.825 y la actual reforma constitucional.

Hoy, una vez desmantelada prácticamente la totalidad de los "enclaves autoritarios" históricamente señalados y combatidos, la democratización del sistema constitucional chileno pasa por proporcionar un trato adecuado a las mayorías políticas de

---

[24] Zapata Larraín: o. cit., p. 100.
[25] Ibídem.
[26] Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 255, de 27 de abril de 1997, considerando 6.º.
[27] Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 52.º.
[28] Zapata Larraín: o. cit., p. 70.

turno. Esto se traduce en *reformar el sistema binominal*, camisa de fuerza que ha distorsionado la representación de las fuerzas en el Parlamento; y en *eliminar la categoría de las leyes orgánico-constitucionales*, sistematizando además el tratamiento que reciben algunos derechos fundamentales a través del sistema de leyes de quórum calificado. Estas directrices permitirán *eliminar aquellas correcciones al principio democrático nacidas en una época de desconfianza de la voluntad popular y recelo hacia los partidos políticos*.

Este programa de *normalización democrática* no responde al capricho o a carga ideológica alguna. Responde a la convicción de que, en todo orden de cosas, las disposiciones anormales o extraordinarias deben justificarse. Es necesario entender que, en el mundo del constitucionalismo democrático, las distorsiones a la voluntad democrática no son ni pueden ser azarosas; deben responder a una convicción profundamente compartida por todos los sectores de la sociedad acerca de la importancia de limitar la democracia en favor de ciertos valores más importantes, como por ejemplo, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El actual presidente Lagos lo expresó muy bien en un seminario realizado en 1995 en conmemoración del plebiscito de 1988: "queremos una democracia como se entiende en todo el mundo que es una democracia; nada más, pero nada menos".[29] Ése es el propósito de esta propuesta: nada más, pero nada menos que una democracia para Chile.

Bibliografía

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Derecho político español*, tomo I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997.

ARRIAGADA, Genaro, et al.: *A siete años del plebiscito del 5 de octubre de 1998*, Santiago: Corporación Justicia y Democracia y Fundación Chile 21, 1995.

BURKE, Edmund: "Reflexiones sobre la Revolución Francesa", en *Textos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

GUNTHER, Gerald: *Constitutional Law*, 12.ª ed., Nueva York: The Foundation Press, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1982.

SCHMITT, Carl: *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar, 1971.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Santiago: Jurídica, 1997.

— *Tratado de derecho constitucional*, tomo VII, Santiago: Jurídica, 2000.

---

[29] Genaro Arriagada et al.: *A siete años del plebiscito del 5 de octubre de 1998*, Santiago: Corporación Justicia y Democracia y Fundación Chile 21, 1995, p. 43.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago: Corporación Tiempo 2000, 1994.

— *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general*, Santiago: Biblioteca Americana, 2002.

Matthias Herdegen (Alemania) *

La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad

1. Los desafíos de un control judicial de reformas constitucionales

1.1. Implicaciones de legitimidad

El control de una Corte Constitucional llega a su apogeo cuando se dirige hacia una reforma de la Ley Fundamental. En esta función, también se maximiza para la jurisdicción constitucional el peligro de arriesgar su propia legitimidad —como el ambicioso de William Shakespeare que lanzándose al lomo del caballo cae al otro lado—, porque se enfrenta a un fortísimo poder desde una perspectiva democrática: el poder reformatorio de la Constitución.

El Consejo Constitucional de Francia, juzgando un referendo reformatorio, se refugió en la deferencia absoluta, la sumisión frente a lo que calificó como expresión de la soberanía del pueblo, actitud que hace recordar el jacobinismo de la revolución francesa.

Estamos, entonces, en un terreno espinoso donde hasta los ángeles pisan con temor. Pero este temor es un lujo que no se le permite al juez constitucional.

Desde una perspectiva tanto metajurídica como de una vista constitucional, influyen en concepto de la jurisdicción constitucional la visión del texto vigente como orden durable y la percepción del poder reformatorio.

---

* Director del Instituto del Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn. Profesor honorario de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor visitante del Colegio Mayor del Rosario y la de Uninorte; visitante, además, de la Escuela Global de Derecho en Nueva York y de la Sorbona de París. ‹herdegen@uni-bonn.de›.

1.2. Percepción del orden vigente y su resistencia a cambios

En el texto constitucional, el respeto por la Ley Fundamental —como orden durable y resistente a las coyunturas miopes del momento— compite con las necesidades de ajustar la obra constituyente a nuevos retos. Como dice el escritor colombiano Nicolás Gómez Dávila en sus *Escolios a un texto implícito:* "el tiempo modifica la topografía de nuestras convicciones".

De manera bastante fresca, Thomas Jefferson hace un llamado a no quedarse petrificado por veneración a generaciones pasadas:

> *Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human.* […] *I knew that age well.* […] *It was very like the present, but without the experience of the present.* […] *Let us follow no such examples, nor weakly believe that one generation is not capable as an other of taking care of itself, and of ordering its own affairs.*[1]

Por otro lado, podemos fácilmente invertir esta admonición en una demanda a no ceder ante modas efímeras.

1.3. Concepto de la jurisdicción constitucional

Cada país y cada generación se forjan su propio concepto de la jurisdicción constitucional y sus relaciones con los poderes políticos a la luz del texto de la Constitución. En los países occidentales, con una fuerte Corte Constitucional, esas visiones cubren un panorama amplio de expectativas diferentes: desde la Corte Constitucional que actúa con mayor *self-restraint* frente a preferencias socioeconómicas corroboradas en mecanismos democráticos, o bien, al contrario, como tejedor activo de un corsé de valores constitucionales, hasta la Corte como taller de reparación de defectos.

A pesar de todas las divergencias, existen perspectivas comunes. Consideramos nuestras Cortes Constitucionales no como voz auténtica de la Constitución, sino como autoridad máxima en su interpretación, con libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones. Coincidimos en reconocer a la Corte Constitucional como último guardián de los derechos fundamentales y del balance entre los poderes públicos. Esta visión repercutirá en la jurisdicción sobre actos reformatorios de la Constitución.

2. El control formal

2.1. Un escrutinio estricto

El control formal exige, por su naturaleza, un escrutinio estricto, porque se trata de verificar si el acto bajo examen judicial es o no expresión auténtica del

[1] T. Jefferson, carta a S. Kercheval (julio de 1816), en M. Peterson (ed.): *The Portable Thomas Jefferson*, 1975, pp. 558 ss.

poder reformatorio. Ninguna consideración de legitimidad o de deferencia judicial frente al poder representativo o al mismo voto popular podría justificar un llamado *judicial self-restraint* en cuanto al procedimiento requerido por la ley Fundamental.

Se entiende que cada control formal exige un examen riguroso de los requisitos que la Constitución estipula en términos explícitos.

2.2. Elementos del debido proceso

La problemática del control formal va más allá de los requisitos explícitos. Más bien, se trata de clarificar si la Constitución en términos implícitos consagra elementos de un debido proceso de la misma reforma constitucional.

Estos elementos del debido proceso tienen varias fuentes en nuestras constituciones:

- el principio democrático exige que la formación de la voluntad política se haga libre de presiones o incentivos manipulatorios;
- los derechos políticos del ciudadano igualmente se oponen a la distorsión de la voluntad en los órganos representativos;
- la separación de los poderes impide que la rama ejecutiva se apodere del poder legislativo y la convierta en un brazo extendido del gobierno.

Es obvio que en la postulación del debido proceso las normas sustantivas de la Constitución irradian ciertos estándares sobre los requisitos formales.

En el caso de la reforma en pro de la reelección del presidente, toda la parafernalia en manos del mandatario en ejercicio repercute en el propio proceso de modificar la Constitución, si la reforma intenta beneficiar al mandatario en ejercicio. Por otro lado, no sería pertinente argumentar con meras presunciones para fundamentar vicios allegados. Estos aspectos hacen parte de la dimensión formal de una reforma constitucional. Harían parte de un escrutinio formal si la reforma aprobada refleja de manera auténtica la voluntad del poder reformatorio. Dependerá de este escrutinio si tal reforma es plenamente vigente y si, quizás, exige una interpretación restrictiva de conformidad con la Constitución (limitando sus efectos en el tiempo). Corresponde al analista cuidarse de cualquier conclusión rápida.

3. El control sustantivo: la Corte Constitucional como guardián de un núcleo intocable del orden constitucional

En máximo grado se desempeña una Corte Constitucional como vigilante sobre la Constitución cuando controla actos reformatorios de la Constitución. Un escrutinio de fondo entra en conflicto con los principios elementales de cada democracia. Por esta razón, tanto el reclamo de tal control sustantivo como el ejercicio de tal poder

excepcional requieren de una altísima dosis de prudencia. Además, requieren mucha diligencia en su justificación argumentativa para protegerse contra sospechas de exceder su mandato constitucional frente a mayorías calificadas o frente a un referendo como expresión directa de la voluntad del pueblo.

Por su carácter excepcional y algo misterioso, el escrutinio de fondo siempre fascinó tanto a la doctrina constitucional y a la clase política en aquellos países con una fuerte jurisdicción constitucional, donde se concibe el poder reformatorio como poder constitucionalmente limitado. En términos políticos, es la última esperanza de una minoría derrotada que se considera exponente de un principio básico de la Ley Fundamental que una reforma amenace.

En Colombia, el debate sobre la reelección inmediata del primer mandatario y la constitucionalidad de esta reforma alimentaron una controversia sobre la existencia de un núcleo intocable de la Constitución y su defensa por la Corte Constitucional.

El concepto de una especie de *tabú* constitucional, es decir, de núcleo de principios sacrosantos dentro de un ordenamiento constitucional, remonta a la doctrina constitucional de Alemania bajo la llamada Constitución de Weimar (1919). Se consideró que ciertos principios identificadores del orden constitucional que expresan sus grandes ideas directrices no se pueden sacrificar por mera reforma de la Constitución, mientras la misma Constitución sigue en vigencia.[2]

Según ese concepto, tal desfiguración acabaría con la Constitución como orden consistente, le robaría casi su razón de ser. En consecuencia, una Constitución republicana no permitiría el establecimiento de una monarquía hereditaria. Una Constitución federal excluiría la eliminación de los estados federados en pro de un sistema centralista, mediante reforma constitucional. Una Constitución que garantice plenamente la neutralidad espiritual del Estado no podría cambiarse para establecer una iglesia del Estado. Afectará el núcleo de una Constitución la eliminación o erosión de derechos fundamentales imprescindibles para un orden pluralista. Será también precario el intento de acabar con la Corte Constitucional o de cortar radicalmente la protección judicial del ciudadano.

Si nos remontamos a la historia de Alemania, el destino de la Constitución de Weimar (que no limitó en términos explícitos reformas depravadoras) nefastamente ratificó la advertencia de entregar la esencia del orden constitucional contra el libre juego de mayorías calificadas siempre y cuando se cumplieran los requisitos formales. Tan pronto como el régimen nacionalsocialista llegó al poder, persuadió al Parlamento de otorgar, mediante una ley reformatoria,[3] el poder legislativo al gobierno nacional. Así, el gobierno logró autoautorizarse a través de sus propias leyes. No existía una

---

[2] Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, 1928, pp. 102 ss.

[3] Técnicamente se trató de un cambio implícito de la Constitución de Weimar, es decir, la ley se autorizó en el procedimiento necesario para una reforma, sin modificar el texto de la Constitución. Tal cambio implícito se consideró permisible en la época.

fuerte jurisdicción constitucional dispuesta a controlar la vigencia de tal ruptura con la separación de poderes. La constitución de Weimar se convirtió en una cáscara dentro de la cual se estableció el Tercer Reich. De esta manera expiró la primera Constitución democrática de Alemania, que jamás fue derogada formalmente.

La Ley Fundamental de Alemania de 1949 reaccionó ante ese trauma histórico con una norma que prohíbe la derogación de ciertos principios elementales como el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos "inviolables e inalienables", el principio del Estado social de derecho, la división de poderes y la estructura federal (artículo 79, § 3).

Hasta hoy, hay pocas constituciones con similares cláusulas de intocalibidad. Bajo constituciones que desconocen tal norma protectora, cualquier control sustantivo se fundamentará en una construcción precaria, basada en un mandato implícito para defender el núcleo intocable.

La justificación de tal mandato implícito crece en su valor argumentativo con la evidencia de que una reforma depravará el patrimonio común del Estado democrático de derecho. La historia del constitucionalismo alemán también enseña que falta mantener las proporciones y cuidarse de establecer paralelos entre reformas controvertidas dentro de un sistema durablemente democrático, por un lado, y pasos hacia la dictadura, por el otro.

En Alemania, la jurisprudencia de la Corte Constitucional convirtió la "cláusula de intocabilidad" de la Ley Fundamantal en una base para un control bastante extenso de actos reformatorios de la Constitución. Así, la Corte alemana afirma que tanto el poder constituyente original, como el poder reformatorio "no pueden desconocer exigencias elementales de justicia", en particular la prohibición de la arbitrariedad.[4] Esta jurisprudencia abre el camino para un papel activista de la Corte frente a reformas de la Constitución. Hace parte de este papel activista la posible interpretación de leyes reformatorias de conformidad con la Constitución y a la luz de su núcleo intocable.[5]

En Colombia, sólo mirando la letra de la Carta de 1991, un observador cándido concluirá que el control de la Corte Constitucional es muy fragmentario. La Constitución colombiana de 1991 limita, en el artículo 241, el control de actos reformatorios a "vicios de procedimiento". Esta limitación del escrutinio de la Corte Constitucional no es un argumento concluyente contra la existencia de un núcleo de principios intocables, pero sí es un argumento fuerte contra su defensa por la Corte. Por otro lado, se podría sustentar que una modificación depravadora, que manifiestamente atentara contra los fundamentos del Estado democrático de derecho, saldría del poder reformatorio y se convertiría en la usurpación del poder constituyente en el pleno sentido original.

---

[4] Corte Federal Constitucional, colección de decisiones, t. 84, 90 (121).

[5] Corte Federal Constitucional, colección de decisiones, t . 30,1 (17 ss.).

En una jurisprudencia bastante recursiva, la Corte Constitucional de Colombia distingue entre poder de reforma como emanación de un *poder constituido* y el poder constituyente original. La Corte colombiana entiende que ese poder de reforma constituido está sometido a "límites constitucionales" que resultan de la "integridad" de la Constitución, es decir, de su esencia como ente consistente.[6]

A raíz de esa exégesis, sin duda inspirada por la doctrina alemana, la Corte colombiana logró neutralizar hasta cierto punto la restricción de su control a un escrutinio formal. Con base en criterios sustantivos de intocabilidad de la Carta Política durante su vigencia, la Corte Constitucional limita las propias limitaciones que le impone el texto constitucional.

De todas maneras, la rama judicial, cuando interpreta normas que resultan de una reforma constitucional, puede fundamentar su interpretación en la presunción que el poder reformatorio no intentó romper los principios imprescindibles para un Estado democrático de derecho. Eso es nada más que la interpretación de actos reformatorios con referencia a los principios elementales del orden vigente.

Según estos criterios, sería atrevido argumentar en términos jurídicos en contra de la reelección del jefe del Poder Ejecutivo como tal. Incluso la reelección inmediata ciertamente no ataca los principios democráticos.

Por otro lado, se presentan graves interrogantes sobre si habría una deformación arbitraria del proceso electoral en caso de que al mismo tiempo se eliminaran del campo de batalla todos los mandatarios y funcionarios de alto rango en ejercicio, salvo el máximo mandatario. Tal beneficio manifiestamente discriminatorio en pro del jefe del Poder Ejecutivo es más que una falta de consistencia y más que un premio ilegítimo sobre la posesión legal del poder. Es una ruptura con elementales principios de igualdad en el sistema electoral. Tal ruptura es un asalto a la esencia del proceso democrático. Por lo menos le dará un contundente golpe al mentón.

Fuera y por encima de este escenario concreto se impone una regla de oro vigente para todo control de actos reformatorios de una Constitución: Solamente procediendo con mayor circunspección y diligencia en ese espinoso terreno, nuestras Cortes Constitucionales pueden salvaguardarse contra la crítica de arrogarse un poder que excede su mandato constitucional. Que enfrenten este terreno entonces con prudencia, pero sin temor.

---

[6] Corte Constitucional, sentencia C-551 del 9 de julio de 2003.

Laura Zúñiga Rodríguez (España) *

Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información. La situación en España y Perú **

1. Delimitación conceptual y metodológica

1.1. Relevancia del derecho comparado

El abordar un tema teniendo en cuenta distintas realidades jurídicas constituye una herramienta útil para plantear soluciones ya elaboradas en otros ordenamientos jurídicos. Este ejercicio de análisis, por supuesto, no está exento de dificultades, dado que el método del derecho comparado supone necesariamente constatar puntos comunes y divergentes entre dos derechos y dos realidades distintas. Ello podría ser vano si no se tratase, como es el caso, de realidades con un fondo común y con proyectos constitucionales similares, esto es, con modelos de sociedades que tienen como ideal el Estado democrático de derecho (artículo 1.1 de la Constitución española [CE], artículo 43 de la Constitución peruana [CP]).

Las comparaciones no sólo pueden ser esclarecedoras sobre fallos, carencias de los propios sistemas, sino también pueden ser un instrumento metodológico para mejorar regulaciones que se han demostrado disfuncionales para el fin con que fueron creadas, así como para armonizar regulaciones, tan relevante en los momentos actuales de aproximación de las formas de vida de los países de nuestra cultura occidental, proceso social al que denominamos *globalización*. Cada vez es más evidente, sobre todo en el ámbito de la trasnacionalización de la criminalidad organizada, la necesidad de que los jueces conozcan otras legislaciones y, por tanto, otros sistemas judiciales, con el fin de lograr una cooperación judicial efectiva.[1]

---

* Profesora titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca. ‹lzr@usal.es›

** Este trabajo tiene como origen un informe sobre la reforma judicial comparada, requerido en octubre del 2003 por el Centro de Investigaciones Parlamentarias de Perú, expuesto también en el Forum Reforma del Poder Judicial, realizado los días 3 y 4 de octubre de 2003 en la Ciudad de Trujillo (Perú).

[1] En Europa este proceso de armonización de las regulaciones penales y, especialmente, los mecanismos procesales para agilizar la cooperación judicial, superando el clásico sistema de extradicio-

El método del derecho comparado como instrumento para buscar soluciones comunes a problemas comunes está adquiriendo cada vez más relevancia, toda vez que la comunicación y la información en las sociedades modernas implica mirar hacia otras latitudes, ampliar los horizontes de análisis contemplando nuevas realidades y nuevas soluciones. Una *dimensión dinámica* de la comparación —esto es, un estudio no sólo de la norma jurídica, sino también el análisis de la realidad prejurídica y de las instituciones implicadas en ese derecho positivo— puede constituir un aporte fundamental, especialmente en procesos de reformas jurídicas, en los que se hace más acuciante observar modelos, principios y, en general distintas respuestas.

Ahora bien, estudiar la reforma judicial desde un punto de vista comparado no puede dejar de lado los diferentes puntos de partida: mientras que en España se trata de un proceso constitucional consolidado a lo largo de por lo menos 25 años,[2] en el caso del Perú hablamos de una democracia muy joven si tenemos en cuenta que fue restaurada en el año 2000. Pero también pueden subrayarse aspectos similares: en ambos casos se habla de *crisis de la justicia*.[3] Los ciudadanos españoles, en recientes encuestas, desaprobaban la administración de justicia española, mientras que en Perú recientes escándalos judiciales han puesto en el tapete a la justicia peruana, ya de por sí desgastada por la continua interferencia de los otros poderes del Estado.

1.2. ¿Por qué reformar la Justicia?

O ¿por qué la reforma judicial sigue siendo una tarea pendiente en España y en Perú? O, quizás, ¿la reforma judicial es siempre un reto inacabado? Son cuestiones sin duda complejas, que comprometen diversas áreas de reflexión y, por tanto, distin-

---

nes, ha sido potenciado especialmente desde el Tratado de Ámsterdam de 1998, donde se refuerza el tercer pilar de la integración europea, en materia de justicia y seguridad. De esa fecha en adelante, se ha creado la Europol (Policía Europea) y se ha aprobado la Euroorden, una orden de detención válida para todos los países de la Unión Europea. Indudablemente, estos acuerdos de integración afectan a la estructura y organización tradicionales de los Estados miembros.

[2] Aunque no exento de importantes escollos, como por ejemplo el Plan Ibarretxe, la propuesta del Gobierno Nacionalista Vasco, que en un ejercicio cuestionable de soberanía propia ha planteado un proceso de reforma de sus propios estatutos encaminada a un programa de elección popular de independencia del País Vasco. Como puede suponerse, este planteamiento constituye una grave arremetida contra el proyecto constitucional de 1978, uno de cuyos principios fundamentales reconocidos era la unidad de España. En el proyecto final la propuesta establece, como no podía ser de otro modo en la lógica independentista, un Poder Judicial autónomo.

[3] Debo advertir que la palabra *crisis* resulta ya muy manida. Es preferible pensar en procesos sociales de transformación que no acaban de cuajar y cuyo déficit de soluciones resulta particularmente evidente. Se habla de la crisis de la justicia en Perú desde siempre. Ésta es una muestra más de la extraordinaria imbricación de la problemática administración de justicia con los procesos sociales y políticos vividos en el país, vinculación que, por otro lado, existe también en cualquier otro país.

tas clases de conocimientos, a saber: teoría del Estado, derecho constitucional, derecho político, sociología, entre otras. Estamos ante un tema, pues, imposible de adscribir incluso a una de las tradicionales ramas del conocimiento del derecho, motivo por el cual también ha sido históricamente relegado al rincón del olvido. Indagar en el baúl de un asunto que debe ser abordado, por tanto, desde una perspectiva interdisciplinar no es nada común ni exento de dificultades. Los escollos, por otro lado, no sólo vienen de las dificultades de aprehender un tema comprometiendo diversos campos de estudio, sino también, y esto es lo más importante, de cierta funcionalidad del olvido para los propios poderes gobernantes,[4] para quienes remover la cuestión judicial puede resultar contraproducente respecto a sus particulares intereses políticos.[5]

¿Cuáles son los síntomas de estas crisis o por qué reformar la justicia? Ante todo, para diagnosticar una crisis o evaluar una reforma existe un juicio previo de mal funcionamiento o carencias, en este caso, de la administración de justicia. Esto es, existe una opinión negativa de determinados síntomas, contrarios a lo que sería el "correcto funcionamiento" de los sistemas judiciales. Toda reforma parte, pues, de una evaluación del estado de la justicia en cada país.[6] Como bien ha puesto de manifiesto Pásara, existen serias dificultades metodológicas para medir el funcionamiento real de los sistemas de justicia. No existen *indicadores objetivos* que sean idóneos para mostrar la cantidad ni la calidad de la justicia en cada país, pues los datos reales sólo pueden dar información sobre el funcionamiento real de la justicia, no sobre su valoración. La valoración de la justicia generalmente se refiere a *la imagen de la justicia*, esto es, a la percepción que diversos actores tienen del funcionamiento general de la justicia o de algunos de sus rasgos,[7] percepción que no siempre correspon-

---

[4] La escasez de estudios sobre la cuestión judicial en general es patente en toda Latinoamérica. Así lo puso de manifiesto E. Raúl Zaffaroni en la conferencia impartida en la clausura de los XIV Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca, el 24 de enero del 2004. Con la agudeza intelectual ya sobradamente conocida del actual presidente de la Corte Suprema de Argentina, éste destacó que las omisiones en este campo no son ingenuas: "Los discursos no sólo se valoran por lo que dicen, sino también por lo que callan".

[5] Cualquier estudio sobre la cuestión judicial no puede desconocer que el estatus jurídico y real de los jueces en un Estado determinado tiene repercusiones directas en el Poder Ejecutivo. Históricamente, la tendencia de los gobernantes ha sido la de diseñar mecanismos para poder seleccionar jueces a su medida, que no les sean incómodos a la hora de tomar decisiones políticas que desbordan la legalidad. El caso más flagrante lo tenemos en la Italia actual, donde el primer ministro Silvio Berlusconi, aprovechando de su mayoría parlamentaria, ha promulgado leyes de amnistía, de competencia y demás tretas para sortear la investigación judicial sobre sus presuntos negocios ilícitos.

[6] Cf. Luis Pásara: "Como evaluar el estado de la justicia", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›.

[7] Una encuesta hecha por el Consejo General del Poder Judicial español refleja la distinta valoración de la justicia según sean los justiciables o los jueces los encuestados. Mientras los justiciables suspenden con un 4,9 sobre 10 al sistema de justicia español, los magistrados se muestran más benévolos con su trabajo: un 46% considera que la situación actual de la justicia en España es "buena o muy buena". Los jueces destacan como su mayor activo su grado de independencia respecto a los poderes políticos y sociales, que califican con un notable alto (8,4 sobre 10). *El País*, 12 de septiembre de 2003.

de con la realidad. Claro está que difícilmente se puede trabajar de manera racional con este dato, porque la imagen de la justicia dependerá de muchos factores, como la calidad del actor social (el ciudadano, el propio juez, los empresarios, etcétera), los medios de comunicación, las expectativas de los ciudadanos hacia la institución, la imagen que existe de los otros poderes del Estado, etcétera.[8]

De ahí que metodológicamente sea recomendable, con todo lo discutible que pueda ser, trabajar con los factores que se muestran como síntomas de la insatisfacción ciudadana, lo que se ha dado en llamar *crisis*. Tanto en el caso español como en el peruano, los síntomas de esta crisis se han mostrado muy similares. Se puede sostener, por tanto, que se trata de problemas comunes, aunque seguramente de distinta dimensión: ausencia de independencia frente a los otros poderes e instituciones del Estado, falta de imparcialidad de jueces y fiscales, lentitud para resolver los conflictos, alejamiento del justiciable, escasa participación ciudadana en la administración de justicia, excesiva burocratización de la justicia, tanto en lo referente a organización como a procedimientos, escasez de recursos materiales, carencia de nuevas tecnologías, etcétera. En suma, las tres grandes lacras que se achacan a la justicia son: lentitud, falta de imparcialidad y corrupción.[9]

1.3. ¿Cómo reformar la justicia?

Una vez detectados los síntomas de la crisis, es preciso diseñar estrategias para conjurarla. Nuevamente nos enfrentamos a cuestiones controvertidas y valorativas que deben ser racionalizadas y sistematizadas. Evidentemente, se podrían plantear soluciones a cada problema concreto de la justicia, pero esto, además de ser largo y costoso, significaría propuestas parciales que poco incidirían en la organización de la administración de justicia. En realidad, la reforma judicial se presenta como un puzzle gigante con diferentes piezas, en las que todas deben encajar para dar armonía al todo. Pues bien, sólo una reforma integral de la administración de justicia puede garantizar hoy una verdadera transformación de la justicia, ya que cada pieza del engranaje tiene implicaciones en las otras. La noción de *sistema* (en este caso, de justicia),

---

[8] En Perú, no escapan al análisis las incidencias en la imagen de la justicia después de publicarse el Informe Final de la Comisión de la Verdad, en septiembre del 2003. Este documento, que constituye el trabajo de investigación más serio y documentado sobre la década de violencia vivida en el país, y quizás de la historia republicana del Perú, como no podía ser de otra manera, cuestiona la actuación de la administración de justicia en esos años, afirmando: "El sistema judicial no cumplió con su misión adecuadamente, ni para la condena dentro de la ley de las acciones de los grupos subversivos, ni para la cautela de los derechos de las personas detenidas, ni para poner coto a la impunidad con que actuaban los agentes del Estado que cometían graves violaciones de los derechos humanos" (conclusión 123).

[9] Cf. Luis Pásara: "El conflicto entre medios de comunicación y justicia", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›, p. 1: "En casi toda América Latina, la percepción social sobre la justicia —con niveles de variación que corresponden a la situación de cada país— le adjudica lentitud, complacencia con el poder y corrupción".

diseñada por la teoría sociológica de sistemas,[10] es conceptualmente útil para comprender las implicaciones funcionales de los diversos componentes de la organización judicial, en que sus vinculaciones se retroalimentan.

Además, la reforma judicial se ha convertido en una pieza clave en la remodelación del Estado, a los efectos de potenciar una verdadera democratización de las sociedades. En el fino equilibrio de poderes que constituye el Estado de derecho, el funcionamiento del Poder Judicial constituye un motor imprescindible en los procesos de institucionalización que se requieren para lograr mayores cuotas de participación ciudadana. La centralidad de la administración de justicia en las democracias se explica porque es el terreno donde se hace patente el respeto a la legalidad y la equidad, principios fundamentales del ideal democrático.[11] Es bastante consensuado que, una vez que se han formalizado estos principios democráticos en los textos constitucionales, deben construirse las condiciones materiales para su efectiva realización.[12]

En un Estado de derecho, o para la construcción de un verdadero Estado democrático, es fundamental que los ciudadanos crean en su justicia, tengan confianza en sus instituciones, ya que es uno de sus derechos fundamentales más preciados el poder acudir a un árbitro público e imparcial que resuelva sus conflictos definitivamente. En España, puesto que la Justicia es uno de los valores superiores del Estado (artículo 1 de la CE), los ciudadanos tienen un auténtico *derecho subjetivo* a que el poder público se organice de modo de garantizarles mínimamente el acceso a la justicia.[13]

---

[10] Creada por Luhmann, entiende que la sociedad es un todo, un sistema en el cual los elementos singulares (subsistemas) desempeñan determinadas funciones que tienen implicaciones entre sí. Véase Niklas Luhmann: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Pappe y Erker, Barcelona: Anthropos, 2.ª ed., 1998. Ahora bien, no se asumen las valoraciones justificantes que adopta la teoría luhmaniana cuando pretende legitimar determinados sistemas sociales como autorregulados. Como bien apunta Habermas, la teoría de Luhmann "entremezcla subjetivamente las cuestiones sobre la verdad", no puede "tematizar adecuadamente la diferencia entre ser y deber ser, entre verdad y rectitud". Cf. Karl Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid: Ariel, 1994, p. 189.

[11] En sentido similar Luis Pásara: "Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›, p. 4.

[12] Diversos analistas coinciden en que la reforma judicial es parte del proceso de consolidación del Estado de derecho en América Latina, proceso necesario para el desarrollo social y económico de las sociedades latinoamericanas. Véase Enrique V. Iglesias: "Estado de derecho, crecimiento y equidad", en *El País*, 22 de octubre del 2003. El presidente del Banco Interamericano de Desarrollo afirma: "La reforma judicial orientada a consolidar el Estado de derecho es parte central de la agenda de desarrollo de los países de América Latina, pues se le considera condición indispensable para el crecimiento y la equidad".

[13] Porque se trata de un verdadero derecho subjetivo del ciudadano, el Ministerio de Justicia ha elaborado una *Carta de los derechos de los ciudadanos ante la Justicia*. Este documento fue aprobado por unanimidad por el Congreso de los Diputados el 16 de abril del 2002, dentro del Pacto de Estado para la Justicia firmado el 28 de mayo del 2001. Según esta Carta los ciudadanos tienen derecho a:

- Recibir una información transparente sobre el funcionamiento de los tribunales, los requisitos genéricos de los distintos procedimientos, el contenido de las distintas leyes, así como sobre el contenido y estado del proceso en el que tenga interés legítimo.

Es el *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva* (artículo 24.1 de la CE), que tiene el rango constitucional de primer orden, pues le asisten todas las garantías reforzadas de los derechos fundamentales de las personas, como el amparo.[14] De este derecho deriva una serie de *garantías del justiciable*: a la publicidad de los procesos, a la motivación de la sentencia, a la gratuidad, a la doble instancia, a la indemnización en caso de error judicial, etcétera. En el caso peruano, el derecho al debido proceso (artículo 139.3 de la CP), es considerado uno de los principios de la función jurisdiccional, sin tener el rango de derecho fundamental de las personas, por lo que sería importante también entenderlo como un derecho subjetivo desde la perspectiva del justiciable. Esto es, no es sólo un principio del ejercicio de la función jurisdiccional, sino que también, y sobre todo, es un derecho fundamental exigible por los instrumentos jurídicos a los poderes públicos.

El fundamento básico de este derecho se encuentra en el hecho de que a las personas se les ha prohibido satisfacer por sus propios medios sus expectativas jurídicas, con el fin de asegurar el imperio de una misma ley en toda la sociedad. Pero, en compensación a esta prohibición, debe garantizarse al ciudadano el acceso a la defensa de sus intereses jurídicamente amparables. Dicho en otros términos: no puede prohibírsele al ciudadano administrar justicia por su propia mano y, a la vez, no dotarlo de un sistema de administración de justicia que le garantice la posibilidad de una

---

- Un lenguaje sencillo y comprensible para todos, especialmente cuando no sea obligatoria la intervención de abogados y procuradores.
- Ser atendidos de forma respetuosa y puntual, e informados de las causas del retraso o de la suspensión del proceso.
- Formular quejas y sugerencias sobre el incorrecto funcionamiento de la justicia.
- El empleo de las nuevas tecnologías, que agilizará los procedimientos y facilitará la comunicación con la administración de justicia.
- La víctima del delito debe ser protegida de forma inmediata y efectiva, evitando que coincida con su agresor, y a ser informada sobre su papel en el proceso penal.
- Uso de intérprete para asegurar que el extranjero inmigrante en España comprende el significado y la trascendencia de la actuación en la que participe.
- Un servicio de calidad de abogados y procuradores para con sus clientes, quienes tienen derecho a denunciar las conductas contrarias a la deontología profesional y a conocer la sanción impuesta.
- Ser informados por sus abogados y procuradores de forma precisa sobre la evolución del procedimiento, su coste y la forma de pago.
- Una justicia gratuita y de calidad, para lo que se adoptarán medidas que incluyan la formación de los profesionales.

Evidentemente, esta Carta de derechos puede quedar en el terreno del desiderátum si no existe la voluntad política para hacerla efectiva. Sin embargo, el Pacto de Estado por la Justicia es una prueba de que los políticos en España han comprendido que la modernización de la administración de justicia es una tarea imprescindible.

[14] Véase por todos, Ángela Figueruelo Burrieza: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, pássim.

resolución justa de sus conflictos. Así, un sistema de administración de justicia corrupto e injusto resulta disfuncional [15] a todo el sistema de relaciones ciudano-Estado plasmado en la organización constitucional y produce preocupantes índices de *anomia*[16] en el entramado social.[17]

No cabe duda de que el desencanto de los ciudadanos en muchas sociedades latinoamericanas está ligado al funcionamiento del Poder Judicial,[18] porque existe la percepción fundada de que la lacra de la corrupción, con todas sus secuelas de abuso de poder, falta de equidad, favoritismo y enriquecimiento ilícito, no está siendo atajada con los instrumentos institucionales del tan ansiado Estado democrático de derecho. El fenómeno de la corrupción,[19] que en el Perú ha tenido dimensiones institucionales sin parangón en la propia historia peruana ni en otros países latinoamericanos, gravita pues en la percepción que tienen los ciudadanos de su justicia, por un doble efecto: primero, se considera que el propio Poder Judicial posee elementos corruptos que traicionan la equidad de las resoluciones judiciales, favoreciendo siempre al más poderoso; segundo, se estima que los corruptos no son sancionados con justicia,[20] con lo

---

[15] Cf. Anthony Guiddens: *Sociología*, Madrid: Alianza, 1998 (1.ª ed. en "Manuales"), p. 746: "Influencias sociales que tienden a ser perturbadoras o desintegradoras".

[16] Es un concepto acuñado por Durkheim y que se ha hecho de uso común en la sociología para denotar la pérdida de influencia de las normas sociales sobre el comportamiento del individuo. Cf. Giddens: o. cit., p. 742.

[17] Los casos de linchamientos populares, patrullas ciudadanas, justicia por mano propia, paramilitares, guerrillas, etcétera, no son otra cosa que un índice de la anomia de los países latinoamericanos, incapaces de establecer una organización política que satisfaga las expectativas de la mayoría de los ciudadanos.

[18] En Argentina la corrupción judicial ha sido parte del detonante de los descontentos ocasionados tras la bancarrota decretada por el Estado en el 2001. La cúpula judicial, la Corte Suprema argentina, estaba dirigida por el socio del estudio jurídico de Menem, nombrado sin ninguna regla de equidad. De ahí que el presidente Kirchner, con buen tino, propuso como presidente de la Suprema Corte a uno de los juristas más reputados de Latinoamérica, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien después de un proceso público de discusión (publicación de sus méritos, bienes, honores, etcétera) fue finalmente nombrado.

[19] Que está presente en mayor o menor medida en casi todos los países democráticos, incluso en aquellos con gran tradición democrática. Pero, como bien señala Andrés Ibáñez, no se trata de una simple anécdota, sino que pasa a "constituir un nuevo fenómeno macroscópico de degradación criminal del poder […] no se trata de episodios aislados de irregularidad en el manejo de los recursos estatales, sino de la apertura de todo un espacio *público* subterráneo, realmente franco de derecho, en el que una parte sustantiva de aquéllos se desvían a zonas opacas de la actividad política […] De este modo, bien puede decirse, una parte significativa de la política real se hace *clandestina*, y, por su importancia, condiciona desde ese plano las vicisitudes regulares de la política en acto en los espacios formal-constitucional". Cf. Perfecto Andrés Ibáñez: "Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía", en *Jueces para la Democracia*, n.º 48, 2003, p. 32. El matrimonio entre criminalidad del poder, criminalidad económica y criminalidad organizada es uno de los temas más acuciantes de la política criminal actual.

[20] Como una excepción notable a la tradicional impunidad, debe mencionarse la persecución penal diseñada por la Procuraduría del Estado, encabezada primero por José Ugaz y luego por Luis Vargas, contra la organización criminal establecida por Fujimori y Montesinos.

que se ampara la impunidad, cuyo efecto no es otro que retroalimentar la corrupción. Así se conculcan los dos pilares del Estado de derecho: la división de poderes o imparcialidad de uno de los Poderes del Estado, y el respeto de los derechos fundamentales o equidad.

Y es que las relaciones humanas modernas, caracterizadas por una cadena ininterrumpida de relaciones jurídicas, necesita un mínimo de *previsibilidad*, para saber si sus pactos se cumplen, si sus derechos serán o no reconocidos por alguna institución pública, en suma, para saber si funciona o no la maquinaria del Estado. Es lo que denominamos *seguridad jurídica*,[21] que es resultado tanto del marco jurídico, de la ley, como de quien interpreta y aplica ese marco jurídico, el juez.[22] Especialmente para sociedades en pos de conseguir el desarrollo social y económico, como la peruana, la seguridad jurídica expresada por reglas claras e instituciones serias e imparciales constituye elemento esencial para conseguir cuotas de credibilidad en este mercado implacable de la globalización.[23]

---

[21] Seguridad jurídica tiene un doble significado: 1) la seguridad por medio del derecho, defensa contra robos, asesinatos, violaciones, etcétera; 2) la seguridad del derecho mismo, la garantía de su posibilidad de conocimiento, de su operatividad, de su aplicabilidad. Hay seguridad jurídica por medio del derecho únicamente cuando el derecho mismo ofrece certeza. En su segunda forma, la seguridad jurídica se refiere a la eficacia del derecho. Cf. Arthur Kauffmann: *Filosofía del derecho*, trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999 (trad. de la 2.ª ed. alemana), p. 349.

[22] Como se ha dicho tantas veces, de nada valen magníficas leyes sin buenos jueces, y mil veces son preferibles buenos jueces a buenas leyes, porque finalmente quienes las aplican e interpretan son los jueces. Aquí nos enfrentamos con el gran dilema de los ilustrados que ha dado pie a grandes discusiones: ¿Cuál es el mejor gobierno: el de las leyes o el de los hombres? Los ilustrados se decantaron claramente por el gobierno de las leyes. En la medida en que el Estado democrático de derecho delinea las funciones de los jueces dentro de un marco normativo, esta disyuntiva es falaz, porque precisamente de lo que se trata es de establecer ese marco normativo, para construir unas funciones judiciales ancladas en los derechos constitucionales. Sobre este punto me extenderé más al abordar el tema del elemento humano en el Poder Judicial.

[23] Aunque con razón recuerda Pásara que no hay datos empíricos para demostrar una correlación clara entre justicia y desarrollo económico, porque se han dado casos de gran inversión extranjera en países cuyos gobiernos eran ampliamente corruptos, como ha sucedido con la Argentina de Menem y el Perú de Fujimori. Lo que sí es cierto es que "una justicia ineficiente, carente de independencia y/o corrupta supone un costo para el funcionamiento empresarial y de la economía", pero el autor resalta que ese costo no resulta central para decidir inversiones y negocios. Véase Luis Pásara: "Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia", en o. cit., p. 1. En contra, Enrique V. Iglesias, o. cit., para quien "no habrá confianza y seguridad jurídica sin confianza y estabilidad política democrática de largo plazo que elimine el riesgo de cambios abruptos en las reglas de juego". Hay que resaltar que después de la experiencia de bancarrota vivida en Argentina, producto de la cual los inversionistas extranjeros han visto mermadas sus expectativas de ganancias, difícilmente se pueda sostener que la previsibilidad política y jurídica no va a ser un ingrediente fundamental a tener en cuenta a la hora de invertir o establecer negocios.

Por lo tanto, hay que convenir que, en la división de poderes que caracteriza la construcción ideal de Estado democrático de derecho, el Poder Judicial es una pieza clave en el engranaje de fino equilibrio de funciones y responsabilidades que poseen las instituciones públicas, y los jueces tienen el singular privilegio de ser quienes definen la "verdad de la sociedad".[24] Corresponde a los jueces nada menos que la elevada función de tomar decisiones definitivas sobre los bienes jurídicos fundamentales de las personas, como la vida, la libertad y los conflictos que surgen en la sociedad entre ellos. Piénsese en la eutanasia, en los límites entre libertad de expresión y el derecho a la información, entre éste y la intimidad, entre la libertad y la seguridad en la red, en la ilegalización de asociaciones o partidos políticos con fines ilícitos, etcétera, todos ellos conflictos de la sociedad moderna.

Hay que tener en cuenta que, según nuestros sistemas legales, los jueces no son elegidos directamente por el pueblo, como sí sucede con los otros poderes del Estado —el Ejecutivo y el Legislativo—, lo cual supone siempre una suerte de alejamiento del ciudadano. Por eso, *el juez se legitima con el ejercicio de su función*, está constantemente en la mira de la opinión pública y sometido a presiones de los otros poderes del Estado, y de ahí también su *responsabilidad social e individual*. Como en toda institución democrática, el juez posee importantes funciones, pero también debe responder por el ejercicio de ellas ante la ciudadanía.

Llegados a este punto, puede convenirse que la función principal del sistema judicial es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político.[25] Entiéndase *estabilidad* como confianza, seguridad jurídica, previsibilidad, responsabilidad, autonomía e imparcialidad en el ejercicio de las funciones y por hacer cumplir las normas básicas del sistema social. Son precisamente aquellos aspectos en los que los poderes judiciales, especialmente de Latinoamérica, se han mostrado dramáticamente carenciales. De ahí su crisis y de ahí también una percepción ciudadana de descrédito y desconfianza a las instituciones democráticas en general.

Dotar a los jueces de los instrumentos jurídicos necesarios para realizar sus elevadas funciones sin quedar inermes frente a las fuerzas sociales y a los poderes fácticos (militares y económicos), garantizándoles independencia del poder político, es la principal tarea de una reforma judicial. Autonomía, pero no arbitrariedad; independencia del poder político, pero sujeción a las reglas básicas del sistema jurídico; independencia, pero responsabilidad por el ejercicio de sus funciones. Como bien afirma Garzón Valdés: "La única forma de escapar de la tentación de obtener ganancias

---

[24] Cf. Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2000, 7.ª ed., p. 735. Aquí reside la esencia de la función judicial. No en abstracto, sino en concreto. La verdad de la sociedad resulta de la combinación de la verdad legislativa y de la verdad judicial.

[25] Cf. Ernesto Garzón Valdés: "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", en *Jueces para la Democracia*, n.º 45, 2002, p. 45.

extraposicionales es protegerse con la coraza de la adhesión a las reglas y principios básicos del sistema normativo".[26]

¿Cómo impulsar la reforma judicial? O ¿quiénes deben ser los encargados en una sociedad para realizar un proceso de transformación real en la justicia? Si, como se ha dicho, el sistema judicial es una expresión del desarrollo democrático de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos y, por tanto, la reforma judicial es una pieza clave en la remodelación del Estado, las fuerzas sociales en su totalidad deben estar comprometidas en las transformaciones que se requieren para viabilizar un cambio real de la justicia. En España, uno de los hitos más importantes en el proceso de mejora y modernización del sistema judicial ha sido la firma del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por las dos grandes fuerzas políticas, el partido del gobierno, Partido Popular, y el partido de la oposición, Partido Socialista Obrero Español, el 28 de mayo de 2001.[27] En 21 puntos, el Pacto contempla todas las dificultades que se han puesto en evidencia a lo largo de la vigencia constitucional de la justicia en España y aúna las demandas de las "nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja y el incremento de la litigiosidad".[28] En Perú, el presidente de la República, Alejandro Toledo, anunció en su mensaje de Fiestas Patrias el "urgente llamado para la reforma del Poder Judicial" (28.7.2003),[29] que se ha hecho patente con la creación de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Justicia (CERIAJUS), en la que intervienen diversos representantes de la sociedad civil y política. Con anterioridad, el presidente de la Corte Suprema, Hugo Sivina, nombró a comienzos del año una Comisión de Reestructuración para la reforma judicial que ha trabajado en cuatro subcomisiones.[30] Es importante aprovechar este impulso, en el que también se está comprometiendo la sociedad civil,[31] para potenciar

---

[26] Ibídem.

[27] Véase en ‹http://www.mju.es›.

[28] Sin embargo, incidentes puntuales como la remoción del fiscal jefe Anticorrupción, Carlos Jiménez Villarejo, en junio del 2003, y el nombramiento del fiscal general del Estado, Jesús Cardena, próximo al partido de gobierno, han dado lugar a que el PSOE acuse al gobierno de incumplimiento del Pacto de la Justicia y de forzar la ruptura (*El País*, 19 de septiembre de 2003). Principalmente, los socialistas demandan la reforma del Estatuto Fiscal, el respeto a las competencias de la Fiscalía Anticorrupción y mayor dotación económica para modernizar la justicia. En cambio, se ha cumplido la puesta en marcha de *juicios rápidos* en el ámbito penal para delitos menores.

[29] Véase Ernesto de la Jara B.: "Mensaje presidencial al Poder Judicial", en *IDEELE, Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 156, 2003, pp. 12-14.

[30] Véanse los primeros Informes de las cuatro comisiones: de Reforma de la Justicia Penal, de Reforma de la Justicia Civil, de Política Anticorrupción y Ética Judicial y de Modernización del Despacho Judicial, que se hicieron públicos en julio del 2003. Cf. comentarios en *IDEELE, Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 156, 2003, pp. 36-43.

[31] En este sentido es de destacar el trabajo que está realizando Justicia Viva, que es un proyecto de "Participación y fiscalización ciudadana en la reforma judicial" ejecutado por un consorcio integrado por la Facultad y el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Asociación de Jueces por la Justicia y Democracia. Esta

una verdadera transformación de la justicia que sea un catalizador para la remodelación del Estado. En países en proceso de transición democrática, como Perú, la transformación tiene que ser paulatina pero segura, porque se trata de pasar de las reglas de un Estado dictatorial a las de otro Estado, de carácter democrático, en el que necesariamente tienen que pervivir —por un tiempo— instituciones y componente humano aún carentes de cultura cívica democrática.[32]

El hecho de que la administración de justicia se incardine en el equilibrio de poderes de la conformación del Estado, las elevadas funciones que desempeñan el Poder Judicial y los órganos afines a la administración de justicia, el privilegio de ser el árbitro imparcial de la sociedad y la responsabilidad que ello conlleva sólo pueden hacerse plenamente viables si se cumplen realmente una serie de principios que los constituyentes han querido blindar colocándolos en la Carta Magna.[33] Dichos instrumentos suelen expresarse en los dos ámbitos de los textos constitucionales:

- los principios relativos a la administración de justicia;
- la estructura organizativa del Poder Judicial y otras instituciones afines.

2. Los principios fundamentales de la administración de justicia

El más importante, sin duda, es *el principio de independencia judicial*. Es un principio fundamental, porque para ser viable requiere de la vigencia de otros subprincipios. Por distintas razones históricas, la intromisión del Poder Ejecutivo es la principal amenaza contra la labor del juez. La alternancia en el poder de las fuerzas democráticas constituye una experiencia tentadora para intervenir constantemente en la función judicial. Hoy en día, cuando gracias a las presiones sociales y a la valentía de algunos jueces[34] muchas conductas de corrupción económica y política están siendo

---

publicación electrónica fue posible a través del apoyo provisto por la Oficina de Iniciativas Democráticas de USAID. Las opiniones expresadas en ella pertenecen a sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de USAID ni del consorcio. Véase ‹http:www.justiciaviva.organización.pe›.

[32] En palabras de Ernesto Garzón Valdés: “Aplicando una metáfora, podría decirse que el régimen de transición se encuentra en un estado de enfermo convaleciente, es decir, de salud inestable. Esta salud inestable es consecuencia no sólo de la pervivencia de elementos normativos del sistema anterior sino también de la composición personal de los organismos de ‘control de calidad’. Lo primero suele dificultar la identificación de las reglas que definen la identidad del sistema y, por definición, su estabilidad; lo segundo reduce la confiabilidad de los organismos de control”. (Garzón Valdés: o. cit., p. 48).

[33] Así, para una reforma judicial integral necesariamente tiene que realizarse una reforma constitucional, porque, como se observará, para lograr una verdadera independencia judicial y que el Poder Judicial cumpla con sus elevadas funciones es preciso regular una serie de principios constitucionales, instituciones afines, mecanismos de garantías como el amparo y la acción de inconstitucionalidad, que finalmente supondrán un engranaje en el equilibrio de poderes de la configuración del Estado.

[34] Honestidad, valentía, sentido del deber, son valores que llevan a algunos jueces a perseguir penalmente asuntos que otrora quedaban en los rincones de alguna noticia económica o política, no sin

perseguidas penalmente, el poder político tiende a blindarse interviniendo en la labor judicial. No sólo sucede esto en países con democracias jóvenes, sino también en países con larga tradición democrática, como Francia e Italia. Emblemática ha sido la labor, en este sentido, del movimiento Manos Limpias en este último país. Establecer mecanismos jurídicos para prevenir influencias del Ejecutivo es una garantía para el desarrollo de las reglas del juego democrático, según el cual la ley es igual para todos, incluidos los poderes públicos que deben sujetarse al imperio del derecho.

Y es que con el desarrollo del Estado social, a diferencia del modelo del Estado Liberal, los jueces adquieren una dimensión mayor en el ejercicio de sus funciones: también tienen la labor de *control del gobierno y de la administración*,[35] en tanto árbitros públicos en las crecientes relaciones entre administración pública y administrado.[36] Este creciente protagonismo judicial,[37] que es propio del constitucionalismo moderno, en la medida en que la aplicación de los principios constitucionales está

---

una dosis de audacia, porque debe reconocerse que en muchos aspectos es una lucha desigual, de David contra Goliat, en la que el juez está sometido a presiones, amenazas, incluso de la propia vida o la de sus seres queridos. *El País Semanal* publicó a partir del 14 de septiembre del 2003 una serie de 11 capítulos intitulada "Los incorruptibles", en los que se relatan las experiencias de la propia cruzada que les tocó vivir. Jueces como Baltasar Garzón, que ordenó la detención del ex dictador Pinochet o procesó el caso GAL (terrorismo de Estado contra ETA); Alessandro di Pietro, fundador de Manos Limpias, quien procesó a Bettino Craxi (líder de la Democracia Cristiana) y a Silvio Berlusconi (actual primer ministro italiano); la fiscal del Tribunal para la antigua Yugoslavia, que está procesando a Slodovan Milosevich; o, Juana Méndez y Gertrudis Arias Gutiérrez, que abrieron proceso contra el ex presidente de Nicaragua Arnaldo Alemán, son todos casos recogidos en la serie.

[35] Cf. Ángela Figueruelo Burrieza: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999, p. 12. La autora además destaca que "con la aparición del Estado social hay que afirmar que la independencia judicial adquiere una nueva dimensión, pues es también un derecho subjetivo del ciudadano a un proceso imparcial exigiendo un gobierno propio del Poder Judicial" (p. 13). Esto conectará, entonces, con el gobierno del Poder Judicial que se desarrollará más adelante.

[36] Ahora bien, como apunta Andrés Ibáñez, "la jurisdicción —con todo— no tiene atribuida una función de contrapeso político en sentido fuerte, pues no ejerce una fiscalización capilar y sistemática de las actuaciones de las otras instancias de poder. Antes bien, sus intervenciones son ocasionales y de carácter puntual, tienen que ver con actos concretos, a los que también se limitan los efectos de aquéllas […]". Andrés Ibáñez: o. cit., p. 35.

[37] Propiciado por un cambio cultural en la propia judicatura, ya que incluso en países como Francia y Bélgica, en los que el estatuto de juez y fiscal no ha experimentado cambios importantes, se ha producido un reforzamiento de la independencia desde el propio comportamiento profesional de amplios sectores de jueces. Cf. Andrés Ibáñez: o. cit., p. 33. En este punto conviene insistir en que, ante el dilema *gobierno de las leyes o gobierno de los hombres*, no debe plantearse una dicotomía: los hombres pueden mejorar la interpretación de las leyes hasta el límite de ellas, pero pueden también desconocerlas. En un Estado de derecho regido por las leyes son importantes también las normas de cultura, esto es, la fuerza de los cambios desde los propios hombres y mujeres. En este sentido deben interpretarse las palabras del presidente de la Corte Superior de Lima, Víctor Raúl Mansilla Novella, en el discurso de apertura del Año Judicial 2004: "De nada servirá tener una Constitución que defina las funciones del Poder Judicial, que nos otorgue la autonomía e independencia económica, una ley orgánica

presente en cualquier tipo de conflictos,[38] no siempre es *cómodo* para los otros poderes públicos, por lo que es preciso dotar a los jueces de garantías para el cabal ejercicio de sus funciones.

El primer subprincipio que implica la independencia judicial es el de *sumisión a la Ley*. Es la fuerza de la ley y el hecho de estar sometido *únicamente* a ella lo que le da al Poder Judicial autonomía frente a los otros poderes del Estado y frente a los otros miembros del Poder Judicial (independencia externa e independencia interna, respectivamente). La legitimación democrática del juez está precisamente en su sometimiento a la ley, esto es, a la voluntad del pueblo encarnada en la norma jurídica. Éste es un principio que no admite excepción: la justicia emana del pueblo (artículo 117.1 de la CE y 138 de la CP). El juez se debe sólo a la ley, pero a nada menos que la ley. Su dependencia de la norma, como una voluntad ajena objetivada (una voluntad general) le da independencia para aplicarla con imparcialidad. De la ley emanan los límites máximo y mínimo del ejercicio de sus funciones.

¿Sometimiento a la ley o sometimiento a la Constitución? He aquí otro de los grandes temas a resolver en una reforma judicial. Es una cuestión vinculada al modelo del control de constitucionalidad de las normas. En el caso español, siguiendo el modelo consagrado en la Europa de la posguerra, existe un órgano que tiene como función directa el control de la constitucionalidad de las normas, que es el Tribunal Constitucional. En cambio, en Perú existe el modelo del control difuso de la constitucionalidad por los jueces (aparte del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional), cuyo origen está en el modelo norteamericano. La opción primera, que ha resultado bastante polémica y con repercusiones en las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional, parece difícilmente comprensible en grado puro. Es verdad que el constituyente español, siguiendo estrictamente la tradición de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, ha tratado de evitar la aplicación directa de la Constitución por el juez, reclamando como necesaria, en todo caso, la previa interposición del legislador.[39] Sin embargo, como ponen de relieve Prieto San-

---

que reglamente su ejercicio, y códigos y leyes que garanticen derechos, si los jueces de la República no nos esforzamos por estudiarlos, por absorber su contenido y aplicarlo con el mismo espíritu y sentido con que fueron forjados" (*El Peruano*, 3 de enero de 2004).

[38] Como sostiene Luis Prieto Sanchís ("Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell [ed.]: *Neoconstitucionalismo[s]*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 132-133), al ser la Constitución una norma directamente aplicable, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial: "[…] en la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía".

[39] Como sostiene Pérez Royo: o. cit., p. 885: "El poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. No puede legitimarse democráticamente a partir de la Constitución de manera directa. Está sometido a la Constitución pero tal como es interpretada por las Cortes Generales".

chís[40] y Andrés Ibáñez,[41] el carácter normativo de la Constitución y el hecho de que hoy sea complicado hallar un asunto sometido al conocimiento judicial que —por afección de derechos fundamentales sustantivos y/o procesales— no tenga implicaciones constitucionales, hacen que difícilmente la jurisdicción ordinaria pueda sustraerse al conocimiento de asuntos que afecten derechos constitucionales.[42]

La labor del juez como intérprete privilegiado de la ley, por otro lado, ya no se concibe como un silogismo, esto es, como un mero proceso de subsunción del caso concreto en el enunciado de la ley,[43] sino que, superado el positivismo, los teóricos del derecho advierten que todo proceso de interpretación no está exento de consideraciones valorativas. Incluso se admite que los jueces pueden tener cierta función interpretativa creadora ante vacíos legales,[44] porque no pueden incurrir en la denegación de justicia. El juez debe resolver las antinomias del derecho en el proceso de interpretación y preferir un método de interpretación sobre otro.[45] La verificación de esta "verdad definitiva y vinculante" sólo puede ser revisada de acuerdo con el principio de contradicción por el órgano superior mediante el sistema de recursos. *La unidad del*

---

[40] Cf. Prieto Sanchís: o. cit., p. 130.

[41] Cf. Andrés Ibáñez: o. cit., p. 33.

[42] Sobre este tema, tendremos ocasión de redundar al analizar las funciones del Tribunal Constitucional y sus relaciones con la justicia ordinaria, un tema, por cierto, inacabado.

[43] El método jurídico de interpretación no se agota en una subsunción del caso en la ley, sino que existen muchos otros tipos de argumentación. El silogismo jurídico, como método de interpretación, sólo define la justificación interna de la argumentación, de acuerdo con los métodos de la lógica moderna. Para una justificación externa de la argumentación, existen hasta seis tipos de argumentos, según Robert Alexis (*Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 223): 1) la ley; 2) la dogmática; 3) el precedente (la jurisprudencia), 4) la argumentación práctica general; 5) la empírica, y 6) formas especiales de argumentos jurídicos.

[44] En realidad, como apunta Messuti siguiendo a Gadamer: "La aplicación representa la verdadera comprensión del universal mismo, que para nosotros es el texto de la ley que se debe aplicar. Toda ley implica una inevitable disparidad respecto a la actividad concreta, porque tiene un carácter universal. La ley siempre es defectuosa, pero no porque lo sea en sí misma, sino porque pretende regular la realidad del mundo humano, que es en sí mismo variable, imprevisible e imperfecto. La pura y simple aplicación de la ley es imposible. Porque las circunstancias son infinitas y quien aplica la ley debe percibirlas en su variedad infinita. Ana Messuti: "El tercero: una interpretación", en Messuti y Sampedro Arrubia (comps.): *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires: Universo, 2001, p. 182. La misma autora prosigue: "Y es precisamente en la solución de este conflicto entre lo universal y lo particular donde se manifiesta la creatividad de la labor del tercero-juez". Ibídem, p. 183.

[45] Dado que la Constitución es una norma de aplicación directa, y los derechos constitucionales son tendencialmente contradictorios al responder a un esquema de valores en tensión, en la labor judicial es fundamental la de ponderación: buscar la mejor decisión (la mejor sentencia) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Cf. Prieto Sanchís: o. cit., pp. 134-137: "la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas" (p. 137).

ordenamiento, otro elemento de la seguridad jurídica, se verifica en que el Tribunal Supremo (Corte Suprema, en Perú) es el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria que interpreta el derecho: hay sólo una voluntad del Estado respecto de una materia y es obligación de este alto tribunal velar por la identificación y aplicación de dicha voluntad.[46] Esto conecta con el principio de unidad de la jurisdicción, que enseguida se desarrollará.

La forma de verificar la sumisión del juez a la ley, esto es, de hacer posible el control democrático del juez, es *la motivación de la sentencia*, garantía reconocida en ambas constituciones (artículo 120.3 de la CE y 139.5 de la CP). Las resoluciones judiciales deben estar siempre motivadas tanto respecto a la valoración de las pruebas, como a los criterios de interpretación utilizados. En la sentencia, el juez debe realizar una argumentación jurídica de los hechos y de la aplicación del derecho que justifique su decisión.[47] Sobre todo, debe explicar "por qué se sirve o renuncia al uso de determinado medio de prueba, por qué confiere o niega valor a sus resultados, o privilegia algunos de éstos sobre otros; y qué criterios de ponderación habrá empleado en cada caso".[48] Esta exigencia está complementada por la *publicidad de los procedimientos y de las sentencias*. Un principio de control democrático de la función judicial implica la accesibilidad de la ciudadanía a todas las resoluciones judiciales, como una garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o el debido proceso.

La independencia judicial tiene como corolario el respeto al *principio de inamovilidad* de los jueces, salvo por causa legalmente establecida. El artículo 117.2 de la CE establece que "los jueces no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas previstas en la ley". Éste es un principio clave

---

[46] Un tema espinoso, en el análisis de cuyas implicancias no podemos detenernos, pero que es importante para determinar qué órgano tiene la última palabra en materia de doctrina jurídica, es el de la determinación de las funciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, toda vez que en España se ha constatado que, al otorgar la Constitución al TC una amplia tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, la mayoría de las sentencias del TS son recurridas al TC en recurso de amparo, y con frecuencia este alto tribunal ha abordado el enjuiciamiento de cuestiones fácticas y legales, por tratarse del desarrollo de derechos fundamentales, dando lugar a importantes conflictos de competencia entre ambos tribunales, que desmerecen el desarrollo de las instituciones democráticas.

[47] Especialmente relevante es en el ámbito penal, en el que el juez posee amplitud para determinar la individualización de la pena, actuar las pruebas. Siguiendo a Silva Sánchez: "[…] el juez puede, en un elevadísimo número de casos, decidir con muy escasa vinculación legal entre la aplicación de la estrategia 'defensista' o, por el contrario, de la estrategia orientada a la 'resocialización' o 'no desocialización' a la hora de individualizar la sanción". Jesús Silva Sánchez: "¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español", en Messuti y Sampedro Arrubia (comps.): *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires: Universo, 2001, p. 284.

[48] Perfecto Andrés Ibáñez: "La sentencia penal", en AA. VV.: *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares e Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, 1999, p. 589.

del constitucionalismo moderno para garantizar la independencia de los jueces. Los procesos de ratificación están vedados en los Estados de derecho. La norma constitucional peruana del artículo 154.2, que habilita a que los jueces sean ratificados cada siete años por el Consejo Nacional de la Magistratura, puede convertirse para éstos en una espada de Damocles que les impida realizar sus funciones de manera independiente y ecuánime.[49] Las únicas causas de remoción de un juez deben estar previamente determinadas por ley y aplicadas en un proceso contradictorio por un organismo no susceptible de control del Ejecutivo.

Pero inamovilidad no significa irresponsabilidad. Precisamente porque quien ingresa a la carrera judicial no puede ser removido, excepto por causa legalmente establecida, determinar dichas causas, quién las aplica, mediante qué procedimiento, es de vital importancia. La inamovilidad conlleva el principio de *responsabilidad de los jueces* o, dicho de otro modo: el contrapeso de la inamovilidad de los jueces es su responsabilidad. Como todo poder del Estado, el Poder Judicial, y en concreto el juez, debe responder por el ejercicio de sus funciones. Aunque está sometido sólo a la ley, ello no implica que su función pueda desarrollarse arbitrariamente. Todo lo contrario: deben preverse mecanismos para que los jueces que se apartan de la ley dejen de ostentar tan elevada función constitucional.

Las responsabilidades que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) española son de tipo *penal* (delito de prevaricación judicial), *civil* (daños y perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones) y *disciplinaria*. Dado que la responsabilidad penal y civil se sustancia en procedimientos judiciales, lo que adquiere especial relevancia es determinar quién ejerce la potestad disciplinaria respecto a los jueces, sin mancillar la independencia judicial. Éste es uno de los temas clave de una reforma judicial: *idear un sistema disciplinario en el que se resuelva la tensión entre independencia judicial y responsabilidad individual y social*. Los criterios ya existentes de garantías dentro del proceso penal deben ser asimilables para un proceso disciplinario judicial en el que exista una formalización de las infracciones (leves, graves y muy graves y sus correspondientes sanciones), el procedimiento (con la debida contradicción, derecho de defensa y revisión, así como plazos tasados) y el órgano que las impone, que debe ser más rígido en la medida de la gravedad.

Merece especial mención el órgano que ha de imponer las sanciones más graves. Este asunto resulta especialmente espinoso porque se relaciona con el gobierno

---

[49] En el mismo sentido, Luis Pásara: "Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›. Para este autor: "La existencia de la carrera judicial y, en particular, de un sistema razonable de evaluaciones dentro de ella aparece como incompatible con las ratificaciones periódicas que en varios países han sido introducidas en la ley o que, en determinadas circunstancias, han purgado eventualmente a la magistratura". En este punto debe evocarse las nefastas experiencias de ratificaciones hechas por los sucesivos gobiernos de turno del Perú, la mayoría de ellas arbitrarias e injustas: "ni están todos los que son, ni son todos los que están".

del Poder Judicial. La tradición peruana de *autogobierno*, basada en la actuación de un órgano de control interno que realiza tales funciones, se ha mostrado poco eficaz, porque en la práctica éste no ha ejercido su real función de control de responsabilidades de sus miembros.[50] En el derecho comparado este asunto se ha resuelto con órganos mixtos de gobierno, en los que intervengan jueces y otros operadores jurídicos y sociales, como enseguida se desarrollará.[51]

Otro supuesto de responsabilidad de los jueces es el de los *errores judiciales*. Ambas constituciones así expresamente lo prevén (artículo 121 de la CE y artículo 139.7 de la CP). Más allá de las responsabilidades por actuaciones dolosas o culposas (penales o civiles), el juez también responde por el mal funcionamiento de la administración de justicia. En estos casos también conviene que la ley prevea supuestos de falencias judiciales que pueden ser consideradas errores: retardamiento de la justicia, falta de información, maltrato a los justiciables, etcétera. Los errores judiciales que comprometan derechos fundamentales, como la libertad, tal como sucede con sentencias condenatorias o detenciones arbitrarias, deben implicar necesariamente una indemnización del Estado, el cual podría repetir del juez. Además, estos errores deben contemplarse entre los supuestos de infracciones disciplinarias, a los efectos de cumplir con el principio de legalidad.

El principio de exclusividad es otra garantía necesaria para hacer viable la independencia judicial y el derecho fundamental del justiciable a un procedimiento justo. La función jurisdiccional tiene que estar confiada en un Estado de derecho sólo al Poder Judicial, y tal principio no admite ninguna excepción. Si hubiera una posibilidad de crear tribunales especiales, sería una fácil vía para burlar al juez predeterminado y los derechos del justiciable. Ambas constituciones son taxativas en este sentido (artículos 117.3 de la CE y 139.1 de la CP). El principio del respeto al juez natural también implica idear un sistema de despacho judicial en el que las partes no puedan escoger al juez, sino un despacho único en red donde no haya posibilidad de conocerlo previamente. Por otro lado, el principio de exclusividad debe hacerse compatible con la organización judicial[52] y la especialización por materias.[53]

---

[50] Así lo reconocen los propios miembros del Poder Judicial peruano. Cf. Víctor Raúl Mansilla, presidente de la Corte Superior de Lima, en entrevista del suplemento *El Domingo*, de *La República*, del 5 de octubre del 2003, p. 16. Tras admitir que la corrupción no ha disminuido en el Poder Judicial, Mansilla añade: "[…] los organismos de control no han sido lo suficientemente ágiles y realistas para enfrentar esto".

[51] Véase Consejo General del Poder Judicial (España) y Consejo Nacional de la Magistratura (Perú).

[52] La organización judicial española es de carácter territorial, teniendo en cuenta la configuración del Estado por autonomías: juzgados de primera instancia, audiencias provinciales y Tribunal Supremo, que es el máximo tribunal (central). El TC es el encargado de dirimir competencias. Sin embargo, la configuración abierta de las autonomías, que predica cada vez mayores competencias, ha llevado al partido de la oposición (PSOE) a plantear que las audiencias provinciales sean los máximos tribunales de justicia en cada autonomía. Esta discusión prueba que en la reforma judicial debe meditarse detenidamente la correlación entre organización judicial y configuración descentralizada del Estado.

El *principio de unidad* de la jurisdicción es un subprincipio del de exclusividad. La *jurisdicción ordinaria* es una sola, aunque distinta de la *jurisdicción constitucional*, propia del Tribunal Constitucional y su régimen de control directo de la constitucionalidad. La justicia es administrada sólo por jueces del Poder Judicial. La única excepción que admite la CE (artículo 117.5) es la *jurisdicción militar*. El TC español (STC n.º 60/1991) ha establecido que el espíritu de la norma constitucional es reducir los límites de competencia de la jurisdicción militar "al ámbito estrictamente castrense", es decir, a supuestos de infracciones realizadas por funcionarios militares en el ejercicio de sus funciones. En el caso peruano, la norma constitucional, además de la jurisdicción militar reconoce la arbitral (artículo 139.1). En realidad, no existe jurisdicción arbitral, porque el arbitraje no adquiere las características de una jurisdicción, sino que es una forma alternativa de resolución de los conflictos. Lo que sí es importante, que en el ámbito de la reforma judicial peruana se establezcan de una vez las regulaciones pertinentes para precisar los límites de la jurisdicción militar y acabar con su hipertrofia. De otro lado, en un Estado pluriétnico como el peruano, habría que pensar en el reconocimiento de los fueros indígenas.

El principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la jurisdicción plantea la cuestión de cómo resolver las distintas posibles interpretaciones de la ley por parte de los diferentes jueces, contingencia no eliminable *a priori* porque responde al principio de independencia judicial (interna) y dependencia sólo de la ley. No resolver esta antinomia conculcaría, además, el principio de igualdad desde la perspectiva del derecho del justiciable a una justicia con equidad. Como sostiene Pérez Royo,[54] esta posibilidad debe ser corregible *a posteriori* mediante el sistema de recursos, especialmente el de casación ante el Tribunal Supremo y el recurso de inconstitucionalidad que resuelve el Tribunal Constitucional en España. Nuevamente, esto nos remite al control de la constitucionalidad de las leyes, control que en el caso peruano es judicial y difuso —además del concentrado que compete al Tribunal Constitucional—, siguiendo la tradición norteamericana, y en el caso español es concentrado en manos del Tribunal Constitucional,[55] siguiendo la tradición europea.[56] El recurso de casación

---

[53] En España, uno de los temas más controvertidos respecto a la prohibición de tribunales que no respondan a la organización territorial ni a la competencia por materias ha sido la creación de la Audiencia Nacional. Constituida en 1977, durante la transición democrática y sobre las cenizas del Tribunal de Orden Público franquista, concentra una serie de atribuciones en asuntos de suma importancia, como terrorismo y narcotráfico, lo cual confiere a los jueces y magistrados un poder *extrajurídico* muy superior al que se reconoce a cualquier otro juez. Aunque no existe voluntad política de reformarla, por lo menos se solicita una mayor dotación de jueces y magistrados para ajustarla al volumen y la importancia de los asuntos que debe tramitar, a fin de asegurar que cada caso sea despachado con la atención, las garantías y la solvencia necesarias. Cf. Carlos Castresana Ferández, fiscal de la Fiscalía Anticorrupción, *El País*, 12 de noviembre de 2003.

[54] O. cit., p. 886.

[55] Tómese nota de que en España el juez no puede dejar de aplicar la ley aunque la considere inconstitucional. En el caso de que así lo considere, deberá elevar el resultado de su juicio al Tribunal Constitucional, el que resolverá confirmando o rechazando el recurso de inconstitucionalidad.

sí se sustancia dentro del Poder Judicial y en concreto en su órgano máximo, que es el Tribunal Supremo, el que tiene como misión unificar la jurisprudencia de los distintos jueces. Finalmente, habrá ocasión de zanjar este punto al abordar el tema del Tribunal Constitucional.

El principio de exclusividad no es incompatible con *el principio de especialización en la materia*, sino que se complementan. La jurisdicción ordinaria es única, pero pueden diseñarse distintos tipos o fueros de jurisdicción en función de la materia. El ordenamiento jurídico moderno es extraordinariamente complejo y requiere de expertos para su aplicación. La especialización de los jueces y el respeto de ella en la organización judicial es una demanda actual del desarrollo social y jurídico. En España existen cuatro jurisdicciones: civil, penal, contencioso-administrativa y laboral. En Perú sólo existen tres; falta la contencioso-administrativa, que es de primera relevancia por cuanto corresponde al rol jurisdiccional de control de la actuación de la administración pública, cuyo crecimiento es consustancial al desarrollo del Estado social. La propuesta del Grupo de Trabajo sobre la Reforma Civil impulsada por el Poder Judicial peruano contempla órganos judiciales en materia comercial y constitucional. Al existir un Tribunal Constitucional, no parece conveniente agenciar otro órgano de jurisdicción constitucional. La propuesta de órganos en materia comercial (mercantil) va en la línea de otros proyectos de reforma como el Plan Integral de Reforma Judicial de Argentina,[57] que contempla además juzgados de familia, de menores y de ejecución civil y penal. Es evidente que, a medida que se complejiza la sociedad, y con ella el derecho, se requieren mayores niveles de especialización; por eso habría que pensar al menos en *juzgados de menores* y *de ejecución penal*, dado que en ambos casos serían jueces los que resolvieran sobre derechos de primer orden, como la libertad de las personas. Mención especial merecen los tribunales especializados en delitos de *corrupción*. En España existe una Fiscalía Anticorrupción que ha perseguido eficazmente delitos cometidos por poderosos. En Perú, la experiencia de la Procuraduría General y los juzgados y fiscales anticorrupción también han desempeñado un papel

---

[56] En realidad se trata de dos tradiciones distintas que responden a dos procesos sociales diferentes de configuración del Estado. Como apunta Fernández Segado: "mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley, la Constitución, que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la 'volonté générale', los ciudadanos serían protegidos por las leyes elaboradas por el Parlamento. La doctrina rousseauniana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, incidirá, pues, sobremanera en el posicionamiento europeo en general y francés en particular". Cf. Francisco Fernández Segado: "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución", en *Derecho. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 1992, n.º 46, p. 305.

[57] Véase el trabajo presentado por el Programa Modelo de Reforma para las Administraciones de Justicia Provinciales (BID 925'oC-AR/ 1.EG.10), realizado entre los meses de agosto y octubre de 1998 por un equipo interdisciplinario de consultores coordinado por el Dr. Germán C. Garavano, en la web del Ministerio de Justicia de la Nación de Argentina.

importante en el desmantelamiento de la mafia fujimori-montesinista. Especialmente en países en proceso de transición democrática, en los que los índices de corrupción son aún altos, es recomendable la especialización de los administradores de justicia.[58]

3. La organización judicial

Para garantizar que los principios antes reseñados tengan vigencia real es preciso diseñar una organización judicial acorde con ese horizonte de valores. Según éste, el Poder Judicial es un poder del Estado independiente, imparcial, autónomo, exclusivo y único. Según la estructura de la organización judicial que diseñemos, daremos mayor o menor vigencia a esos principios. En el derecho y en la política las funciones hacen al órgano; así, es preciso dar contenido a las funciones que realizan el Poder Judicial y los demás órganos que coadyuvan en la administración de justicia, no sin antes dotar a sus elementos personales y materiales de determinadas características de idoneidad para cumplir dichas funciones.

3.1. Criterios generales

3.1.1. La carrera judicial

El acceso a la carrera judicial

Al ser los jueces inamovibles, salvo por causas legalmente establecidas, el acceso al Poder Judicial debe ser especialmente diseñado para que concurran los mejores expertos, sin posibilidad de que otros poderes del Estado influyan en el proceso de selección. Para que exista realmente una carrera judicial los jueces deben ser verdaderamente inamovibles, y sólo poder ser removidos por un sistema disciplinario reglado en todos sus extremos, por lo que los procesos de ratificaciones deben estar vedados.[59] El *elemento humano* es fundamental en toda sociedad para que la administración de justicia cumpla sus elevadas funciones de tutela de los derechos de los ciudadanos de manera imparcial y equitativa. La experiencia italiana de Manos Limpias, el caso del juez Garzón en España o el de la jueza Saquicuray en Perú, demuestran que no sólo es importante tener buenas leyes, sino también jueces honrados y valientes que puedan estar protegidos por la coraza de las reglas del Estado de derecho. Como

---

[58] Cf. Garzón Valdés: o. cit., p. 48. Este autor subraya la correlación entre consolidación de la democracia y corrupción: a mayor consolidación, menor corrupción, y viceversa.

[59] Como sostiene Luis Pásara, los procesos de ratificaciones han resultado realmente procesos de purgas, y en todo caso deben ser provisionales para los procesos de transición democrática: “una cierta forma de ratificación puede mantenerse como medida temporal en tanto existan magistrados en funciones que no ingresaron a la carrera mediante los mecanismos establecidos. A tales magistrados debe aplicarse una evaluación equivalente a la establecida en el proceso de nombramiento, luego de aprobada la cual el evaluado ingresará plenamente a la carrera”. Pásara: “Selección, carrera…”, o. cit.,

se ha dicho, la falsa dicotomía entre gobierno de las leyes y gobiernos de los hombres se resuelve estableciendo leyes que potencien un cambio cultural, humano, de las personas que llevarán a cabo la administración de justicia.

En este punto es clave establecer *cómo acceden los aspirantes al cargo judicial y cuál es el órgano que los elige*. En España se realiza por un sistema de oposiciones, que intenta salvaguardar los principios constitucionales de "mérito, capacidad e igualdad" de acceso a los cargos públicos (artículo 23 de la CE). Se trata de pruebas públicas con una serie de ejercicios y programas previamente determinados, realizadas en el Centro de Estudios Judiciales, organismo de derecho público dependiente orgánicamente del Ministerio de Justicia, pero con un tribunal reglado formado por integrantes de diversos organismos relacionados con la administración de justicia. En el caso peruano, la selección y el nombramiento de jueces y fiscales la realiza el Consejo Nacional de la Magistratura, organismo independiente que se rige por su propia ley orgánica (artículo 150 de la CP), compuesto también por diversos representantes del mundo jurídico público y privado. Perfeccionar el sistema de selección con diversas pruebas que combinen las distintas habilidades necesarias para administrar justicia (dominio teórico del derecho, conocimiento de la ley, capacidad argumentativa jurídica, etcétera) es una tarea pendiente en la reforma judicial.

Respecto al elemento humano, es preciso trabajar especialmente en sociedades en proceso de transición democrática como la peruana. Los jueces que son corruptos o que fueron nombrados por el poder dictatorial no se transforman de la noche a la mañana en demócratas y honestos.[60] Tendrá que pasar prácticamente una generación para regenerar el elemento humano,[61] pero hay que crear las condiciones para ello mediante la formación, principalmente. Pero no sólo la formación de jueces, sino también la formación en general de los especialistas en el derecho, de donde salen las canteras de jueces. La proliferación de universidades en Perú, que no siempre reúnen las condiciones mínimas para impartir una formación solvente en derecho, es un aspecto ciertamente relegado pero trascendente en la ansiada reforma de la justicia.[62]

---

[60] Garzón Valdés (o. cit., pp. 49-50) pone de manifiesto que, "iniciado el proceso de transición, las fuerzas democráticas tienen que contar en gran medida con el aparato judicial recibido para iniciar su alejamiento del régimen totalitario o autoritario. Desde luego, es posible sustituir algunos jueces, pero no una reestructuración total del aparato judicial". El mismo autor narra la experiencia alemana después de la caída del nazismo y las dificultades que demostró la Corte Federal de Justicia para cambiar de actitud silente frente a la criminalidad nazi. Cf. Pásara: "Siete observaciones…", o. cit., p. 3: "Las experiencias nuestras enseñan que no hay con quién sustituirlos, aunque fuera progresivamente, en el paso necesario como para tener una composición distinta de actores en unos cuantos años".

[61] Zaffaroni: o. cit.

[62] Como sostiene Pásara ("Siete observaciones…", o. cit., p. 3): "[…] toca al rol de la formación de abogados en universidades, que siguen multiplicándose para ofrecer una calidad cada vez más devaluada. Es éste un tema usualmente descuidado en las agendas de reforma del sistema de justicia. La formación de los profesionales mediocres que se encaminan a ocupar cargos en aquello se presenta como un sistema de justicia nuevo o reformado mantiene el bajo prestigio social de trabajar en él". En

La formación del juez

En una sociedad en constante transformación, la formación es clave para que el juez sea capaz de aplicar la norma (supuesto abstracto) al caso concreto (supuesto concreto). El juez se hace, no nace, por lo que, además de la autoformación en el ejercicio del quehacer de la administración de justicia, paralelamente debe recibir una formación externa encaminada a la actualización de sus conocimientos jurídicos y al aprendizaje de técnicas conexas. Establecer cuál es el organismo que dirige este proceso de formación resulta relevante. En España, la formación de los jueces y fiscales está confiada al organismo de gobierno del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial. En Perú, la formación de los jueces y fiscales está confiada a la Academia de la Magistratura, organismo que forma parte del Poder Judicial. Es de proponer en una reforma judicial peruana que el mismo organismo que selecciona a los jueces dirija su formación, en tanto órgano de gobierno mixto especializado en la selección y el seguimiento de la carrera judicial. La formación es la otra cara de la inamovilidad. Establecer incentivos, incluso de tipo retributivo, para la continua formación de los jueces es fundamental para que la inamovilidad del juez no signifique anquilosamiento.

Naturaleza de la carrera judicial

Los actuales proyectos de reforma judicial (Pacto de Estado para la Reforma Judicial PP-PSOE y Proyecto Integral de Reforma Judicial Argentina) proponen cambios importantes en la tradicional carrera judicial, de signo jerárquico y regida por criterios de antigüedad. Se propone idear una serie de criterios de mérito en orden a la formación, la especialización, el rendimiento y la calidad del trabajo (cualitativos) para la promoción, la adjudicación de destinos y la mejora de los niveles retributivos, superando el anacrónico criterio de antigüedad. Además, se propone que la carrera judicial no tenga necesariamente un sentido jerárquico (la idea de promoción entendida siempre como lograr el puesto superior), sino que permita al juez que lo desee tener incentivos manteniendo su puesto por el tiempo que crea conveniente y fomentando así la especialización en el cargo.

3.1.2. El elemento material

En casi todos los países se ha identificado la *crisis de la justicia* con la carencia de medios materiales. El asunto tiene especial relevancia en la actualidad, cuando los gobiernos, sea por la aplicación de políticas neoliberales o por criterios de reestructuración económica, tienden a disminuir los gastos públicos y, entre ellos, los gastos en administración de justicia. Éste ha sido uno de los asuntos centrales del Pacto por la Justicia del PP-PSOE suscrito en el 2001 y que acaba de ser roto por incumplimiento precisamente de este extremo.

Cantidad y calidad de jueces

Una administración de justicia eficaz requiere jueces suficientes y de calidad; esto no puede improvisarse, sino que debe responder a una planificación y una dotación económica relevantes. Además, la *ratio* juez-ciudadano es un elemento indispensable para la agilización de la justicia, para la aproximación de la justicia al justiciable y, por tanto, para su democratización real.

La retribución de los jueces

Otro asunto material de primer orden es la retribución de los jueces. Si se busca que en el Poder Judicial estén los mejores, que cumplan con el régimen de incompatibilidades y sean incorruptibles, es necesario que las retribuciones económicas sean acordes con su dedicación, responsabilidad y sus elevadas funciones. Además, como se ha dicho, estas retribuciones deben estar correlacionadas con los méritos alcanzados, esto es, articulando un modelo incentivador de la labor judicial.

La incorporación de nuevas tecnologías

La incorporación de nuevas tecnologías a la tarea de administrar justicia es una tarea pendiente en todo nuestro ámbito cultural. Los avances en los medios informáticos pueden servir para agilizar la administración de justicia, aligerando los procedimientos, abaratando los costes de las comunicaciones y notificaciones, estableciendo despachos judiciales interconectados en red. Además, en el ámbito de los procedimientos pueden utilizarse técnicas modernas de telecomunicación a las que debe darse validez jurídica, como las teleconferencias. En este sentido deben ir también las reformas de las leyes de procedimientos civiles y penales, en conjunción con la modernización de la justicia.

3.2. Estructura de la administración de justicia

El Poder Judicial es un poder estatal autónomo que tiene la función exclusiva de administrar justicia, pero existen otros órganos del Estado que colaboran en dicha tarea o que coadyuvan a su gobierno. La organización de éstos, la dependencia o independencia orgánica respecto del Poder Ejecutivo, los miembros que los componen, etcétera, pueden interferir indirectamente en la independencia judicial.

En España, el primero en relevancia es el órgano de gobierno del Poder Judicial, que es el Consejo General del Poder Judicial (artículo 122 de la CE). Se trata de un órgano mixto, compuesto tanto por jueces como por representantes de otros poderes del Estado. El constituyente español optó por un órgano autónomo de gobierno para los jueces, distinto del sistema de autogobierno, con una serie de funciones importan-

tes como la de determinar responsabilidades disciplinarias.[63] Similares institutos están previstos en los textos francés, italiano y portugués, y responden al constitucionalismo de posguerra,[64] luego de haberse demostrado la capacidad de los gobernantes totalitarios para captar los órganos judiciales y la escasez de recursos que poseían éstos para impedirlo. En cuanto a estos modelos europeos, especialmente interesante es el caso italiano, cuyo Consejo Superior de la Magistratura constituye el primer órgano de garantía de independencia de la función jurisdiccional ordinaria.[65] La tutela de la garantía de la independencia judicial es, pues, la principal función de estos órganos.

En Perú existe un órgano independiente que tiene la misión de seleccionar a los jueces, el Consejo Nacional de la Magistratura (capítulo IX de la CP), pero no tiene funciones de gobierno. En una reforma judicial peruana, la creación de un órgano de gobierno del Poder Judicial como el español, con una composición mixta, sería una buena opción al pretendido autogobierno, que finalmente no es real, si —como ha sucedido en la realidad— por otros ámbitos se produce la interferencia de los poderes del Estado.

La relevancia constitucional del papel del juez como representante de un poder del Estado independiente, que tiene la capacidad de ser un verdadero contrapeso en el equilibrio de poderes del Estado, obliga a diseñar un organismo *mixto*, *independiente* del propio Poder Judicial, que tenga la gran función de *gobierno* de la magistratura y vele por la *independencia judicial*. Éste es el espíritu de los Consejos de la Magistratura diseñados en España, Italia, Francia y Portugal. Pero estos Consejos tienen un valor añadido: acabar con la concentración de funciones jurisdiccionales y de control jerárquico en manos del vértice judicial,[66] con el efecto democratizador que ello supone, dejando en manos de un organismo independiente la función de control de la independencia externa e interna de los jueces. Dicho control tiene como elemento fundamental de expresión en el organismo que posee el *régimen disciplinario de los*

---

este sentido, la Asamblea Nacional de Rectores de Perú, que habilita la creación de universidades, posee una parte de la responsabilidad en la calidad del elemento humano que finalmente podrá dedicarse a impartir justicia.

[63] Precisamente, cuando se están cerrando estas páginas se publica una noticia: *El País*, 5 de febrero de 2004: "La Inspección del CGPJ propone expedientar a Ruiz Polanco por dos faltas muy graves. El juez de la Audiencia Nacional Guillermo Ruiz Polanco se enfrenta a la apertura de un expediente disciplinario por la presunta comisión de dos faltas muy graves, derivadas de todo lo relacionado con la excarcelación de seis presuntos etarras de dos 'comandos' terroristas. En dos casos se había pasado el plazo de dos años máximo de prisión provisional, sin que se hubiese solicitado ni acordado su prórroga, aunque sólo uno, Ibai Ayensa, quedó en libertad por esa causa. Esta es la propuesta del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, que se estudiará el lunes".

[64] Cf. Inmaculada Sánchez Barrios: *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, Salamanca: Tesitex, 1999, p. 19.

[65] Cf. Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi: *Instituzioni di diritto pubblico*, Milán: Cedam, 1998, 8.ª ed., p. 155.

[66] Cf. Andrés Ibáñez: "Derecho y justicia…", o. cit., p. 30.

jueces. No olvidemos lo dicho: la otra cara de la independencia y la inamovilidad es la responsabilidad de los jueces. Determinar el organismo que ejerce la labor disciplinaria de los jueces es fundamental para hacer real la independencia y el principio de inamovilidad.

Las *funciones* que ejerce el Consejo General del Poder Judicial español son las siguientes:[67]

- selección, nombramiento y ascensos de los jueces y fiscales;
- potestad inspectora (vigilancia y control) sobre el funcionamiento de juzgados y tribunales;
- potestad disciplinaria;
- potestad presupuestaria;
- potestad reglamentaria;
- facultad de iniciativa parlamentaria e informe anual ante las Cámaras.

La *composición* del Consejo General del Poder Judicial ha sido uno de los asuntos más espinosos de la justicia española. Según la Constitución (artículo 122.3), está integrado por veinte miembros, de los cuales doce son jueces y ocho, juristas propuestos por las dos Cámaras de las Cortes Generales. La interpretación que hizo el legislador, de que los veinte miembros son elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado de *entre* y no *por* los magistrados, ha dado lugar a que cada gobierno intente colocar como representantes en este órgano a jueces y parlamentarios afines a su opción ideológica, con clara influencia en la administración de justicia.[68]

La conformación del Consejo Nacional de la Magistratura es más plural (artículo 155 de la CP), pues se contempla a representantes de la sociedad civil y no sólo de los poderes del Estado. Esta composición responde más a la vocación democrática de la justicia, pero debe reflexionarse con detenimiento qué representantes de la sociedad

---

[67] Véase más ampliamente: Sánchez Barrios: o. cit., pássim.

[68] Especialmente crítico se muestra Andrés Ibáñez ("Derecho y justicia…", o. cit., p. 30): "En el caso del Consejo español, introducido por la Constitución española de 1978, siguiendo el modelo italiano, estaba previsto que la elección de la componente judicial (12 sobre 20) tendría lugar 'entre' los jueces (artículo 122). La mayoría socialista que accedió al poder en 1982, bajo la enseña de un reforzamiento de la legitimación democrática de la jurisdicción, pero, en realidad, con el único fin de asegurarse una posición hegemónica en el gobierno de la magistratura, introdujo un cambio consistente en diferir a las cámaras la designación, también, de los integrantes del sector judicial. El resultado ha sido la drástica politización partidista de la institución, desde entonces —más de 20 años— simple escenario de la confrontación política general, francamente inadecuado para la elaboración de una política de la justicia funcional a los valores constitucionales en la materia. Lo que la izquierda presentó como una opción de este signo para transformar la justicia en profundidad con criterios democráticos está sirviendo ahora a la derecha como un útil instrumento, igualmente funcional, para su política para la administración de justicia. Los efectos de estas lamentables vicisitudes aún en curso, no han podido ser más demoledores, desde todos los puntos de vista".

civil deben estar allí; además, debería pensarse en una mayor representación de los jueces y fiscales, dado que ellos son los principales responsables y conocedores de la administración de justicia. En España, el Consejo General del Poder Judicial está presidido por el presidente del Tribunal Supremo.

La ubicación orgánica del *Ministerio Público* (o el Ministerio Fiscal en España) respecto del Poder Ejecutivo ha sido uno de los temas más controvertidos de la estructura judicial en los diversos países. Los modelos que se conocen en derecho comparado son:

- el modelo francés, que lo integra en el ámbito del Poder Ejecutivo;
- el de su integración en el marco del Poder Judicial, que es una propuesta muy apoyada por los sectores doctrinales;
- el de su configuración como órgano estatal independiente.

La CE ha optado por una estructura del Ministerio Fiscal independiente del Poder Judicial, pero el nombramiento del fiscal general del Estado, su órgano superior, lo realiza el rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial. Esta forma de nombrar al vértice de la institución y el hecho de haber configurado un Ministerio Fiscal regido por el principio de dependencia jerárquica ha dado lugar a claras interferencias del Poder Ejecutivo, que entorpece o agiliza la administración de justicia según sus intereses.

En cambio, la CP sí establece claramente que se trata de un órgano autónomo. Es importante no dotar a esta institución del tradicional principio de jerarquía, no sólo porque carecería de carácter democrático, sino también porque éste finalmente puede interferir en la administración de justicia. Es decir, también es necesario garantizar la independencia interna del Ministerio Público, a fin de que no existan mecanismos de interferencia que mediatamente tendría por fuerza incidencia en la administración de justicia.

Es preciso diseñar con detenimiento la institución del Ministerio Público para las nuevas funciones que se le avecinan, ya que las líneas de reforma en materia procesal-penal lo dotan de importantes atribuciones al conferirle la exclusividad de la investigación de los delitos. Este modelo acusatorio puro, de clara influencia norteamericana, ya está siendo adoptado en Chile.[69] El futuro estatuto del Ministerio Fiscal en una reforma judicial integral tendrá que tener en cuenta este extremo, porque será un órgano clave en la administración de justicia penal.

Respecto a las *reformas legislativas procesales penales y civiles* que se incardinan con una reforma judicial, las líneas actuales se inclinan hacia *procedimientos flexibles* que permitan adecuar al operador jurídico al caso concreto, propiciando

---

[69] Cf. Héctor Hernández Basualto (ed.): *Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán*, Santiago de Chile: Sociedad Alemana de Cooperación Técnica y GTZ Proyecto Reforma Judicial, 2003.

la celeridad y la inmediatez. En esta tendencia de adecuación de los procedimientos al caso concreto, para descongestionar la carga judicial y coadyuvar a la democratización de la justicia, las propuestas modernas van en la línea de potenciar *la conciliación extrajudicial*, para resolver los conflictos menores, como faltas, separaciones matrimoniales consensuadas, pequeños litigios. Estudios realizados en Argentina tras la Ley de Conciliación Extrajudicial Obligatoria han demostrado la magnitud del impacto de la descarga judicial en la justicia civil. No obstante, estos mecanismos alternativos de resolución de los conflictos necesitan perfeccionarse: debe definirse su carácter obligatorio o potestativo, qué materias pueden resultar conciliables, la formación de los conciliadores, su vinculación con la administración de justicia común, etcétera.

Democratización de la justicia y procedimientos flexibles requieren una *organización judicial también flexible*. El ciudadano moderno requiere que sus conflictos se solucionen rápidamente y eso no es posible con organizaciones rígidas que no se adecuen a las demandas concretas. La propuesta de Reforma Integral de la Justicia de Argentina plantea organizaciones mínimas según la materia, con la posibilidad de personal de apoyo de acuerdo con las distintas situaciones.

En una *reforma democratizadora de la justicia*, la organización judicial tiene que tener en cuenta tres instituciones: los jueces de paz o de proximidad, el jurado y la policía judicial.

En el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia PP-PSOE, el potenciar la *justicia de proximidad* ha sido uno de los puntos de consenso para agilizar y acercar la justicia al ciudadano. En Perú, la propia CP (artículo 152) contempla los jueces de paz por elección popular. Diseñar un cuadro de funciones acorde con sus características, como por ejemplo, vinculándolos a los mecanismos de conciliación, es una tarea pendiente.

La CE (artículo 125) contempla la figura del *jurado* como uno de los mecanismos de participación popular para democratizar la administración de justicia. El legislador ha optado por un modelo puro frente al escabinado vigente en Alemania. Esta regulación del jurado no ha escapado a fuertes críticas de los expertos, comprobadas por la realidad práctica. Precisamente en estos días, un craso error judicial de condena a una mujer a 15 años, descubierto luego de conocerse al verdadero asesino, pone en tela de juicio la regulación del jurado español. La excesiva publicidad que este tipo de juicios despierta en los medios y en la opinión pública produce una suerte de contaminación en los miembros del jurado, extraños a experiencias similares. Ahora mismo está en proceso de reforma la Ley del Jurado. Chile, que es uno de los países que posee la regulación procesal penal más moderna, no ha optado por el jurado. La verdad es que no es propia de la tradición latinoamericana y además requiere una formación cultural y democrática que no siempre se da en los pueblos.

La *Policía Judicial* está recogida en España en el nivel constitucional (artículo 126 de la CE), aunque aún no ha desarrollado plenamente sus funciones de dependencia real y exclusiva del Poder Judicial. El desarrollo de una Policía Judicial directa-

mente adscrita al Poder Judicial es una tarea de la reforma judicial moderna, especialmente capacitada para colaborar con la administración de justicia y, por tanto, formada en los valores democráticos

Por último, aunque no son instituciones del Poder Judicial, resultan implicadas en la administración de justicia dos instituciones independientes de primer orden en un Estado de derecho: el Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo.

En España, el *Tribunal Constitucional* ha desarrollado una labor de primer orden al establecer los criterios de desarrollo de los derechos constitucionales, con una línea jurisprudencial regida por la promoción de los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (artículo 1.1 de la CE).[70] En esta función no han faltado conflictos con el Poder Judicial, especialmente con las competencias del Tribunal Supremo, cuando al revisar sentencias en amparo, el TC ha resuelto sobre asuntos materiales ya juzgados por la jurisdicción ordinaria; pero también, el propio Tribunal Supremo ha pretendido revisar resoluciones del Tribunal Constitucional.[71] Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aspectos más espinosos de una reforma judicial, que tendrá que tener carácter constitucional, es el de diseñar las funciones y los límites de competencia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. De la experiencia española se deduce que la naturaleza jurídica del recurso de amparo y la función de control concentrada de la constitucionalidad por parte del TC están produciendo un incremento exacerbado de decisiones judiciales que están siendo revisadas por el TC vía amparo, así como impugnaciones de normas legales (recursos de inconstitucionalidad), lo cual, en definitiva, puede producir un colapso de la jurisdicción constitucional[72] y una sobredimensión de las potestades del TC en desmedro de las

---

[70] Cf. Garzón Valdés: o. cit., p. 46. El autor destaca el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en la transición española, al desarrollar "un cuerpo de jurisprudencia que demostró ser esencial para la transformación del razonamiento constitucional y jurídico en general de España". El mismo autor subraya el papel de los tribunales constitucionales español y alemán en sus respectivas transiciones políticas, al realizar una interpretación a favor de la promoción de una efectiva igualdad material (p. 51).

[71] Especialmente escandaloso ha sido el reciente caso (STS de 23.1.2004) en el que la Sala Civil del Tribunal Supremo condenó a once magistrados del Tribunal Constitucional, entre ellos a su presidente, a indemnizar con 500 euros cada uno a un abogado, por responsabilidad civil ("negligencia profesional grave"), al rechazar una demanda de amparo frente a una resolución del propio Tribunal. En acuerdo de 3.2.2004, el Tribunal Constitucional acusó al Tribunal Supremo de invadir su jurisdicción, y el 24.2.2004 los jueces del Tribunal Constitucional recurrieronn ante su propio Tribunal para que los declarara "inviolables" frente al Tribunal Supremo. Para que el TC dé un pronunciamiento sobre este tema tendrán que pasar tres años, tiempo en el cual se podrá renovar a seis de sus magistrados. Es evidente que este conflicto entre jurisdicciones ha causado estupor en juristas y especialistas del derecho, dado que se trata precisamente de los más altos tribunales del Estado español, entre los cuales se está discutiendo quién tiene la última palabra en materia de derechos.

[72] *El País*, 23 de febrero del 2004: "El Constitucional afronta el mayor atasco de su historia con 500 impugnaciones de normas legales". Se acumulan los recursos a la Ley de Extranjería y al Plan Ibarretxe.

potestades de la jurisdicción ordinaria. Al respecto, los especialistas se han pronunciado por una reforma de las leyes procesales para reforzar las posibilidades de autocontrol de la jurisdicción ordinaria y permitir la exigencia de instancias o recursos en la vía ordinaria para reparar las infracciones *in procedendo*,[73] y, por otra parte, por una reforma del recurso de amparo,[74] especialmente el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que admite el amparo constitucional por vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) por parte de los tribunales ordinarios. En suma, más capacidad de revisión de las resoluciones judiciales dentro de la propia jurisdicción ordinaria en clave de derechos constitucionales y menos concentración de la tutela de derechos constitucionales en el Tribunal Constitucional.

La regulación de los límites entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional es un tema pendiente incluso en sociedades consolidadas como la española.[75] Como sostiene Prieto Sanchís, la idea de un Tribunal Constitucional que concentra todas las garantías constitucionales, por un lado consagra la supremacía jurídica de la Constitución (Kelsen), pero su neta separación de la jurisdicción ordinaria representa el mejor homenaje al legislador y una palmaria muestra de desconfianza ante la judicatura. El neoconstitucionalismo europeo, que representa el acercamiento de ambas tradiciones, la norteamericana y la europea, se plasma en que, al ser la Constitución una norma sustantiva de aplicación directa, no puede reclamarse la supremacía del legislador frente a la función judicial —al más puro estilo liberal—, sino que éste "asume la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios

---

[73] Éste es el parecer de Ángela Figueruelo Burrieza: "Veintitrés años de recurso de amparo", en *Revista de Derecho Político*, n.os 58-59 (2003-2004), monográfico sobre "Balance de la Constitución en su XXV aniversario". De la misma autora puede verse también: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

[74] Se inclinan por la decidida reforma del recurso de amparo varios especialistas que entraron en el debate suscitado por la sentencia del TS que condenó a miembros del TC. Cf. Pablo Saavedra Gallo, catedrático de Derecho Procesal de Las Palmas de Gran Canarias, en *La Razón*, 3 de marzo de 2004, quien habla de "crisis del amparo constitucional"; José Eugenio Soriano, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura: "La guerra de los dos tribunales: una propuesta de paz (la necesaria reforma del recurso de amparo), 19 de febrero de 2004, quien afirma: "El recurso de amparo se ha convertido en ocasiones en una 'supercasación' en la que los magistrados del Constitucional han irrumpido en el recinto de la legalidad ordinaria sustituyendo indebidamente el círculo de actuaciones que solamente corresponde al Tribunal Supremo en última instancia". Este autor propone que se admita el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional únicamente cuando exista voto particular de alguno de los magistrados del Tribunal Supremo. También en el artículo "Una crisis constitucional", en *El País*, 26 de febrero del 2004, firmado por tres ex presidentes del Tribunal Constitucional, se demanda un pronunciamiento del legislador orgánico como depositario de la voluntad popular, modificando o ratificando los términos de las funciones del Tribunal Constitucional y, en particular, del amparo.

[75] Como decían los ex presidentes del Tribunal Constitucional en el artículo periodístico citado: "lo que está en juego es el interés último de los derechos fundamentales e incluso la misma garantía de la Constitución, no una disputa por el reparto de poder entre una jurisdicción y otra".

pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones".[76] De ahí que nada obsta a mantener el control paralelo, concentrado y difuso, que establecen la Constitución peruana y varias constituciones latinoamericanas.[77] Ahora bien, de todos modos, para coadyuvar a la seguridad jurídica y a mantener el principio de unidad del ordenamiento jurídico, principios fundamentales para hacer efectiva la vigencia de la legalidad, es preciso establecer qué órgano tiene la última palabra, en qué casos, qué recursos tienen los implicados para que se revisen tales decisiones; en definitiva, cuándo se produce finalmente la cosa juzgada.

El *Defensor del Pueblo* no es un órgano propiamente de la justicia. Es el alto comisionado del Parlamento para la protección de los derechos ciudadanos por actos de mala administración. En el derecho español el acceso de los ciudadanos al Defensor del Pueblo posee una serie de ventajas: la publicidad de las investigaciones, la gratuidad y la informalidad del procedimiento.[78] Así, el Defensor se perfila como un colaborador excelente de la justicia. Tanto, que en 1995 se creó el Defensor Europeo del Pueblo para los ciudadanos de la UE por el mal funcionamiento de las instituciones europeas. En una reforma judicial peruana, la selección, las funciones y los principios de actuación del Defensor del Pueblo deben también regularse minuciosamente.

4. Conclusiones

Después de un recorrido transversal por los aspectos más relevantes de la reforma judicial pasando por los principios y la estructura de la organización del Poder Judicial, así como sus relaciones con otros órganos del Estado, resulta pertinente rescatar algunas ideas fuerza necesarias para emprender una reforma integral de la Justicia:

---

[76] Cf. Prieto Sanchís: o. cit., pp. 130-131: "Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último". Cabe advertir que, entre los criterios de interpretación existentes, el constitucional hoy en día es el de primer orden.

[77] Como la Constitución colombiana de 1991, donde se mantienen ambos tipos de control de la constitucionalidad. En ese país también la Corte Constitucional ha desarrollado sus funciones de manera sobredimensionada, planteando más de un problema político al gobierno. Como sostiene Luis Carlos Sáchica: *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá: Temis, 1993, p. 1: "[…] a partir de 1991, se quiere tratar y definir todo problema jurídico como una cuestión constitucional […] Un panconstitucionalismo —¿qué otra palabra para nombrar esta intoxicación constitucional?— que convierte a todo juez o funcionario administrativo de cualquier nivel en contralor de constitucionalidad, y a cada ciudadano en promotor natural de la supremacía en integridad de la Constitución […]".

[78] La labor del defensor del Pueblo en España ha estado especialmente encaminada a salvaguardar los derechos de los más desfavorecidos, como inmigrantes, presos, consumidores, etcétera, que no pueden acceder a la administración de justicia ordinaria por falta de recursos o por encontrarse en situación irregular.

1. Una reforma judicial, para que sea eficaz y realista, debe ser *integral*, esto es, abordar los diversos aspectos de principios constitucionales, regulaciones procedimentales y de organización del Poder Judicial y demás órganos conexos a la administración de justicia. La reformas parciales son simples *parches* que no conllevan un verdadero giro en la justicia.

2. Las funciones que realiza el Poder Judicial no son sólo de resolución de los conflictos entre particulares, sino que inciden en la propia configuración del Estado, al desempeñar la tarea hacer realidad la vigencia del principio de legalidad material, fundamental del Estado de derecho. Por eso, es preciso articular reglas y organizaciones que coadyuven a un fino equilibrio entre los poderes del Estado y se produzca un contrapeso entre independencia y responsabilidad judiciales.

3. Un riesgo de la independencia judicial es la *judicialización de la vida política*: el pretender resolver todos los problemas vía acción de la administración de justicia, o la *constitucionalización* de la vida social, cuando todo problema pretende ser resuelto en clave constitucional por el Tribunal Constitucional. Para no llegar a dichos extremos la sumisión del juez a la ley y a la Constitución debe ser una garantía de control, del ejercicio de sus funciones. En este ámbito es fundamental establecer los límites de las funciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, a los efectos de no caer en un conflicto de poderes.

4. La inamovilidad judicial debe contrapesarse con un sistema disciplinario ágil y eficaz por un órgano de gobierno mixto. Los Consejos Generales mixtos e independientes, con funciones de tutela de la imparcialidad judicial, así como funciones disciplinarias, constituyen un paradigma de los Estados europeos, en los que debe pensarse seriamente su composición.

5. El Poder Judicial no es una isla en un mar, sino un termómetro de la propia sociedad. Sólo en una sociedad justa puede darse una auténtica justicia, del mismo modo que estructuras sociales injustas no pueden ofrecer los presupuestos que permiten el desarrollo de la justicia. La conflictividad social estructural no puede resolverse por el imperio de la ley, ni por los actos heroicos de algunos jueces. Especialmente importante es la función judicial en sociedades en proceso de transición democrática, que en todos los países ha implicado un tiempo y una serie de factores sociales y políticos para completar la tarea de pasar de un Estado autoritario a un Estado realmente democrático.

Por último, debo finalizar recordando que la lucha por el Estado de derecho (Lucas Verdú) no se agota en el reconocimiento jurídico de las garantías constitucionales, sino que exige una tarea permanente de consolidación de los principios democráticos. La labor del juez en esta tarea es crucial, toda vez que él es el intérprete privilegiado de las leyes y el que en definitiva resuelve la conflictividad social de una sociedad. Dotarlo de garantías para ejercer sus funciones de manera independiente, imparcial y con equidad es una garantía para ir paso a paso consolidando una verdadera democracia.

Bibliografía citada

ALEXIS, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Justicia / Conflicto*, Madrid: Tecnos, 1988.

— "La sentencia penal", en AA. VV.: *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares e Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, 1999.

— "Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía", en *Jueces para la Democracia*, n.º 48, 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución", en *Derecho*, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 46, 1992.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990.

— *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.

— *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

— "Veintitrés años de recurso de amparo", en *Revista de Derecho Político*, n.os 58-59 (2003-2004), monográfico sobre "Balance de la Constitución en su XXV aniversario".

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", en *Jueces para la Democracia*, n.º 45, 2002.

GUIDDENS, Anthony: *Sociología*, Madrid: Alianza Editorial, 1998 (1.ª ed. en "Manuales").

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (ed.): *Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán*, Santiago de Chile: Sociedad Alemana de Cooperación Técnica y GTZ Proyecto Reforma Judicial, 2003.

KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del derecho*, trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999 (trad. de la 2.ª ed. alemana).

LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid: Ariel, 1994,

LUHMANN, Niklas: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Pappe y Erker, Barcelona: Anthropos, 1998, 2.ª ed.

PÁSARA, Luis: "Cómo evaluar el estado de la Justicia", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›.

— "El conflicto entre medios de comunicación y justicia", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›.

— "Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia", en ‹http://www.unifr.ch/derechopenal›.

PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2000, 7.ª ed.

PRIETO SANCHÍS, Luis: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.

MESSUTI, Ana: "El tercero: una interpretación", en Messuti y Sampedro Arrubia (comps.): *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires: Universo, 2001.

SÁCHICA, Luis Carlos: *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá: Temis, 1993.

SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada: *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, Salamanca: Tesitex, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español", en Messuti y Sampedro Arrubia (comps.): *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires: Universo, 2001.

Rupert Scholz (Alemania)*

Los partidos políticos en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania. Fundamentos jurídico-constitucionales y realidad constitucional

El tema de los partidos políticos es medular para el buen funcionamiento y la estabilidad de cualquier democracia, porque en la estructura de cualquier democracia los partidos políticos son pilares decisivos. Ahora bien, hay que diferenciar entre los respectivos sistemas políticos, los sistemas constitucionales, porque de ellos depende qué papel desempeñan los partidos políticos en cada caso y cómo se desarrollan. Una diferencia muy fundamental es la que distingue las democracias presidencialistas, como las que existen sobre todo en Latinoamérica, y las democracias de representación parlamentaria, como las que tenemos mayoritariamente en Europa. Los sistemas presidencialistas conducen por lo general y efectivamente a que los partidos políticos se asemejen más a asociaciones de electores; por ejemplo, determinadas personalidades que tienen aspiraciones presidenciales construyen sus agrupaciones como apoyo para su elección. Las democracias representativas parlamentarias, en cambio, han generado otro tipo de partidos políticos, el de los partidos programáticos. Es decir, son asociaciones en el centro de cuyas actividades se encuentra un determinado programa político y no tanto una persona, ya que de lo que se trata es de impulsar —a través del Parlamento— contenidos políticos y mayorías políticas. Me he permitido estas acotaciones previas porque el sistema alemán obviamente se caracteriza por partidos programáticos, que operan como soportes de un sistema parlamentario representativo.

Conforme a la Constitución alemana, la Ley Fundamental, el sistema democrático de la República Federal de Alemania se basa en dos principios estructurales: por una

---

* Doctor y profesor de la Universidad de Múnich, y de la Universidad Libre Berlín. Ex ministro de Defensa de la República Federal de Alemania. ‹Rupert.Scholz@jura.uni-muenchen.de›

parte, en el riguroso principio de la democracia de representación parlamentaria (artículo 38 de la Ley Fundamental) y, por la otra, en el principio jurídico-organizativo de un sistema democrático basado en partidos políticos (artículo 21 de la Ley Fundamental). Este estricto apego a la democracia representativa parlamentaria implica excluir por principio todas las formas de democracia directa o plebiscitaria. Por consiguiente, estas modalidades, como son la consulta popular, la iniciativa popular y el referéndum, no están previstas en la Ley Fundamental. Ello se explica por las experiencias negativas que se habían tenido con tales mecanismos plebiscitarios en la democracia de Weimar, razón por la cual se optó claramente por el modelo de democracia representativa parlamentaria para la República Federal de Alemania. Sin embargo, hay variaciones en el nivel de los estados federados. Las constituciones de éstos admiten casi sin excepciones formas de decisión plebiscitarias, aunque en la práctica política ellas no tienen un peso importante. Por lo tanto, también aquí predomina el sistema de la democracia representativa parlamentaria —al menos en la realidad constitucional.

En el contexto de las grandes sociedades pluralistas modernas, una democracia representativa parlamentaria es necesariamente también una democracia basada en partidos; ya que, para la formación de la opinión y la voluntad políticas, estas grandes sociedades modernas y sus diversidades pluralistas requieren de mecanismos de unificación, compensación e integración, y sobre todo de organización de la capacidad de articulación. Esto es algo que sólo los partidos políticos pueden lograr, y en general en Alemania, tanto en el pasado como el presente, han cumplido bien estas funciones. En virtud de ello, la Ley Fundamental, en su norma básica del artículo 21, ha reconocido, constituido y legitimado expresamente la *democracia de los partidos*. El artículo 21 de la Ley Fundamental dice expresamente que "los partidos cooperan en la formación de la voluntad política del pueblo". De esta forma la Ley Fundamental sacó también la consecuencia del fracaso de la democracia de Weimar, cuyo sistema constitucional, la Constitución de Weimar, literalmente pasaba por alto los partidos, dejándolos también constitucionalmente en una *zona gris* o relegándolos a ella, algo que puede ser funesto y además terminar —como lo demuestra el fracaso de la democracia de Weimar— en un desastre antidemocrático, totalitario. Ésta es precisamente la razón por la que la Ley Fundamental no sólo nombra expresamente los partidos políticos, sino que además determina tanto su función constitucional como su legitimación en el proceso de formación de la voluntad política, y los compromete a su vez con los principios del Estado constitucional democrático, con lo cual eleva los partidos "al rango de una institución jurídico-constitucional", tal como acertadamente lo ha expresado la Corte Constitucional Federal. Los partidos son organizaciones políticas que la democracia necesita "para unir a los electores en grupos con capacidad de acción política, dándoles así la posibilidad de influir efectivamente sobre el acontecer estatal". En este sentido, los partidos, como lo explica la Corte Constitucional Federal, son "eslabones entre los individuos y el Estado", lo cual sin embargo no significa que ellos mismos sean el Estado u órganos constitucionales autónomos del Estado. Los partidos se

mantienen en la esfera por principio no estatal de la sociedad, por lo que son organizaciones de derecho privado y no de derecho público. Pese a su participación en el proceso de formación de la voluntad político-democrática, y con ello en la constitución del Estado democrático, no pertenecen al "ámbito de la estatalidad organizada".

En este sentido el artículo 21, párrafo 1, inciso 1, de la Ley Fundamental establece que "los partidos cooperan en la formación de la voluntad política del pueblo". El artículo 21, párrafo 1, inciso 2, de la Ley Fundamental dice que la fundación de los partidos es libre. El artículo 21, párrafo 1, inciso 3, dispone que la "organización interna de los partidos políticos debe responder a los principios democráticos". El artículo 21, párrafo 1, inciso 4, establece que los partidos "deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y el uso de sus recursos, así como de su patrimonio".

El artículo 21, párrafo 2, prohíbe a los partidos "que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el orden fundamental democrático de libertad, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania". Sin embargo, el órgano que decide en forma exclusiva sobre esta inconstitucionalidad de un partido político es la Corte Constitucional Federal y no, por ejemplo, el Ejecutivo. Los órganos constitucionales de la República Federal de Alemania —el Gobierno Federal, el Parlamento Federal (Bundestag) y el Consejo Federal (Bundesrat)— pueden solicitar a la Corte Constitucional Federal que prohíba un determinado partido político por ser inconstitucional. Sin embargo, ello sólo ha ocurrido dos veces en la historia de la República Federal de Alemania, concretamente en los años cincuenta. En estos casos se prohibió, por un lado, el partido nacionalsocialista SRP (Partido Socialista del Reich) y, por el otro, el KPD (Partido Comunista de Alemania), porque ninguno de los dos era compatible con el sistema de un Estado constitucional, liberal y democrático en el sentido de la Ley Fundamental, y ambos se proponían luchar contra este orden democrático liberal o eliminarlo.

En cumplimiento de las disposiciones del artículo 21 de la Ley Fundamental, los aspectos específicos del régimen jurídico de los partidos políticos están regulados en la ley sobre los partidos políticos, es decir, la Ley de Partidos. En este cuerpo legal se definen, por una parte, la posición jurídico-constitucional y las tareas específicas de los partidos (véase § 1); por otra parte, y sobre todo, se define el concepto de partido político en el § 2:

> Los partidos son asociaciones de ciudadanos que influyen en forma duradera o por largo tiempo en la formación de voluntad política proyectada en la Federación o un Estado federado, y aspiran a cooperar en la representación del pueblo en el Parlamento Federal [Bundestag] o en el Parlamento de un estado federado [Landtag], siempre que ofrezcan garantía suficiente de la seriedad de sus fines, considerando el cuadro global de las circunstancias reales, especialmente en cuanto a la amplitud y solidez de su organización, número de afiliados, y en atención a su impronta en la esfera pública.

Esto significa que, sobre todo las agrupaciones políticas *ad hoc*, como las *iniciativas ciudadanas* o simples agrupaciones electorales, no pueden obtener el estatus

de un partido político; por lo tanto, tampoco pueden participar en las elecciones al Parlamento Federal. Si bien en el régimen constitucional de la República Federal de Alemania estas organizaciones *ad hoc*, agrupaciones electorales o asociaciones de ciudadanos, también tienen el derecho de articularse políticamente, éste sólo rige de acuerdo con las normas generales del Código Civil relativas al régimen jurídico de asociaciones, y en el ámbito político sólo para las elecciones de nivel comunal, ya que estas asociaciones, por su naturaleza, no apuntan al ejercicio de una responsabilidad política global, sino que se limitan a perseguir fines políticos exclusivamente selectivos, en general sumamente momentáneos y concretos —por ejemplo, para la defensa de determinados objetivos de la política medioambiental.

Gran importancia tiene el mandato de la democracia interna. Es decir, un partido político debe observar también dentro de su propia organización los principios democráticos. Es así como tanto los funcionarios del partido como, sobre todo, los candidatos para las elecciones estatales deben ser elegidos democráticamente dentro de los partidos. Cualquier incumplimiento de este mandato conduce a la declaración de inconstitucionalidad.

Otro punto muy determinante es el referido al financiamiento de los partidos. El artículo 21, párrafo 1, inciso 4, de la Ley Fundamental establece, como ya se mencionó, que los partidos "deben rendir cuentas públicamente sobre la procedencia y el uso de sus recursos, así como su patrimonio". Los aspectos específicos de este punto se encuentran regulados en las disposiciones de los § 23 y siguientes de la Ley de Partidos. Lo más importante es que los partidos no pueden ser financiados por el Estado, ya que de ese modo éste podría convertirse en presa fácil de los partidos o, a la inversa, el Estado podría utilizar a los partidos para sus propios fines. Los partidos son organizaciones puramente sociales, es decir, de derecho privado. No forman parte del Estado, razón por la cual tampoco pueden ser financiados o sostenidos por él. Esto lleva a que el financiamiento de los partidos políticos se sustente básicamente en las cuotas de los afiliados y en donativos de los ciudadanos.

Sin embargo, también estos donativos están sujetos a una rendición pública de cuentas, ya que sólo así es posible garantizar que no se ejerzan influencias poco transparentes sobre los partidos por parte de determinados grupos de interés de la sociedad. Los partidos sólo reciben una financiación estatal parcial en la medida en que participen en las elecciones y se les generen gastos especiales por concepto de campañas electorales. Ello ha sido reconocido expresamente por la Corte Constitucional Federal alemana; el monto de los aportes estatales al financiamiento de las campañas electorales de los partidos depende de los respectivos resultados electorales, es decir, del número de votos obtenidos por el partido. Este sistema de financiamiento se justifica por el hecho de que en el Estado democrático, concretamente a través de la participación en las elecciones, los partidos asumen también funciones constituyentes para la organización democrática de ese Estado; vale decir que en este sentido desempeñan un tarea pública de índole estatal. Ahora bien, más allá de estos reembolsos de gastos para campañas electorales, los partidos no pueden recibir aportes del Estado.

Sólo a aquel ámbito en el que los partidos participan directamente en la organización del Estado, es decir en el nivel de los parlamentos, se aplica un criterio diferente. Por regla general, después de las elecciones, los partidos en los parlamentos, tanto el Parlamento Federal como los parlamentos regionales, constituyen bancadas o grupos parlamentarios. A través de estas bancadas se organiza el trabajo parlamentario; y para este trabajo parlamentario el Estado puede conceder a los partidos una asignación financiera —por ejemplo para contratar personal, para adquirir materiales y equipos, etcétera—. No obstante, no se permite un financiamiento completo de los partidos políticos por parte del Estado, tampoco por la vía del apoyo financiero de las bancadas. Por el contrario, la utilización por parte de un partido político de recursos estatales, que le fueron asignados en su calidad de bancada para su labor en el parlamento, para fines político-partidarios generales, es jurídicamente improcedente.

En la realidad política, es decir, la realidad constitucional de la República Federal de Alemania, los partidos políticos han tenido una participación muy exitosa. Sin lugar a dudas y en forma decisiva ayudaron a establecer una democracia llena de vida y, sobre todo, estable. Se fue conformando un sistema relativamente compacto de partidos políticos que determinó la realidad constitucional de la República Federal de Alemania, y que ante todo logró evitar que se produjera una fragmentación demasiado grande del arco político. En todo caso, en este contexto cumple un papel particularmente importante la *cláusula del 5%* del sistema electoral alemán, según la cual un partido político sólo tendrá una representación en el Parlamento Federal si obtiene al menos el 5% de todos los votos válidamente emitidos o al menos tres mandatos directos. Esta norma, que fue declarada como constitucional por la Corte Constitucional Federal, apunta a evitar un grado demasiado alto de fragmentación partidaria en el Parlamento o, dicho de otra forma, a no pavimentarle el camino al Parlamento a cualquier pequeño partido. Precisamente éste fue uno de los grandes errores estructurales de la democracia de Weimar, que con su sistema electoral proporcional sin contrapeso favoreció una multiplicidad de partidos pequeños, hasta minúsculos, les abrió el camino hacia el Parlamento y de esa forma generó enormes problemas para constituir mayorías y, por ende, gobiernos estables. Precisamente por esta razón se estableció la barrera del 5%, que sin duda ha dado buenos resultados.

En la realidad constitucional de la República Federal de Alemania siempre fueron los dos grandes partidos populares, la Unión Demócrata-Cristiana - Social-Cristiana (CDU-CSU) y el Partido Socialdemócrata (SPD), los que han desempeñado el papel determinante. Ambas organizaciones son auténticos partidos populares —el SPD a más tardar desde su Programa de Godesberg, con el que a finales de los años cincuenta dio el giro desde un partido exclusivamente obrero hacia un partido popular—. Basándose en el principio del *partido popular*, estas dos grandes organizaciones han logrado canalizar e integrar corrientes, intereses e influencias sociales siempre diversas e incluso antagónicas, y también compensarlas en forma satisfactoria en la antesala de la organización del Estado y la formación de la voluntad estatal. Esta

capacidad integradora es una condición necesaria para constituir mayorías, y la capacidad de constituir mayorías significa ante todo capacidad de ceder para construir acuerdos y de ser abierto, también en términos programáticos.

Ahora bien, cuanto más diferenciado y también contradictorio es el cuadro de una sociedad pluralista, tanto más difícil será la función integradora de un partido popular y, con ello, el objetivo de la propia capacidad de constituir mayorías. Sólo la capacidad de integración despierta en el ciudadano la disposición a identificarse con un partido, y esta identificación, a su vez, exige que el ciudadano encuentre una identidad plausible en el objetivo político y programático de un partido. A lo largo de las décadas pasadas, este proceso de interrelación entre los partidos populares y la sociedad ha funcionado bien y en forma relativamente constante en Alemania. Si se quiere, los cuadros de opinión relativamente cerrados y por lo tanto previsibles en la sociedad podrían reducirse al denominador común de una orientación general hacia el *centro* político, aunque el concepto de *centro* por si sólo no diga mucho. Sin embargo, este limitado valor informativo del concepto de *centro* se percibiría —y de hecho se percibe— muy poco, ya que, en virtud de su grado de plausibilidad o capacidad de consenso en cierto modo inmanente, es bastante poco cuestionado.

En suma, se puede decir que la CDU-CSU siempre se ha considerado como un partido del *centro* más conservador y el SPD más como un partido de *centroizquierda*. Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo político ha demostrado que las preferencias mayoritarias de los ciudadanos suelen oscilar entre estos dos grandes partidos populares; pero sobre todo ha demostrado que con el transcurso del tiempo el *electorado cautivo* ha tenido cada vez menos importancia, y que el electorado que por lo general se entiende a sí mismo como el *centro* de la sociedad se inclina por uno u otro partido popular —incluso alternando entre ellos—. Es lógico entonces que hayan sido estos dos grandes partidos populares los que a lo largo de la historia de la República Federal de Alemania han constituido la respectiva mayoría con un canciller federal de sus filas.

Junto con estos dos grandes partidos populares existen otros partidos menores que podrían definirse más bien como *partidos ideológicos*, con un perfil programático estructural más rígido. Es el caso, sobre todo, del Partido Liberal (FDP). Este partido ha existido desde los inicios de la República Federal de Alemania y se ha destacado en la política esencialmente como socio de coalición tanto de los democristianos (CDU-CSU) como de los socialdemócratas (SPD). Por otra parte, el FDP más de alguna vez ha tenido problemas con la cláusula del 5% y ha debido realizar esfuerzos enormes para superar esta barrera.

El segundo partido menor, que al igual que el FDP ha de considerarse como un partido ideológico, y que entretanto se ha instalado definitivamente en el espectro de partidos de la República Federal de Alemania, es la Alianza 90-Los Verdes. Este partido se originó como movimiento ecologista y en sus fases iniciales buscó establecer una clara diferenciación de los partidos tradicionales, por ejemplo, intentando de-

finirse como un *partido antipartidos* (Petra Kelly) o como *oposición fundamental* respecto la democracia parlamentaria. Ya hace mucho, sin embargo, que este partido ha superado esa fase. Hoy constituye —justamente porque va más allá de sus raíces ecologistas— un auténtico partido político, que sin duda forma parte, también en términos programáticos, del espectro político general; un partido que entre 1998 y el 2005 por primera vez ha compartido la responsabilidad gubernamental en la República Federal de Alemania en su calidad de socio de coalición del Partido Socialdemócrata.

Si quisiéramos dar una descripción aún más general del espectro político-partidario alemán, podríamos partir del supuesto de que en principio el *centro conservador* se refleja más en coaliciones entre la CDU-CSU y el Partido Liberal, mientras que la *centroizquierda* se plasma más bien en coaliciones entre la SPD y la Alianza 90-Los Verdes. Pero en la historia de la República Federal de Alemania también ha existido una coalición entre el SPD y el FDP, la llamada Coalición Social-Liberal.

Finalmente, en este análisis de los partidos pequeños debemos incluir, especialmente después de las elecciones al Parlamento Federal del 18 de septiembre pasado, el llamado Partido de Izquierda (PDS), que mal que bien obtuvo el 8,7% de los votos. EL PDS, sucesor del partido único de la RDA, que en el fondo sólo cambió de nombre, se unió con algunos grupos o grupúsculos de Alemania Occidental —es decir, la antigua República Federal— y logró este notable éxito electoral, con el que obtuvo 50 diputados. Ahora bien, los interrogantes acerca de qué efectos tendrá esto sobre la estabilidad de nuestra democracia en el largo plazo o si este partido perdurará —un tema absolutamente abierto— sólo tendrán respuesta en el futuro.

En términos globales, estos partidos menores desempeñan un papel que no deja de ser importante en el sistema político alemán, puesto que su derecho electoral consiste en una combinación del sistema mayoritario con el proporcional. Si en Alemania existiera un sistema electoral mayoritario puro, es decir, si los candidatos de los partidos al Parlamento fueran elegidos exclusivamente en forma directa, sólo habría dos partidos en el Parlamento Federal alemán: la CDU-CSU y el SPD. Sin embargo, el derecho electoral alemán sólo prevé el sistema mayoritario en forma limitada, en el ámbito del llamado *primer voto*. En las elecciones al Parlamento Federal, el ciudadano dispone de dos votos: el *primer voto* y el *segundo voto*, que en realidad debería denominarse *voto de partido*. Con el *primer voto* se eligen los candidatos de las circunscripciones, presentados sobre todo por los partidos políticos. En el Bundestag, estos candidatos de las circunscripciones representan aproximadamente el 50% del Parlamento. Con el llamado *segundo voto*, en cambio, se eligen listas presentadas por los partidos políticos, y esta elección de partidos se basa exclusivamente en el sistema proporcional. Es decir, según el porcentaje de votos reunidos, los partidos políticos obtendrán escaños, y éstos suelen constituir el otro 50% del Parlamento.

Este sistema de listas ha conducido a un alto grado de estabilidad político-partidaria, pero también a un grado extraordinariamente alto de poder político real para los partidos políticos, por cuanto sólo ellos están facultados para presentar tales listas y

sólo ellos deciden en forma autónoma el orden en que aparecerán los diferentes candidatos en la respectiva lista. Con su voto, el elector sólo puede optar entre dar su preferencia a la lista del partido A o la del partido B, pero no tiene ninguna influencia sobre la composición de la lista. Otro sistema rige, por ejemplo, en algunos estados federados alemanes, donde el elector también tiene derecho a establecer preferencias dentro de la lista de candidatos presentada por un partido (procedimiento de acumulación o *panachage*). En el marco del debate actual sobre las reformas políticas en Alemania, se está discutiendo la posibilidad de extender este derecho también a las elecciones parlamentarias nacionales. En mi opinión, hay muchos argumentos a favor de ello, ya que permitiría sin duda fortalecer la participación ciudadana frente al poder de los partidos políticos. Pero esta discusión está apenas comenzando. El que efectivamente se produzcan cambios en este aspecto será una decisión que sin duda demorará muchos años.

El sistema proporcional o del llamado *segundo voto* constituye también una garantía de que en el Parlamento Federal no sólo estén representados los dos grandes partidos populares, es decir, la CDU-CSU y el SPD, sino también otros partidos menores, como en especial el Partido Liberal y la Alianza 90-Los Verdes, y ahora esta nueva agrupación Izquierda-PDS. Estos partidos menores, por lo general, no tienen ninguna posibilidad de conquistar mandatos directos a través del *primer voto*; sin embargo, obtienen los correspondientes escaños a través del sistema proporcional. La consecuencia en la realidad política es que generalmente ninguno de los dos grandes partidos populares está en condiciones de lograr la mayoría absoluta en el Parlamento Federal, circunstancia que ha llevado al predominio de los gobiernos de coalición. En términos generales se puede decir que el cuadro político en Alemania habitualmente es determinado y caracterizado por gobiernos de coalición o, dicho de otra forma, por la llamada *democracia de coalición*. Por lo general, los gobiernos federales son formados por coaliciones entre uno de los dos grandes partidos populares y uno de los dos partidos menores. Las llamadas *grandes coaliciones* —es decir, entre la CDU-CSU y el SPD— sólo se habían producido una vez en la historia de la República Federal de Alemania, en los años sesenta; sin embargo, ahora está a punto de producirse este fenómeno por segunda vez. Ahora bien, este sistema de gobiernos de coalición también ha sido blanco de reiteradas críticas políticas, sobre todo considerando el hecho de que dentro de ellos (salvo en el caso de las *grandes coaliciones*) el socio más pequeño habitualmente logra una influencia política desproporcionada. Pero esto no cambia el hecho de que la mentalidad del electorado alemán por lo visto tiende muy claramente a integrar estos partidos menores en la responsabilidad gubernamental —quizás a modo de correctivo frente a uno de los dos grandes partidos populares.

El que efectivamente exista esta preocupación por mantener un cierto equilibrio entre los partidos políticos en la población alemana, al menos en forma latente, se puede comprobar también en otra tendencia. En los estados federados alemanes es muy frecuente que en las elecciones parlamentarias regionales los votantes elijan

mayorías políticas opuestas a las respectivas mayorías en el Parlamento Federal. Con mucha frecuencia el electorado alemán tiende a entregarle mayorías en los parlamentos de los estados federados al partido popular que en el ámbito federal o nacional está en la oposición. Esto tiene como efecto que en el Consejo Federal —la segunda cámara en el proceso legislativo alemán— a veces existan mayorías políticas distintas de las del Parlamento Federal. En ocasiones ello ha tenido como consecuencia que la capacidad de acción política de la mayoría gubernamental en el Parlamento Federal (el Bundestag) se topara con mayorías opuestas en el Consejo Federal (el Bundesrat), con lo cual la capacidad de acción política de aquella mayoría gubernamental se ha visto a menudo fuertemente obstaculizada —por ejemplo, a través de bloqueos definitivos de parte de la mayoría políticamente contraria al gobierno en el Consejo Federal—. Es cierto que hasta ahora esas constelaciones han sido más bien excepcionales. Aun así, en el marco de la reforma del sistema federalista que hoy se discute en Alemania, y que espera a la próxima *gran coalición* como uno de sus grandes desafíos, se busca precisamente, entre otras cosas, limitar un poco las facultades del Consejo Federal en el proceso legislativo, es decir, en la legislación federal. En particular, ello se pretende lograr reduciendo las *leyes aprobatorias* o *leyes federales*, es decir, aquellas leyes que para ser aprobadas no sólo requieren de la votación favorable de la mayoría del Bundestag, sino también de la mayoría del Bundesrat.

Cuando se analiza el espectro de partidos en la realidad constitucional de la República Federal de Alemania, es preciso destacar otro hecho muy importante. En los dos extremos del espectro político, tanto en la derecha como en la izquierda, en general los partidos políticos no han desempeñado un papel muy importante. Felizmente, el extremismo tanto de derecha como de izquierda nunca sido fundamental en la historia de Alemania. Es cierto que varias veces han surgido partidos menores, particularmente por el lado de la derecha, que en ocasiones incluso lograron obtener uno que otro escaño, sobre todo en algún parlamento regional, como actualmente el Partido Nacionalista (NPD); pero, por lo general, estas situaciones sólo han sido transitorias, y los partidos que las protagonizaban desaparecen de escena rápidamente. Lo mismo ocurre en el ámbito de la izquierda o, mejor dicho, del extremismo de izquierda. Sin embargo, con respecto a la izquierda es preciso señalar otro fenómeno político-partidario que tiene que ver con el SED, el antiguo Partido Comunista único oficial de la antigua RDA que hoy se llama —como ya señalamos— Partido del Socialismo Democrático (PDS) o Partido de Izquierda. En los nuevos estados federados, es decir, aquellos que antes formaron parte de la RDA, el PDS sigue gozando de un considerable grado de aceptación en el electorado. Ahora bien, éste por lo general no está compuesto por personas de tendencia comunista; se trata más bien de potenciales de protesta que se dirigen principalmente a la siempre difícil situación económica en estos nuevos estados federados.

El PDS sigue asumiéndose como un partido socialista, y de este modo apegado en gran medida a sus raíces en el sistema comunista-totalitario de la antigua RDA, y

en todas las elecciones llevadas a cabo hasta ahora, tanto al Parlamento Federal como a los parlamentos en los nuevos estados federados, ha logrado captar considerables contingentes de electores —incluso con la consecuencia de formar coaliciones con el SPD en algunos estados (como actualmente en Mecklenburg-Vorpommern y Berlín, y antes también en Sachsen-Anhalt). En los antiguos estados federados —es decir, en la antigua República Federal antes de la reunificación—, en cambio, el PDS nunca logró superar la barrera del 5%. Sólo ahora, en el marco de las elecciones parlamentarias más recientes del 18 de septiembre de 2005, el PDS ha logrado dar un paso más allá, aliándose con una agrupación política relativamente joven y nueva de origen izquierdista de los antiguos estados federados, la llamada WASG,[1] que en el fondo no es más que una asociación de electores. Ahora bien, como ya hemos dicho, parece extremadamente dudoso que esta alianza entre PDS y WASG llamada Partido de Izquierda-PDS perdure. Asimismo, el futuro del PDS en general parece dudoso, ya que la única base de apoyo medianamente estable del PDS sigue concentrándose exclusivamente, como ya se señaló, en los nuevos estados federados, es decir en el territorio de la antigua RDA. En otras palabras, esto significa que el PDS —al menos con respecto a Alemania en su totalidad— todavía no ha podido conquistar una base de apoyo estable en el electorado y que, en el fondo, no es otra cosa que un partido que expresa el contexto social o la sensibilidad alemana oriental.

Ahora bien, los partidos políticos que sólo responden a un determinado contexto social, nunca han logrado perdurar realmente en la historia de los partidos políticos de la República Federal de Alemania, nunca han logrado tener un papel político a más largo plazo. La pregunta que se plantea, por lo tanto, es si finalmente el PDS no correrá la misma suerte en los próximos años. Pero ésta es una pregunta abierta, sobre todo a la luz de los resultados electorales del 18 de septiembre, ante los cuales no queda más que admitir que aquí surgió una grupo parlamentario fuerte, con unos 50 diputados de este partido. Por cierto que mucho dependerá también de en qué medida el SPD logre atraer y absorber o, quizás, vuelva a absorber este campo de izquierda; es decir, la respuesta a la pregunta por el futuro de la democracia alemana dependerá muy fuertemente de si en el futuro habrá dos partidos de izquierda que compiten entre ellos, el SPD y ese nuevo Partido de Izquierda. Incluso se podría hablar de tres partidos, porque Los Verdes siguen siendo en su mayoría un partido más bien de izquierda, aunque también aquí se pueden observar en forma muy patente ciertas tendencias hacia una capacidad de coalición con el campo conservador.

En síntesis, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania consagra para nuestro sistema democrático una combinación entre democracia representativa parlamentaria y democracia basada en partidos. Este sistema, precisamente a la luz

---

[1] WASG = Wahlalternative Soziale Gerechtigkeit (Alternativa Electoral Justicia Social). (N. de la t.)

de una democracia estable y llena de vida, ha dado sin dudas buenos resultados. La República Federal de Alemania dispone de un sólido espectro de partidos democráticos. Cuenta con partidos políticos que adhieren plenamente al orden fundamental democrático y liberal en el sentido de nuestra Constitución, y el comportamiento político de los ciudadanos alemanes hasta ahora y en general ha rechazado claramente cualquier expresión o aspiración de extrema derecha o izquierda. Los partidos extremistas nunca han desempeñado un papel sustancial en la historia de la República Federal de Alemania. En este sentido, Alemania es hoy un Estado constitucional democrático consolidado y estable —algo que a los alemanes con justa razón nos enorgullece, sobre todo después de las grandes tragedias de la dictadura nacionalsocialista de 1933 a 1945, por una parte, y la dictadura comunista en la antigua RDA de 1945 a 1989-1990, por la otra—. Pero también sabemos que la democracia nunca cae del cielo; la democracia debe probar su eficacia una y otra vez, debe ser resguardada una y otra vez, y esto es sin duda una tarea decisiva de los partidos políticos. Los partidos políticos viven de la democracia, pero a la vez deben saber darle forma y conservarla. Eso es el alfa y el omega de cualquier Estado democrático.

Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala) *

La jerarquía de las leyes constitucionales en el derecho constitucional guatemalteco

Introducción

El propósito del presente trabajo es el de tener una idea general de los temas involucrados, a saber, el de la norma suprema y el de la jerarquización del ordenamiento jurídico, para finalmente, con base en ese desarrollo preliminar, centrarnos en el análisis del ordenamiento jurídico guatemalteco en lo que respecta a dichos temas y finalmente emitir opinión respecto a la interrogante principal, que es la cuestión de determinar la jerarquía que ocupan en nuestro ordenamiento las llamadas leyes constitucionales.

1. El tema de la naturaleza de la norma constitucional como norma suprema

Para el análisis de la interrogante que constituye el tema de este breve ensayo académico, se hace necesario establecer previamente las características de la norma constitucional, en cuanto atañe a su naturaleza jurídica y, sobre esa base, establecer la diferencia entre ella y cada una de las leyes llamadas constitucionales.

Comenzamos glosando una noción de Constitución dada por el jurista Hans Kelsen en su ensayo *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, donde dice:

---

* Abogado y notario, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional (USAC). Asesor de la Primera Vicepresidencia del Congreso de la República y del Ministerio de Agricultura. Fue docente de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, catedrático de Jurisdicción Constitucional en la URL y asesor de la Cámara Civil y de la Cámara Amparo de la Corte Suprema de Justicia. Fue disertante en la Asamblea Constituyente (1984), miembro de la comisión mixta revisora del proyecto de Ley de Amparo (1985), disertante en la Corte Suprema de Justicia (1986) y asesor legal de ACNUR-Guatemala (2003-2004). ‹cararocero@yahoo.es›

> […] dicha noción ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. […] La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma como estos órganos habían de proceder; es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del orden estatal.

En su muy ilustrativa obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*,[1] Eduardo García de Enterría se pregunta por qué se dice que la Constitución no sólo es una norma, sino la primera de las normas del ordenamiento jurídico, la norma fundamental (*lex superior*). Según explica, primeramente hemos de considerar que es la Constitución la que define el sistema de fuentes formales del derecho; es así la *norma normarum*, es decir, la fuente de las fuentes. En segundo lugar, la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa. Tiene pues:

> […] una pretensión de permanencia o duración, […] lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. Esta idea determinó, primero, la distinción entre un Poder Constituyente, que es aquel del cual surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. *De aquí se dedujo inicialmente la llamada* rigidez *de la norma constitucional, la cual le asegura una llamada* superlegalidad formal, *que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios*.[2]

En el caso de la Constitución española, señala este autor que dicho procedimiento está contenido en el título X (en los artículos 167 y 168, precisamos). En ambos casos se observa que efectivamente hay rigidez en las normas, máxime en el segundo de estos artículos, donde el procedimiento necesariamente incluye un referéndum. En el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala, tales normas rígidas son las contenidas en el título VII, específicamente en los artículos 278, 280 y 281, en el último de los cuales se contempla el caso referente a las llamadas en doctrina *disposiciones pétreas* de nuestra constitución.

---

[1] Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 50 ss.

[2] Cursivas agregadas.

También refiere García de Enterría que de la misma idea de pretensión de permanencia se deriva:

> [el] reconocimiento de una "superlegalidad material", que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior Poder Constituyente.

Concluye el autor con un razonamiento interesante el tema de las superlegalidades formal y material de la norma suprema:

> […] En un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en último extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida, bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus cauces propios. […]
>
> La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió.

El autor explica que en el caso de Inglaterra, aunque no se puede negar que no faltó la ida de un *fundamental law,* prevaleció sin embargo el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria. De tal modo:

> […] la idea de un derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del derecho natural como superior al derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos norteamericanos en su lucha contra la Corona inglesa.

Es en ese *derecho más alto* que se funda la rebelión, y su afirmación va a estar entre las primeras proclamaciones del nuevo orden. Explica el autor que ya en 1761, en el *Writs of assistance case:*

> […] se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias *a the fundamental principles of law*, de lo que deduce que *an Act against Constitution is void* (una ley contra la Constitución es nula) y que los tribunales deben inaplicarla (*the courts must pass such Acts into disuse*).

Indica García de Enterría que los colonos norteamericanos encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos, pues,

> […] ambos son herederos de la gran tradición iusnaturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el derecho natural, que es a la vez la expresión de una *lex eterna* y *lex legum*, ley para todas las leyes.

De tal manera, la aportación de Locke consiste en que "ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto derecho natural en los derechos del hombre". Concluye estableciendo el *supreme power* de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos frente a cualquiera, *aun frente al legislador:*

> Pero esta doctrina ofrece algo más que una mera filosofía; *ofrece una técnica jurídica concreta*: la de que, en los términos del Bonham's case, el *common law*, en su aspecto de *ius naturæ*, controle las Leyes del Parlamento y en ocasiones las declare totalmente nulas; el juez puede, pues, controlar al Parlamento.
>
> [En consecuencia,] la gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento.

Luego el autor cita al jurista Corwin, que en su obra titulada *The higher law background of American constitutional law* afirma lo siguiente:

> Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de derecho; pero, en segundo lugar, aun bajo la forma escrita constitucional, difícilmente se habaría mantenido el *higher law* como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la *judicial review* (la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes). De este modo, investido con forma legal e instrumentado por la *judicial review*, el *higher law*, con juventud renovada, entra en uno de los grandes períodos de su historia, y jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano.

Se trata, pues, de la doctrina de la supremacía constitucional, la cual no fue enunciada por el Tribunal Supremo hasta la capital sentencia de 1803 en el caso *Marbury v. Madison*, obra del gran juez Marshall, que concretó definitivamente que, en los términos de la sentencia, "la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura".

Luego el jurista García de Enterría, en el capítulo siguiente de la obra citada, explica *la forma como se gestó la recepción en Europa del principio de supremacía constitucional y su incorporación al expresarse en el sistema austríaco-kelseniano de justicia constitucional*.

En virtud de su arraigado sistema monárquico, Europa quedó totalmente al margen de esa formidable construcción del constitucionalismo estadounidense. Principalmente debe notarse que:

> [El] largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial. […]
>
> El orden jurídico aplicable materialmente por los tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes de derecho que ésta definía, pero esa procedencia se reducía a los aspectos formales de organización, *sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica*.
>
> A su vez, la parte dogmática de la constitución, o no existía (lo que era frecuente; por ejemplo, en la mayoría de las Constituciones francesas y en nuestro Estatuto Real de 1834, como en la alemana de Bismarck de 1871), o se expresaba apenas en principios muy generales, cuya positivización técnica requería el intermedio de Leyes ordinarias, sin las cuales carecían de toda operatividad.[3]

---

[3] Cursivas agregadas.

Explica García de Enterría la manera en que en Europa se realiza la recepción del sistema de justicia constitucional, por dos vías. La primera concluye en la Constitución alemana de Weimar.

> [Ésta] monta un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal.
>
> El segundo sistema, que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, aunque con matizaciones significativas, en esta segunda posguerra, es el sistema austríaco, obra personal y sin duda alguna genial (una de las más grandes creaciones históricas debidas a un solo jurista) de Kelsen, sistema expresado por vez primera en la Constitución austríaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929.

Seguidamente señala el autor cómo el sistema austríaco-kelseniano difiere del sistema de la *judicial review*. Primeramente porque, a diferencia del llamado *control difuso* del sistema americano, el cual implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes inconstitucionales, con la respectiva matización del principio *stare decisis*, que vincula los tribunales inferiores a las decisiones de la Suprema Corte. A contrario de lo anterior, el sistema kelseniano configura lo que conocemos como un *control concentrado*, que está confiado a un solo tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley, y al que habrán de dirigirse los tribunales inferiores que carecen, por lo tanto, del poder de inaplicar las leyes inconstitucionales por sí mismos.

Kelsen considera que dicha labor no es una labor judicial propiamente dicha, sino más bien una labor legislativa —en los términos propios de este autor, de *legislación negativa*—. Explica García de Enterría:

> El rigor lógico con que este principio es mantenido lleva a Kelsen a sostener que hasta tanto el Tribunal Constitucional no ha declarado inconstitucional la ley (declaración que tiene efectos *erga omnes*, lo que es propio de un acto legislativo —fuerza de ley—, aunque aquí sea de abrogación), dicha ley es válida, que es lo que justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla; no se da, pues, como en la relación ley-reglamento (y como el sistema norteamericano de *judicial review* aplica en la relación Constitución-ley), un vicio de nulidad de la ley inconstitucional, sino de mera anulabilidad. De donde se infiere la naturaleza constitutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional y su valor *ex nunc* y no retroactivo, sólo pro futuro —todas, diferencias sustanciales con el sistema americano genuino.

Menciona el autor que Volpe alude a que Kelsen ha querido evitar la consagración de un *gobierno de los jueces*, lo cual es comprensible, máxime porque en el momento en que construye su sistema imperan en Europa, especialmente en el mundo germánico, las posiciones de la Escuela del Derecho Libre, las cuales daban luz verde a los jueces como elaboradores de derecho, atribuyéndole a dicha elaboración el carácter de fuente de derecho. Afirma el autor analizado:

> [Kelsen,] otorgando al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, *ex nunc* y *erga omnes*, inconstitucional una ley, asegura a la vez la primacía de la Constitución

> sobre el Parlamento, pero al vedar cuidadosamente a este Tribunal el enjuiciamiento de supuestos de hechos y casos concretos y *limitando su actuación a la descrita función abstracta* de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, *evita que el Tribunal entre en apreciaciones de hechos e intereses y en la valoración y la pasión que son inseparables de la decisión de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las leyes sobre el terreno de la oportunidad, sustituyendo con su juicio el juicio político que sólo al Parlamento pertenece*. De este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico.

Todo lo dicho es con el afán de opinar sobre cómo concebimos que está formulado el sistema guatemalteco, y para ello no nos resistimos a seguir utilizando lo plasmado por García de Enterría al referirse al sistema español. Lo hacemos de esa manera por considerar que el sistema en Guatemala es muy similar en su concepción al español. Ambos se apartan del estricto y riguroso sistema kelseniano, el cual:

> […] con su cuidado en separar de manera rigurosa los jueces y tribunales ordinarios de la Constitución, puede y debe decirse que sólo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente [por la Constitución.] El juicio, que este Tribunal se reserva, de eliminar (*ex nunc*) las leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de *jerarquía normativa de la constitución sobre la ley*, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la Ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y ley […] Lo esencial aquí es que la invalidez de la ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del *legislador negativo*. Los Tribunales ordinarios están sólo vinculados a las Leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución.

De tal manera, frente al anterior criterio kelseniano, estricto y riguroso, las constituciones española y guatemalteca, siguiendo predominantemente a los sistemas italiano y alemán actuales, son explícitas en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional, afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos, y que por tanto, necesariamente, es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y tribunales.

La Constitución no es, pues, un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofiláctico concentrado en un órgano único y exquisito, al que se encomienda en exclusiva eliminar las normas inconstitucionales como complemento de la actividad propiamente legislativa, actividad que sólo a través de la eliminación y sustitución de las normas llegará, finalmente, a los ciudadanos y a los jueces. Es una norma jurídica efectiva y, por tanto, aplicable por sí misma, y seguidamente veremos con qué alcance concreto.

A la vez, la Constitución hace inválidas las normas inferiores que se le opongan desde su origen. En este sentido, habrá que decir que en nuestro sistema constitucional están también presentes elementos sustanciales procedentes del principio norteamericano de supremacía constitucional, por debajo de la apariencia formal de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

2. El tema de la jerarquía de las normas

Hans Kelsen, en su ensayo titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución*,[4] indica:

> Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del derecho.

Continúa el autor Kelsen en el citado ensayo:

> Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes. […] La cuestión de la garantía y el tipo de garantía de la Constitución, es decir, la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelta, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica (Stufenbau) del orden jurídico, ya apuntada, está en posibilidad de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que sólo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de *Constitución* […] porque *esta noción implica la idea de una jerarquía de formas jurídicas*.

Explica Kelsen que en la noción de constitución va incluido el considerar la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria. Según él, de la noción de Constitución:

> […] se deriva la idea de asegurarle [a ella] la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir. Así aparece la distinción de la forma constitucional y de la forma legal ordinaria. Limitativamente, sólo la Constitución, en sentido estricto y propio del término, se encuentra revestida de esta forma especial o —como se dice habitualmente, si no es que felizmente— la Constitución en sentido material coincide con la Constitución en sentido formal.
>
> Si el derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta de la forma legal, nada se opone a que esa forma sea empleada también para ciertas normas que no entran en la Constitución en sentido estricto, principalmente para las normas que regulan no la creación sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales.

De tal manera, pues, según el jurista vienés:

> […] la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la

---

[4] Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Guatemala, 1979, p. 82.

> propiedad, etc. Así, la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala. Es por ello que se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes.

Y muy brevemente, algo respecto de la relatividad de la oposición entre producción y aplicación del derecho. En su obra titulada *Teoría pura del derecho*, afirma Kelsen al respecto:[5]

> El examen de la gradación del orden jurídico muestra que la oposición entre producción o creación del Derecho por un lado, y ejecución o aplicación del Derecho por otro, no tiene aquel carácter absoluto que la teoría jurídica tradicional liga a esta oposición, tan importante para ella. La mayor parte de los actos jurídicos son al mismo tiempo actos de producción jurídica y actos de ejecución jurídica. Con cada uno de esos actos jurídicos es ejecutada una norma de grado superior, y producida una norma de grado más bajo. De esta suerte, el primer acto constituyente —el más elevado de la producción jurídica— se presenta como ejecución de la norma fundamental.

Según lo explica Arabella Castro Quiñónez, ex presidenta del Congreso de la República de Guatemala, en su tesis de graduación:[6]

> El orden de la pirámide de Kelsen se constituye en razón de tres elementos: el primero, el contenido de las normas jurídicas, en virtud del cual el legislador puede determinar el segundo, o sea, la designación formal del escalón que tal norma ocupará en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal orden no será suficiente para lograr una verdadera cohesión, si no ese establece cuál es el vínculo que relaciona una norma de un grado superior con la de otro inferior. Es aquí donde surge el tercer elemento integrador de la pirámide, y nos referimos a la relación que existe entre norma supraordinada y norma subordinada. Esta relación no es "creada" sino que es intrínseca de toda norma jurídica, intrínseca porque la aplicación de una norma jurídica superior crea forzosamente otra norma de un grado inferior.

Todo lo anterior ha sido brevemente esbozado con el único objeto de poder entrar al tema relativo al conflicto entre normas de diferente grado, pues de no existir conflictos, es decir, de no existir antinomias, no tendría mayor relevancia jurídica el análisis del tema de la jerarquía normativa, al menos a nuestro modo de ver. Kelsen nos dice al respecto en la obra últimamente citada:[7]

> Parece quedar en tela de juicio la unidad del orden jurídico gradualmente construido, tan pronto como una norma de grado inferior no guarda conformidad con la norma de grado superior que la determina, sea en cuanto a su producción, sea en cuanto a su

---

[5] Hans Kelsen: *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1946, p. 118.

[6] Arabella Castro Quiñónez: *Propuesta de jerarquización del ordenamiento jurídico guatemalteco*, Guatemala, 1980, pp. 68 ss.

[7] Kelsen: o. cit., p. 120.

> contenido, es decir, cuando es contraria a la determinación que constituye la relación de supra a subordinación. Es el problema de la norma antinormativa el que aquí plantea: el problema de la ley inconstitucional, del reglamento ilegal, de la sentencia judicial, o del acto administrativo ilegal o contrario al decreto. Es necesario preguntar cómo puede mantenerse la unidad del orden jurídico, en tanto sistema lógicamente cerrado de normas, si existe una contradicción lógica entre dos normas de diferente grado de este sistema, si están en vigencia tanto la constitución como la ley que la infringe, tanto la ley como la sentencia que la contradice. Conforme al derecho positivo, no puede ponerse en duda que exista el caso.

Kelsen hace una muy complicada elaboración del tema, pero por la naturaleza de este ensayo sólo importa ahora mencionar la conclusión a la que el autor finalmente arriba:

> […] es jurídicamente desacertada cualquier otra opinión acerca de una supuesta contradicción existente. La "contradicción" aparece en la esfera del derecho, pero simultáneamente con la derogación de la norma contradictoria. La llamada "antinormatividad" de una norma que ha de suponerse como válida por alguna razón no es en verdad otra cosa —si se prescinde de la responsabilidad personal del órgano, que en nada la alcanza— que su posible derogación por razones determinadas, es decir, su anulabilidad por medio de otro acto jurídico; o su nulidad, es decir, su negación, como norma válida, por el conocimiento jurídico, la disolución de la apariencia de norma jurídica válida. La "normativa antinormativa", o sólo es anulable, vale decir, norma válida hasta su anulación y, por tanto, norma regular; o es nula, en cuyo caso no es norma. El conocimiento normativo no tolera una contradicción entre dos normas del mismo sistema. El derecho mismo resuelve el conflicto entre dos normas válidas de diferente grado.[8]

3. Criterios de distinción para la clasificación jerarquizada de las normas

Como efectivamente apunta Arabella Castro Quiñónez en su tesis de graduación, el ordenamiento constitucional y legal guatemalteco carece de normativa expresa que delimite o clasifique adecuadamente la jerarquía de las distintas normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, aunque sí encuentra en él la existencia de una jerarquización tácita o implícita. Fue por ello que, para establecer el sistema jerárquico que derivaba de la Constitución de la República entonces vigente, no regulado en norma expresa alguna, con vistas a determinar la existencia de una escala jerárquica implícita que de ella se deriva, esta profesional se basó en cuatro parámetros fundamentales:

a. cuál es el órgano emisor de la norma;
b. cuáles son los requisitos de su emisión;
c. su flexibilidad o rigidez, y
d. cuáles son sus efectos.

---

[8] Kelsen: o. cit., p. 125.

Explica Castro Quiñónez por qué escogió dichos parámetros:

a. En lo que atañe al *órgano emisor de la norma*, señala que, dado que nuestra forma de gobierno es la democrático republicana y el tema del Poder Constituyente ha sido elaborado con base en criterios de la máxima "participación de los individuos que componen una sociedad en las decisiones colectivas que [ésta] toma, y el nivel de inmediatez en la delegación de poder que el pueblo hace en sus representantes, dentro de este orden de ideas hemos considerado que el único órgano que recibe una cuota ilimitada de poder por parte del pueblo es el Poder Constituyente, que recibe esa cuota de poder con la obligación claramente establecida de localizar, identificar y expresar cuáles son los valores fundamentales de la sociedad que lo ha instituido".[9] Así explica que las normas emanadas de dicho Poder Constituyente deben necesariamente ser las que ocupen el grado más alto de la escala jerárquica, y que las normas emanadas de otros órganos deben ser necesariamente inferiores a aquéllas.

b. En lo que respecta al *segundo parámetro, relativo a los requisitos de emisión de la norma*, dice la citada profesional:

> […] somos partícipes de la idea doctrinaria de que, a mayor dificultad para la emisión de una norma, por ejemplo, una mayoría calificada en cuanto a los votos necesarios para su promulgación, mayor es su importancia. En efecto, si existen requisitos especiales para la emisión de una norma, es porque la materia de ésta ha sido considerada por el Poder Constituyente como un valor que requiere de una atención especial o de reflexión más prolongada para ser regulado. Es obvio que el Poder Constituyente considera como un valor más importante aquel para cuya regulación se requiere de una mayoría calificada en el Congreso, en relación con aquel para cuya regulación se requiere simplemente de una mayoría absoluta.[10]

c. En *lo que respecta a su flexibilidad o rigidez*, la citada profesional considera que este factor está ligado al anterior y obedece a las mismas razones, pero se basa en un principio distinto. El anterior criterio, el de los requisitos de emisión de la norma,

> […] busca lograr una mayor reflexión, un mayor consenso para la emisión de la norma. Por el contrario, la flexibilidad o rigidez para la derogación, abrogación o reforma de una norma enfoca su intención en la vida de ésta después de emitida, buscando en consecuencia la mayor o menor estabilidad de la norma de que se trate. Efectivamente, si el contenido material de la norma representa un valor fundamental para el Estado, se buscará que ella sea lo más estable posible, llegándose incluso al extremo de proscribir toda posibilidad de derogación, abrogación o reforma.[11]

---

[9] Castro Quiñónez: o. cit., p. 74.
[10] Ibídem, p. 75.
[11] Ibídem, p. 76.

d. *En cuanto a los efectos de la norma jurídica*, explica Castro Quiñónez que usará el término *efecto*, restringido en dos sentidos:

> […] el primero, a la consecuencia que la emisión o creación de una norma puede o debe tener sobre el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico; el segundo, a la importancia del conglomerado humano que se vea afectado por la aplicación de la norma de que se trate.

Es importante mencionar que la enunciación de dichos parámetros no obedece a orden alguno ni establece ninguna relación de importancia entre unos y otros. Explica la citada profesional que es "la combinación de los cuatro parámetros lo que nos ha indicado en qué grado jerárquico debe situarse cada norma".

Consideramos que dichos parámetros, explicados claramente por Arabella Castro Quiñónez, pueden muy bien servir a los efectos de nuestro ensayo, que se circunscribe a determinar comparativamente la jerarquía normativa de las llamadas leyes constitucionales en relación con la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es más, Castro Quiñónez ha efectuado dicho análisis comparativo como parte de su análisis global, pero aplicado a la entonces vigente Constitución de la República de 1965. En dicho trabajo situó las leyes constitucionales en el *segundo escalón* de la estructura jerárquica de nuestro ordenamiento jurídico. Su punto de vista lo sostiene sobre la base de la siguiente argumentación:

3.1. *Primeramente analiza por qué la Constitución entonces vigente se encuentra en el grado superior de la jerarquía normativa*, utilizando para ello los siguientes argumentos:[12]

> Nuestra Constitución de la República establece para sí misma el grado superior de jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Efectivamente, si analizamos los cuatro parámetros a que nos referimos anteriormente, vemos que la única conclusión que cabe es la recién apuntada. En primer lugar, la Constitución de la República fue emitida por el Poder Constituyente, en el caso de Guatemala denominado *Asamblea Nacional Constituyente*, poder éste que, conforme ha quedado explicado, es el único ilimitado, y por decisión de nuestra propia sociedad, aunque careciendo de actividad permanente, el poder supremo. De ahí que, atendiendo al punto de vista del órgano del que emana la norma, la Constitución deba ser la primera. En lo que toca a los requisitos de emisión de las normas constitucionales, debe tomarse en cuenta que, si bien no se requirió de unanimidad ni de mayoría calificada, sí participó en la Asamblea Nacional Constituyente un número de representantes mayor que el número de diputados que integran el Congreso, incluso actualmente, de donde se deduce que había representatividad más legítima. Desde el punto de vista de la flexibilidad o rigidez de las normas constitucionales guatemaltecas, no cabe duda de que son las más rígidas de nuestro ordenamiento jurídico, ya que para cualquier caso de abrogación, derogación o reforma se requiere el cumplimiento de requisitos que no se exigen para derogar, abrogar o reformar ningún otro tipo de norma de

---

[12] Ibídem, p. 79.

> nuestro ordenamiento jurídico, lo que garantiza una muy considerable estabilidad a este tipo de normas. Por último, es indudable que los efectos de las normas constitucionales, dando al término *efecto* el sentido que quedó señalado párrafos atrás, son los más amplios que pueda producir norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico. […] las normas constitucionales afectan a todos los habitantes del país, y constituyen un factor limitativo insoslayable para todas las demás normas que conforman nuestro derecho, siendo además las normas que crean y dan poder de legislar, en relación de subordinación a sí mismas, a los órganos permanentes del Estado.

3.2. *Luego analiza el tema de las leyes constitucionales y el lugar que ocupan en la jerarquización del ordenamiento jurídico* que se deriva o interpreta de la Constitución en ese entonces vigente, y argumenta al respecto:[13]

> Los comentarios hechos en relación con la jerarquización de las normas de nuestra Constitución en cuanto a las razones que las sitúan como normas superiores son válidos para las leyes constitucionales, en lo que se refiere al órgano de emisión, a los requisitos que deben cumplirse para que nazcan a la vida y a sus efectos. Sin embargo, el análisis relacionado con el otro de los parámetros que venimos utilizando en este trabajo para la jerarquización, es decir, el parámetro de flexibilidad o rigidez, sitúa a la ley constitucional por debajo de la Constitución propiamente dicha, como veremos a continuación, al hablar de los dos escalones en que se subdivide la ley constitucional. Ley constitucional propiamente dicha es aquel cuerpo de normas jurídicas que desarrolla ampliamente una materia concreta, y que es emitido como cuerpo aparte de la Constitución, por el propio Poder Constituyente, quien al hacerlo cumple con un mandato establecido en la Constitución. Desde el punto de vista doctrinario, y consideramos que acá se da una doctrina muy guatemalteca, se puede decir que el fundamento de la existencia de las leyes constitucionales es el deseo de la sociedad, expresado a través del Poder Constituyente, de dar protección especial a materias amplias de la vida social que, por su extensión, sería impropio incluir en la Constitución, ya que, si se hiciera así, ocurriría que la Constitución pasaría a ser extensivamente desarrollada, y perdería su importante carácter de ser un cuerpo de "base" y de expresión restringido a conectar los valores y principios fundamentales de la sociedad. Como decíamos antes, el único parámetro que diferencia a la Ley Constitucional de las normas contenidas en la Constitución de la República es el relativo a la rigidez o flexibilidad para su reforma. Decimos que para su reforma, por cuanto la Ley Constitucional no puede ser abrogada por ninguna otra ley, ni derogada por ningún poder que no sea el Poder Constituyente, el cual, sin embargo, al derogarla tendría necesariamente que emitir una nueva ley constitucional que regulara la misma materia, salvo que previamente hubiera reformado o derogado la norma de la Constitución que le establece la obligación de emitir la Ley Constitucional de que se trate. En donde radica la mayor flexibilidad de la ley Constitucional en relación a las normas de la Constitución, y la razón por la cual se la sitúa un escalón por debajo de éstas, es en que la Ley Constitucional sí puede ser reformada por el organismo legislativo ordinario y permanente del país, siempre y cuando la reforma se decrete con el voto de por lo menos las dos terceras partes de los integrantes de es organismo y que previamente se haya obtenido dictamen favorable del Consejo de Estado.

---

[13] Ibídem, p. 81.

3.3. A continuación nos corresponde *verificar, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actualmente vigente, si dichos razonamientos recién glosados continúan teniendo exactamente la misma validez, o si deben modificarse en virtud de estipulaciones distintas contenidas en nuestro actual sistema jurídico.*

Para tal efecto abordaremos primero lo relativo al análisis que hizo la autora *con relación a la Constitución*. El razonamiento relativo al órgano emisor, es decir, el Poder Constituyente, tiene plena validez, pues también el poder que redactó nuestra actual Constitución recibió una cuota ilimitada de poder por parte del pueblo, con la obligación claramente establecida de localizar, identificar y expresar cuáles son los valores fundamentales de la sociedad que lo instituyó. Ello se puede constatar con la lectura del articulado del decreto-ley n.º 3-83, el cual en su artículo 2.º estableció lo siguiente:

> [Atribuciones de la Asamblea] La Asamblea Nacional Constituyente tendrá a su cargo decretar la Constitución de la República y las leyes constitucionales siguientes: Ley Electoral y Ley de Amparo, Hábeas Corpus y Constitucionalidad. Igualmente, acordará su régimen interior y presupuestal, coordinando este último con el Ministerio de Finanzas Públicas para su debida inclusión en el Presupuesto General de Gastos de la Nación.

Éste únicamente establece las atribuciones de dicho órgano, sin imponerle ninguna otra limitación que las obligaciones que allí constan, y el artículo 1.º del decreto-ley n.º 4-84, que contiene la convocatoria a elecciones de diputados para integrar el órgano del Poder Constituyente, establece también otra limitación en cuanto a la conformación, señalando taxativamente cómo se conformará dicho órgano con un total de ochenta y ocho diputados. Salvo lo antes expresado, dicho órgano quedaba con la más entera libertad de autorregularse una vez hubiesen tomado posesión de sus cargos los miembros que lo integrarían. En cuanto a los requisitos de emisión de las normas constitucionales, para revisar si los razonamientos recién glosados efectuados por dicha profesional se acoplan al sistema actualmente imperante —es decir, a nuestra actual Constitución Política de la República de Guatemala— nos hubiese gustado poder revisar la Ley de Régimen Interior de la Asamblea Nacional Constituyente, cosa imposible en los límites de este trabajo, pero, en todo caso, consideramos que en principio las observaciones de la autora son válidas, pues es claro que dicha ley no constituye más que una autorregulación del propio órgano. En lo que respecta a la flexibilidad o rigidez de las normas constitucionales actuales, comparadas con las de la Constitución que la antecedió, es menester hacer notar que la anterior regulaba el tema en su artículo 266, donde, salvo los temas de Belice y de la unión total o parcial de Centroamérica —en los cuales podía el Congreso de la República conjuntamente con el Consejo de Estado (que entonces existía), reunidos en Asamblea, con el voto de las dos terceras partes de ambos cuerpos, decretar las reformas respectivas—, en todos los demás casos de reforma constitucional era indispensable convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, lo que implica una diferencia fundamental con el

actual sistema, pues ahora la convocatoria a una Asamblea Constituyente, de conformidad con el artículo 278, quedó reservada para las reformas de dicho artículo o de los contenidos en el capítulo I título II de dicha Constitución, capítulo que contiene el abanico de derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional; en cambio, cualquier otra reforma quedó en manos del Congreso de la República, con el requisito del voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados y de la posterior ratificación mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 del texto constitucional.

Sin embargo, a pesar de la diferencia apuntada, los comentarios de la licenciada Castro mantienen su vigencia, pues en principio parecería que facultar al Congreso para decretar las reformas flexibilizó el procedimiento respecto a su anterior configuración, pero, al añadir la necesidad de la ratificación por medio de la consulta popular, lo que en realidad hizo fue más bien robustecer el formalismo del anterior sistema, pues con tal exigencia, que implica recurrir a una combinación del sistema de la democracia directa con el de democracia indirecta, nuevamente la decisión final quedó en manos del legítimo titular de la soberanía del Estado, es decir, el pueblo. Tal modificación del sistema es a nuestro entender altamente encomiable, ya que, al decir de Hans Kelsen en su *Teoría general del derecho y del Estado:* "Cuanto más grande es el uso que de estas instituciones se hace, mayor es la aproximación al ideal de la democracia directa". Por último, en lo relativo a los efectos de las normas constitucionales, es indudable que el comentario de la autora mantiene incólume su vigencia y validez para nuestro actual texto constitucional.

Seguidamente abordaremos el *análisis de los razonamientos de la autora relacionados con las llamadas leyes constitucionales.* Lo dicho por Castro Quiñónez en lo relativo al órgano emisor conserva actualmente validez y vigencia, pues la Constitución Política de la República califica de *constitucionales* a las leyes que menciona en sus artículos 35, párrafo 7.º, 139, 223 y 276, y vemos que, en el caso de dichas leyes, el órgano emisor es la Asamblea Nacional Constituyente. En lo relativo a los requisitos de emisión para que nazcan a la vida jurídica también son valederos los comentarios de la autora, pues el sistema nuevo nada cambió en este aspecto. Por lo que atañe a sus efectos, también son valederos, aunque no es aplicable lo relativo a dar poder de legislar, pues ello solamente es característico de las normas contenidas en el texto de la Constitución propiamente dicho.

Ahora bien, en cuanto atañe a la flexibilidad o rigidez de las normas de las leyes constitucionales comparadas con las normas de la Constitución en sí misma, la autora afirma que es allí donde radica la mayor flexibilidad de la ley constitucional en relación con las normas de la Constitución, razón por la cual ella las sitúa un escalón por debajo de las últimas nombradas. Sin embargo, al encuadrarlos dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, encontramos que actualmente tanto las normas de la propia Constitución Política de la República como las leyes constitucionales pueden ser reformadas por el Congreso de la República, es decir, por el legislador ordinario (poder

constituido), pero, en el caso de las normas de la Carta Magna, ya indicamos que se requiera una mayoría de dos tercios y someter las reformas a la aprobación del soberano a través de la consulta popular, mientras que en el caso de las leyes constitucionales las reformas pueden darse con menos requisitos, como puede apreciarse de la lectura de los artículos pertinentes que regulan dicho tema, que son:

a. Para el caso de la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el artículo 192 de dicha ley requiere para su reforma el voto de las dos terceras partes de los diputados que integran el Congreso de la República, y exige asimismo el *dictamen previo de la Corte de Constitucionalidad*.
b. Para el caso de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, *inexplicablemente y en forma omisa*, a nuestro modo de ver, no existe disposición que regule la reforma de dicha ley.
c. Para el caso de la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento, en el artículo 78 se exige para su reforma el voto de las dos terceras partes de los diputados que integran el Congreso de la República, además del dictamen favorable de un ente que ya no existe en la actualidad, esto es, el Consejo de Estado.
d. Para el caso de la Ley Constitucional de Orden Público, en el artículo 43 se indica que ésta es reformable a petición de veinte o más diputados del Congreso de la República, o a iniciativa del Ejecutivo por acuerdo tomado en Consejo de Ministros, y que toda modificación debe ser aprobada por lo menos con el voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso. Lo anterior se percibe más claramente en el cuadro siguiente.

Ley constitucional	Órgano emisor	Requisitos de emisión	Flexibilidad o rigidez para abrogación, derogación o reforma de la norma	Efectos de la norma	Observaciones
Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad	Decreto n.º 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente	Iguales Constitución	Congreso de la República, voto de 2/3 partes de diputados previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad, artículo 192 del decreto n.º 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente	Iguales o incluso mejores y mayores que la Constitución	Efectos que se dan debido a la naturaleza extensiva de la protección constitucional del amparo

Ley constitucional	Órgano emisor	Requisitos de emisión	Flexibilidad o rigidez para abrogación, derogación o reforma de la norma	Efectos de la norma	Observaciones
Ley Electoral y de Partidos Políticos	Decreto n.º 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente	Iguales Constitución	Omite requisitos	Iguales Constitución	
Ley de Orden Público	Decreto n.º 7 de la Asamblea Constituyente de 1965	Iguales Constitución	Congreso de la República, voto de 2/3 partes de diputados, artículo 43 del decreto n.º 7 de la Asamblea Constituyente	Iguales Constitución	
Ley de Emisión del Pensamiento	Decreto n.º 9 de la Asamblea Constituyente de 1965	Iguales Constitución	Congreso de la República voto 2/3 partes de diputados y dictamen del Consejo de Estado (órgano que ya no existe) artículo 78 del decreto n.º 9 de la Asamblea Constituyente	Iguales Constitución	

Conclusiones:

1. Nos parece acertada la metodología empleada para el análisis del tema de la jerarquía normativa por la licenciada Arabella Castro Quiñónez en su trabajo de tesis, razón por la cual la hemos usado en nuestra exposición. Sin embargo, como se visualiza fácilmente en el cuadro que antecede, el único de los parámetros que varía entre las normas del texto de la Constitución Política de la República y el de las llamadas leyes constitucionales es el relativo a la flexibilidad o rigidez para su reforma, derogación o abrogación.

2. Así pues, fue prácticamente sólo por la distinción entre unas y otras normas, en cuanto al parámetro relativo a la flexibilidad o rigidez para su reforma, derogación o abrogación, que dicha autora arribó a su conclusión relativa a que las normas de las

leyes constitucionales están colocadas en un escalón inferior al que ocupan las normas de la Constitución.

3. Ello no obstante, es de observar que, de los cuatro parámetros utilizados, los primeros tres son relativos a aspectos formales; dicho de otra manera, hacen un enfoque desde un punto de vista estrictamente formal en cuanto apuntan al análisis del procedimiento involucrado en las distintas fases de creación, modificación o extinción de las normas.

4. El cuarto parámetro, el de los efectos de la norma jurídica, está enfocado desde el punto de vista material, pero, no habiendo encontrado la citada autora ninguna diferencia en cuanto a sus efectos entre las normas de las leyes constitucionales y las normas de la Constitución, tampoco este parámetro marcó diferencia alguna en el trabajo por ella realizado.

5. Por nuestra parte, consideramos que existe la posibilidad de otro parámetro de análisis: el que estudia las normas desde el punto de vista material propiamente dicho. La licenciada Castro justificó su omisión argumentando que no hizo referencia expresa al contenido material de las normas por considerar que ése ha sido precisamente el factor que llevó al Poder Constituyente a establecer de manera indirecta los puntos de distinción entre unas y otras normas, y que, al basar la ordenación jerárquica por ella descrita en esos puntos de distinción, automáticamente estaba tomando en cuenta la valoración hecha por el Poder Constituyente en relación con el contenido material de la norma jurídica. Respetamos dicho criterio, pero diferimos de él, ya que creemos imprescindible analizar el tema del contenido material de las normas. A nuestro juicio, aún no se ha develado la incógnita respecto a de qué manera o en qué sentido razonó el Poder Constituyente el tema del contenido material de las normas para establecer dichos puntos de distinción entre unas y otras.

6. Aunque resulta aparentemente lógico concluir que las llamadas leyes constitucionales ocupan un escalón inferior a las normas de la Constitución, por el simple hecho de que el Poder Constituyente permitió que para su reforma se usara un procedimiento más flexible que el empleado para reformar las normas de la Constitución, ello parece indicar que de esa manera el Poder Constituyente tácitamente está diciendo algo respecto a la jerarquización de dichas normas. Sin embargo, es necesario traer a consideración que, de las cuatro leyes constitucionales involucradas, si bien es cierto que todas desarrollan aspectos de la Constitución —como, dicho sea de paso, también lo hacen muchas de las leyes emitidas por el legislador ordinario, esto es, por uno de los poderes constituidos—, sólo una de ellas, específicamente la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, desarrolla el tema de los procesos constitucionales de defensa de las garantías que la Constitución reconoce, es decir, el tema de la justicia constitucional. Dicho tema involucra aspectos relativos al proceso constitucional de amparo, al de exhibición personal, y al de las distintas formas de accionar procesalmente en el caso de la inconstitucionalidad de las leyes. En el caso de los asuntos de amparo, puede incluso acontecer que los efectos de la ley sean

extensivos a casos originalmente no tipificados en ella, pues esa doctrina fue la que dejó plasmada el Poder Constituyente en las normas contenidas en los artículos 2.º y 10, último párrafo, de dicha ley constitucional, los cuales armonizan con lo que el mismo Poder Constituyente estableció *de manera tan espléndidamente abrasadora* en el artículo 265 de la Constitución. Si a lo anterior aunamos que dichos importantísimos temas de la jurisdicción constitucional se ventilan ante la Corte de Constitucionalidad, institución que también fue creada por el Poder Constituyente, que plasmó su fisonomía en el articulado comprendido en el capítulo IV, título VI, de la Constitución, y que dicha institución, como se explicó al principio del presente ensayo, es lo que Kelsen llamó *el legislador negativo*, nos parece *un desacierto de gran envergadura el que cometió el Poder Constituyente al estatuir en el artículo 192 de la Ley Constitucional de Amparo que pueda ser el Congreso el que la reforme, no obstante la exigencia del dictamen favorable de dicha Corte*, pues, a nuestro modo de ver, ello involucra grandes y graves peligros.

7. Dentro de los peligros aludidos, es posible que, dado que en la forma regulada el Congreso de la República puede reformar dicha Ley de Amparo, ello significa que, si algún particular con intenciones aviesas, meramente político-partidistas, acciona en ese sentido (lo cual es sumamente fácil que acontezca en Guatemala), puede de esa manera darle legitimación a la Corte de Constitucionalidad, *no obstante la existencia de su propio dictamen favorable a la reforma de que se trate*, para entrar a *legislar negativamente* con relación al contenido de las reformas efectuadas a la Ley de Amparo, y *la sola existencia de la más remota posibilidad de que semejante situación pueda acontecer resulta nefasta, pues la Corte de Constitucionalidad ya de por sí tiene demasiado poder, por lo que no debería tener la más mínima opción de manosear el texto de la Ley Constitucional de Amparo, que contiene disposiciones claras que de alguna manera la limitan y encauzan en el ejercicio de sus funciones, según la forma como el Poder Constituyente concibió dicha institución en el momento de su creación.*

8. También se dan otros problemas que suponemos el Poder Constituyente no vislumbró al estatuir semejante procedimiento de reforma de esta ley, contenido en el citado artículo 192. Para muestra, véase tan sólo lo que puede suceder con el artículo 153, en el cual se fija un plazo para designar a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad a los distintos órganos electores, dentro de los cuales figura el propio Congreso de la República. Aquí cabe cuestionarse: ¿Qué le impide al Congreso modificar y hasta manipular dicho plazo a su antojo, con las posibles graves consecuencias de inestabilidad y falta de certeza jurídica que ello acarrearía al normal desenvolvimiento del Estado dentro del imperio del régimen de constitucionalidad y de legalidad? Ya hemos visto el prurito que nuestro *legislador negativo* tiene por convertirse en un legislador positivo. Ejemplo claro de ello es la forma como, vía facultad reglamentaria, también la Corte de Constitucionalidad ha manoseado ya la Ley de Amparo, tal como

lo hizo en el caso del acuerdo número 18-01 emitido por la Corte de Constitucionalidad el 29 de agosto del 2001, por medio del cual se acordó emitir la disposición reglamentaria contenida en el artículo 1 del referido acuerdo, el cual adiciona el artículo 8 *bis* de las disposiciones reglamentarias y complementarias contenidas en el acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, relativo a exigir más copias en el caso de los amparos en única instancia, *no obstante que dicha disposición está en contra de lo que taxativamente contempla el inciso* j *del artículo 21 de la Ley Constitucional de Amparo.* Todo ello sirve para demostrar que los temores aquí plasmados no son de ninguna manera delirio de quien esta opinión emite, sino que están vastamente fundados y documentados. Además, es muy importante indicar que ya existe un precedente de la participación de la Corte de Constitucionalidad en ese sentido, en el que la Corte entró a conocer de una reforma hecha a la Ley Electoral y de Partidos Políticos; y, si bien es cierto en ese caso la Corte razonó su fallo en forma ponderada y prudente, mostrando perfecta conciencia de las repercusiones de su legitimación para conocer en dicho caso, situación muy distinta puede ocurrir cuando se trate de reformas a la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, por las razones que muy someramente insinuamos en las líneas que anteceden.

Bibliografía

CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario de Derecho Usual*, 10.ª ed., Buenos Aires: Heliasta.

CASTRO QUIÑÓNEZ, Arabella: *Propuesta de jerarquización del ordenamiento jurídico guatemalteco*, Guatemala, 1980.

Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945.

Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de febrero de 1956.

Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965.

Constitución Española.

Constitución Política de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.

Decreto-ley n.º 3-84 emitido por el jefe de Estado el 19 de enero de 1984.

Decreto-ley n.º 4-84 emitido por el jefe de Estado el 20 de enero de 1984.

Digesto Constitucional de Guatemala, Revista del Colegio de Abogados de Guatemala, Guatemala, 30 de abril de 1878.

Estatuto Fundamental de Gobierno, decreto-ley n.º 24-82 de la Junta Militar de Gobierno.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid: Civitas, 1985.

KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México: Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

— *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, 2.ª ed., Losada, 1946.

— *Teoría general del derecho y del Estado*, 3.ª ed., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

Luis Felipe Sáenz J. (Guatemala) *

La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruencia con la normativa de la Constitución Política de la República **

Introducción

El estudio que a continuación se presenta tiene por objeto examinar el tema de los estados de excepción, con referencia específica a la Ley de Orden Público vigente en Guatemala (decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, de 30 de noviembre de 1965, reformada por el Congreso de la República el 13 de noviembre de 1970), dado que el texto, en su contenido, quedó desbordado por las prescripciones de la Constitución Política de la República, emitida el 31 de mayo de 1985 por posterior Asamblea Nacional Constituyente, con la que el país ingresó al último movimiento constitucionalista en la esfera del derecho occidental, cuya orientación repudió el autoritarismo que fue signo de los regímenes de las dos décadas anteriores.

Lo antedicho muestra que la Ley de Orden Público se halla integrada por dos cuerpos: un decreto emitido por una Asamblea Nacional Constituyente y un decreto

---

* Abogado y notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ha sido magistrado del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad; de esta última fue su presidente. Docente en varias universidades del país y autor de los estudios "La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala", publicado también en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2001*, y *Justicia electoral*, así como otros ensayos. ‹saenzj@saenzysaenz.com›

** El estudio se originó gracias a una petición de ASIES al autor, para elaborar un proyecto de reforma de la Ley constitucional de Orden Público vigente en Guatemala.

posterior del Congreso de la República, este último derivado de la facultad que el texto constitucional de 1965 le asignaba; decreto de reforma no sólo dominantemente restrictivo sino también supresor de buen número de sus disposiciones. Tanto uno como otro fueron expedidos en un quinquenio que nuestra historia registra como particularmente tenso en las relaciones habidas entre el poder público y la sociedad, inscrito, a su vez, en la confrontación ideológica mundial, sostenida en los términos contrapuestos *derecha-izquierda*.

De ahí la pertinencia de realizar esta breve incursión en las esferas de las doctrinas políticas y jurídicas, y una también somera revista en la normativa constitucional de otros países, dado que, luego de haber tenido experiencias un tanto parecidas a la de Guatemala, han alcanzado cuotas importantes en el respeto a los derechos de las personas, básicos para el desenvolvimiento de la vida ciudadana.

1. Los estados de excepción y su encaje en la normativa constitucional

Uno de los temas actuales de la filosofía política, dentro de la visión de los Estados que se han acogido al modelo democrático, lo constituye el de los *estados de excepción*, que reúne partidarios en los extremos de si constituye una incrustación de sesgo autoritario en las propias entrañas de la democracia o, por el contrario, si el Estado democrático precisa de instrumentos a actualizar cuando, en momentos de graves emergencias, hasta su propia subsistencia pueda ponerse en riesgo, así eso signifique restringir, de modo transitorio, derechos y garantías constitucionales. Los instrumentos utilizados para ello en el derecho positivo suelen tomar diversas denominaciones, la más conocida de las cuales es la de leyes de orden público, para referirse a las máximas atribuciones con que el poder público se inviste para hacer frente a las conmociones internas o externas que amenacen su estabilidad o el régimen político en el que se sustente.

El hecho de que en países con esa vocación —o en persecución de ella— las alteraciones en su desarrollo no sean extrañas ha llevado a legislar sobre el particular, lo que nos conduce a referirnos al caso de Guatemala, en el que, formalmente, es de vieja data la facultad concedida en textos constitucionales a jefes del Ejecutivo, instrumentada por medio de decretos y no mediante ley específica —Ley de Orden Público—, ya que ello no ocurrió sino hasta el año 1956.

Antecedentes

a. En la denominada Ley Constitutiva de la República de Guatemala, de 11 de diciembre de 1879, el artículo 39 prescribió:

> Si el territorio de la Nación fuere invadido o atacado, o estuviese por algún motivo amenazada la tranquilidad pública, el Presidente, de acuerdo con el Consejo de Ministros, podrá suspender por un decreto, las garantías individuales a que se

refiere este título, expresando si la suspensión comprende a toda la República o a uno o varios departamentos de la misma y dando cuenta a la Asamblea en sus próximas sesiones.[1]

b. En las reformas de la Ley Constitutiva de 11 de marzo de 1921 la norma se modificó así:

> En el caso de invasión del territorio nacional o de perturbación grave de la paz, el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y por medio de un decreto, podrá suspender hasta por un mes las garantías individuales a que se refieren los artículos 19, 20, 25, 26, 32 (fracción primera), 37 y 38 de este título, dando cuenta de la suspensión dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea Legislativa, si estuviere reunida, o, en caso contrario, a la Comisión Permanente, expresando cuáles de las garantías se suspenden, por qué motivos y sobre qué extensión del territorio de la República; pero en ningún caso se interrumpirá el funcionamiento constitucional de los poderes Legislativo y Judicial, cuyos miembros continuarán gozando de las prerrogativas que, en cuanto a sus personas, les otorgan las leyes.[2]

c. En las reformas de 20 de diciembre de 1927 la citada norma se reformuló así:

> En caso de invasión del territorio nacional, de perturbación grave de la paz o de cualquier otra calamidad general, el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y por medio de un decreto, podrá restringir el ejercicio de las garantías a que se refieren los artículos 19, 20, 25, 26, 30, 37 y 38 de este título. El decreto contendrá:
>
> Los motivos que lo justifiquen.
>
> La garantía o garantías que se restrinjan.
>
> El territorio que afectará la restricción.
>
> El tiempo que durará ésta.
>
> Si antes de que venza el plazo señalado para la restricción hubieren desaparecido las causas que motivaron el decreto, se le hará cesar en sus efectos; en este caso todo ciudadano tiene derecho para instar su revisión; pero si vencido el término, persistieren o aparecieren otras nuevas, podrá prorrogarse, siempre fijando la duración hasta que se establezca la normalidad. Si la Asamblea estuviese reunida, conocerá inmediatamente del decreto expresado, y en sus sesiones primeras inmediatas, cuando se hallare en receso.
>
> La restricción de garantías decretada, en modo alguno afectará el funcionamiento de los poderes del Estado, cuyos miembros gozarán siempre de las prerrogativas que les reconoce la ley.
>
> En las ciudades y plazas en estado de sitio o asedio, la autoridad militar podrá asumir las potestades que corresponden a la civil, con el único fin de proveer a la mejor defensa y seguridad de las personas y de los bienes.[3]

d. En las reformas introducidas el 11 de julio de 1935, una nueva modificación dispuso:

---

[1] *Digesto Constitucional*, Edición de la Corte de Constitucionalidad, Serviprensa, p. 254 (2001). Como *garantías* el texto precisó, en su artículo 16, "la libertad, la igualdad y la seguridad de la persona, de la honra y de los bienes".

[2] Ibídem, p. 289.

[3] Ibídem, pp. 359-360.

> En caso de invasión del territorio nacional, de perturbación grave de la paz, de epidemia, o de cualquier otra calamidad general, el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y por medio de un decreto, podrá restringir el ejercicio de las garantías a que se refieren los artículos 19, 20, 25, 26, 30, 37 y 38 de este título. El decreto contendrá:
>
> Los motivos que lo justifiquen.
>
> La garantía o garantías que se restrinjan.
>
> El territorio que afectará la restricción.
>
> El tiempo que durará ésta.
>
> Si antes de que venza el plazo señalado para la restricción hubieren desaparecido las causas que motivaron el decreto, se le hará cesar en sus efectos, y si así no se hiciere, cualquier ciudadano tendrá derecho para instar su revisión. Si vencido el término persistieren las causas o aparecieren otras nuevas, podrá prorrogarse, fijando la duración hasta que se establezca la normalidad. Si la Asamblea estuviese reunida, conocerá inmediatamente del decreto, y si se hallare en receso, en sus sesiones primera e inmediatas. La restricción de garantías decretada, en modo alguno afecta el funcionamiento de los poderes del Estado, cuyos miembros gozarán siempre de las inmunidades y prerrogativas que les reconoce la ley.
>
> En las ciudades y plazas en estado de sitio o asedio, la autoridad militar podrá asumir las potestades que corresponden a la civil, con el único fin de proveer a la mejor defensa de aquéllas y a la seguridad de las personas y de los bienes.[4]

e. La Constitución de 1945 reguló la restricción de garantías en el artículo 138, en el capítulo que prescribe las funciones del presidente de la República, y, por vez primera, el legislador constituyente ordenó su desarrollo normativo por medio de la Ley de Orden Público.[5]

f. La siguiente, decretada en 1956, volvió a considerar el tema de la restricción en el capítulo referido a las garantías individuales —artículo 77— e introdujo, siguiendo la orientación de constituciones de otros países, la siguiente gradación: a) estado de prevención; b) estado de alarma; c) estado de calamidad pública; d) estado de sitio y de guerra.[6]

La Asamblea Nacional Constituyente que decretó la última también emitió, mediante el decreto 22, de 24 de febrero de 1956, la primera Ley de Orden Público, bajo las consideraciones de limitar al poder público en la afectación de los derechos huma-

---

[4] Ibídem. Las libertades aludidas —algunas objeto de varias reformas— se referían, en su orden, a la libertad de entrar, permanecer y salir del territorio de la República (p. 251); libertad de industria (p. 355); derecho de asociación y reunión pacífica y sin armas (p. 252); libertad de emisión del pensamiento (p. 356); derecho a no ser detenido o preso sino por causa de delito o falta y por orden escrita de autoridad competente (p. 358); derecho de inviolabilidad de correspondencia, papeles y libros privados (p. 383) e inviolabilidad del domicilio (p. 253).

[5] Ibídem. El texto constitucional de 1879 estuvo vigente, con varias reformas, hasta el año 1944, al ocurrir la denominada Revolución de Octubre; fue derogado por el decreto número 18 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de 28 de noviembre de 1944 (pp. 438-441). La enunciada Ley de Orden Público no fue emitida.

[6] Ibídem, pp. 526-527.

nos durante la vigencia de los estados de emergencia previstos en aquella, y del aseguramiento de las garantías individuales, en grado compatible con las situaciones extraordinarias que incidieran en el orden público.

g. En la Constitución decretada en 1965 se reiteró, en el capítulo dedicado al poder público —artículos del 151 al 155—,[7] una estructura similar a la prevista en la Constitución precedente, salvo en lo que hace al tiempo de su vigencia, que fue reducido a quince días en el estado de prevención, además de omitir referirse a plazo alguno en el estado de guerra. También la Asamblea Nacional Constituyente de entonces emitió, con su decreto 7, de 30 de noviembre de 1965, una segunda Ley de Orden Público, sustitutiva de la anterior, con carácter reformable por el legislador ordinario, a petición de veinte o más diputados, o a iniciativa del Ejecutivo tomada mediante acuerdo en Consejo de Ministros, sujeta a su aprobación por el Congreso y siempre que contara con el voto favorable de las dos terceras partes del total de sus diputados integrantes. Basándose en esa facultad, el Congreso ordinario le introdujo las reformas a que se refiere el decreto 89-70, de 13 de noviembre de 1970, luego de suprimir doce de sus artículos; tales decretos conforman el texto de la Ley de Orden Público vigente.

La reforma contrasta, desde luego, con la breve y por demás irónica justificación considerativa del aludido decreto, de permitir al organismo ejecutivo "cumplir de manera eficaz con su obligación de velar por la integridad del territorio, preservar la paz, proteger la vida de los habitantes de la Nación y de los bienes de las personas y fundamentalmente asegurar a la ciudadanía el goce pleno de sus derechos".

h. Al ocurrir el golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, la Junta Militar de Gobierno que asumió el poder se atribuyó facultades legislativas y expidió, en sustitución del texto constitucional, el denominado Estatuto Fundamental de Gobierno, en el que, en lo relativo a sus funciones ejecutivas, se arrogó la de restringir, parcial o totalmente y durante cualquier tiempo, las *garantías individuales* precisadas en él, mediante la aplicación de la Ley de Orden Público vigente, y ciertamente le dio efectividad al establecer, con el decreto-ley 45-82, de 1 de julio de 1982, el Estado de sitio por treinta días, que fue prorrogado sucesivamente en ocho ocasiones por el resto de ese año y parte del siguiente, a lo que siguió la declaratoria del estado de alarma reglado en el decreto-ley 71-83, derogado por el decreto ley 88-83.

2. La Constitución de 1985 y la etapa de transición a la democracia. Los estados de excepción y la vigencia de la Ley de Orden Público

Convocada la Asamblea Nacional Constituyente después de aquel movimiento militar, tal cuerpo dictó la Constitución Política de la República de Guatemala de 31 de

---

[7] Ibídem, pp. 615-616.

mayo de 1985,[8] cuya vigencia principió el 14 de enero de 1986 al instalarse el Congreso de la República, que igualmente dio posesión al presidente y al vicepresidente de la República electos en comicios, iniciando la etapa constitucional que vivimos, todavía en trance de asentamiento.

Es dentro de su extenso título II, rotulado "Derechos humanos", que se comprende el capítulo IV, dedicado a la "Limitación a los derechos constitucionales", prescrita en las dos disposiciones siguientes:

> Artículo 138. *Limitación a los derechos constitucionales.* Es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la Nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza. Sin embargo, en caso de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o calamidad pública, podrá cesar la vigencia de los derechos a que se refieren los artículos 5º, 6º, 9º, 26, 33, primer párrafo del artículo 35, segundo párrafo del artículo 38 y segundo párrafo del artículo 116.
>
> Al concurrir cualquiera de los casos que se indican en el párrafo anterior, el Presidente de la República, hará la declaratoria correspondiente, por medio de decreto dictado en Consejo de Ministros y se aplicarán las disposiciones de la Ley de Orden Público. En el estado de prevención, no será necesaria esta formalidad.
>
> El decreto especificará:
>
> a) Los motivos que lo justifiquen;
> b) Los derechos que no puedan asegurarse en su plenitud;
> c) El territorio que afecte; y
> d) El tiempo que durará su vigencia.
>
> Además, en el propio decreto, se convocará al Congreso, para que dentro del término de tres días, lo conozca, lo ratifique, modifique o impruebe. En caso de que el Congreso estuviere reunido, deberá conocerlo inmediatamente.
>
> Los efectos del decreto no podrán exceder de treinta días por cada vez. Si antes de que venza el tiempo señalado, hubieren desaparecido las causas que motivaron el decreto, se le hará cesar en sus efectos y para este fin, todo ciudadano tiene derecho a pedir su revisión. Vencido el plazo de treinta días, automáticamente queda restablecida la vigencia plena de los derechos, salvo que se hubiere dictado nuevo decreto en igual sentido. Cuando Guatemala afronte un estado real de guerra, el decreto no estará sujeto a las limitaciones del tiempo, consideradas en el párrafo anterior.

Desaparecidas las causas que motivaron el decreto a que se refiere este artículo, toda persona tiene derecho a deducir las responsabilidades legales procedentes, por los actos innecesarios y medidas no autorizadas por la Ley de Orden Público.

> Artículo 139. *Ley de Orden Público y Estados de Excepción.* Todo lo relativo a esta materia, se regula en la Ley Constitucional de Orden Público.
>
> La Ley de Orden Público, no afectará el funcionamiento de los organismos del Estado y sus miembros gozarán siempre de las inmunidades y prerrogativas que les reconoce la ley; tampoco afectará el funcionamiento de los partidos políticos.
>
> La Ley de Orden Público, establecerá las medidas y facultades que procedan, de acuerdo con la siguiente gradación:

---

[8] Ibídem, pp. 653 ss.

a) Estado de prevención;
b) Estado de alarma;
c) Estado de calamidad pública;
d) Estado de sitio; y
e) Estado de guerra.

Los derechos sujetos a limitación se refieren a la libertad de acción, detención legal, interrogatorio a detenidos o presos, libertad de locomoción, derecho de reunión y manifestación, libertad de emisión del pensamiento, derecho de portación de armas y regulación de huelga para trabajadores del Estado. Desde luego, la generalidad de los países ha previsto en sus textos primos el tema relativo a los estados de excepción, como se advierte más adelante.

3. Los estados de excepción en otras Constituciones

En general, los textos constitucionales de los países regulan los estados de excepción, como veremos al mencionar algunos de ellos.

3.1. En *México*, el texto constitucional —artículo 29— prescribe:

> En los casos de invasión, perturbación grave de la paz, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de estado, los departamentos administrativos y la procuraduría general de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la comisión permanente, podrá suspender en todo el país o en un lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, este concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.[9]

3.2. En *Honduras*, la Constitución —artículos 187 y 188— autoriza la suspensión o restricción de derechos en casos de invasión del territorio, perturbación grave de la paz, epidemia o cualquier otra calamidad, dando efectividad a la Ley del Estado de Sitio.[10]

Destaca el hecho curioso de que dicha ley fue dictada por la Asamblea Nacional Constituyente de la desaparecida Federación de Centroamérica, el 9 de septiembre de 1921, cuyo artículo 1 prescribe que “tiene por objeto suspender algunas garantías constitucionales; y establecer el fuero de guerra para juzgar y castigar ciertos delitos, conforme los procedimientos y leyes militares”.

---

[9] Jaime Cárdenas García: *La actualidad constitucional de América Latina*, México: ProLíber, p. 373 (1997).

[10] Ibídem, p. 340.

3.3. En *Costa Rica*, el artículo 121 de la Constitución atribuye a la Asamblea Legislativa las facultades de:

> […] 6) Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz; 7) Suspender por votación no menor de dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de evidente necesidad pública, los derechos y garantías individuales consignados en los artículos 22, 23, 24, 26, 28, 29, 30 y 37 de esta Constitución. Esta suspensión podrá ser de todos o de algunos derechos y garantías, para la totalidad o parte del territorio, y hasta por treinta días; durante ella y respecto de las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos no destinados a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados. Deberá también dar cuenta a la Asamblea en su próxima reunión de las medidas tomadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado. En ningún caso podrán suspenderse derechos y garantías individuales no consignadas en este inciso.

El artículo 140, referido a los deberes y atribuciones del presidente y su respectivo ministro, establece la potestad de "[…] 16) Disponer de la fuerza pública para preservar el orden, defensa y seguridad del país", dejando como función del Consejo de Gobierno, en el artículo 147, "1) Solicitar a la Asamblea Legislativa la declaración del estado de defensa nacional".[11]

Los derechos y garantías afectados se refieren a los de locomoción e ingreso al país; inviolabilidad del domicilio; a la intimidad y a la libertad, y al secreto de las comunicaciones; de reunión pacífica y sin armas; derecho de acción; de libre emisión del pensamiento, y de acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

3.4. En *Argentina*, la ley matriz —artículo 23— dispone:

> En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o el territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

A lo anterior debe agregarse que, en el capítulo cuarto, referido a las atribuciones del Congreso, el inciso 29 del artículo 75 lo faculta para "Declarar el estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo".[12]

---

[11] Ibídem, pp. 199-200.

[12] Ibídem, pp. 40-45.

3.5. En *Chile*, el artículo 39 constitucional, contenido en el apartado referido a estados de excepción constitucional, prevé:

> El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

El artículo siguiente define en seis numerales las competencias de su declaratoria, y en el subsiguiente los derechos que son afectados y, también, dispone:

> Una ley orgánica constitucional podrá regular los estados de excepción y facultar al Presidente de la República […] sin perjuicio de lo establecido en los estados de emergencia y de catástrofe.[13]

3.6. *España* los regula en el capítulo "De la suspensión de derechos y libertades", expresados así en el artículo 55:

> 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18 apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 26, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en lo que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.
>
> La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de derechos y libertades reconocidas por las leyes.[14]

Los derechos que pueden ser afectados en el caso anterior se refieren a la libertad y seguridad y a la detención preventiva; la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones; derechos de elección de residencia, de locomoción interna y de entrar y salir del territorio; de emisión del pensamiento y de comunicar o recibir información por cualquier medio de difusión; de reunión pacífica y sin armas, de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestación; de huelga de los trabajadores; y de adopción de medidas de conflicto colectivo de trabajadores y empresarios.

---

[13] Ibídem, pp. 223-224.

[14] *Constitución española*, Madrid: Goñi, p. 25 (1979).

4. La limitación de los derechos y libertades de las personas abordada en instrumentos internacionales, a los que muchos países, como Guatemala, se han adherido

4.1. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, prescribe en el artículo 29:

> 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de su libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.[15]

4.2. En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José, de 22 de noviembre de 1969) se precisó el tema en el capítulo IV —Suspensión de garantías, interpretación y aplicación—, cuyo articulo 27 establece:

> Artículo 27. 1. Suspensión de garantías.
> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
> 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de la Legalidad y de la Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derecho del Niño); 20 (Derecho de la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
> 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.[16]

4.3. Similar es el tratamiento en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976. En efecto, preceptúa su artículo 4.º:

---

[15] J. L. Brierly: *La ley de las naciones*, México: Editora Nacional, p. 396 (1950).

[16] Héctor Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José (Costa Rica): Varitec, pp. 506-507 (1996).

> 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
> 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6.º, 7.º, 8.º (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
> 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado tal suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.[17]

4.4. Las normas precedentes se asientan —señaló Florentín Meléndez en su estudio acerca de "La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los Derechos Humanos"— en los *principios* de: 1) *proclamación*, en cuanto el Estado debe dar a conocer previamente y de manera general a toda la población la existencia de una situación que lo obliga a su declaración; 2) de *notificación*, en el sentido de comunicar la declaración de tales estados a la Organización de Estados Americanos y a la Organización de las Naciones Unidas; 3) de *proporcionalidad*, por cuanto las medidas adoptadas en cualquiera de los estados de excepción deben guardar correspondencia entre las medidas que toma y el peligro actual, real o inminente, que trata de contrarrestar y superar; 4) de *provisionalidad* o *temporalidad*, que alude al tiempo de vigencia de los estados de excepción, dado que debe evitarse su prolongación indebida o su indefinición; y 5) de *intangibilidad* de ciertos derechos humanos, que busca dotar de protección, aun en casos de declaración de estados de excepción, a un núcleo de derechos fundamentales vinculado a los valores esenciales de la persona humana, su dignidad e igualdad, y aspectos relacionados con su vida, su integridad personal, su seguridad y su desarrollo integral.

5. Fundamento doctrinal e interpretativo de los estados de excepción

De las disposiciones citadas, privativas de países o provenientes de convenios o pactos internacionales, puede advertirse la necesidad de prever —y de ahí su licitud— mecanismos a los que los gobiernos puedan acudir cuando situaciones excep-

---

[17] Florentín Menéndez: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, México: Fundación Konrad Adenauer, p. 137 (2004).

cionales reales justifiquen la suspensión o restricción de derechos y libertades (invasiones territoriales y guerra consecuentes, conmociones internas que alteren gravemente la paz social, calamidades o desastres derivados de la acción de fuerzas naturales no previsibles o difícilmente previsibles, emergencias por otros motivos o aun causadas intencional o imprudentemente por personas, etcétera); pero también la de evitar que bajo rotulaciones semejantes, por algunas conductas simplemente asumidas o presuntas, quienes ejercen el poder público pretendan basar el ejercicio de esos medios para causar daño, de cualquier modo, a personas o grupos que les sean adversos, pretendiendo esconder así la ilicitud de su proceder. Se ha dicho, por ello, que en tiempos de crisis o de emergencia el derecho interno de los países suele contemplar la necesidad de suspender o restringir libertades y garantías ciudadanas, para permitir a los gobiernos hacer frente a esas situaciones, como medio obligado para preservar los intereses superiores de la sociedad y su propia integridad y estabilidad, a las que se suele nominar como *estado de sitio, estado de guerra, estado de emergencia, estado de conmoción interior, estado de catástrofe* o de cualquier otro modo que, en general, constituyen *estados de excepción*, por cuanto deben implicar precisamente alguna rotura o anormalidad del régimen o Estado de derecho, como connatural de una sociedad que se desarrolla normalmente bajo reglas o normas legales. Esto nos lleva a hacer un breve examen doctrinal explicativo de lo que, en la Constitución de Guatemala, se entiende como *estado de prevención, estado de alarma, estado de calamidad pública, estado de sitio y estado de guerra*.

La gradación en sí ya está expresando que la suspensión o restricción puede presentarse de modo cualitativamente distinto, lo que también se refleja en el grado menor o mayor de la eficacia que está llamada a satisfacer. Debe tenerse presente, empero, la diferencia que existe entre *suspensión* y *restricción*. La primera significa que temporalmente no tienen vigencia algunos derechos y libertades; así, en el *Diccionario jurídico* de Guillermo Cabanellas se lee: "*Suspensión de garantías.* Situación anormal del orden público, en que el gobierno por sí, con la autorización del Parlamento, y la aprobación del Jefe del Estado, suprime temporalmente ciertas garantías constitucionales",[18] en tanto que en la segunda se ubica sólo una disminución en los derechos y libertades.[19]

5.1. Los dos grados menores suelen ser indistintamente tratados en la doctrina; sin embargo, el *estado de prevención* no debería ir más allá de obrar como advertencia o aviso que induzca a detener aquellos actos ilícitos con los que se pretenda poner en

---

[18] Guillermo Cabanellas de Torres: *Diccionario jurídico*, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de la Cueva, Buenos Aires: Eliasta, p. 375 (2000).

[19] Ídem: "Restricción. Limitación/disminución de facultades o derechos", p. 353.

riesgo la estabilidad social e institucional, que el poder público pudiera haber advertido por medio de sus mecanismos de seguridad.

5.2. El *estado de alarma* señala ya la posibilidad de una crisis que otorga, con su declaración, facultades anticipadas de acción al poder público para evitar la crisis detectada, objetivada ya por alteraciones del orden público tendentes a perturbar el desenvolvimiento normal de las actividades de la sociedad, a fin de no acudir a declaraciones de estados que impliquen mayor gravedad.

5.3. El *estado de calamidad pública* se refiere a desgracias o infortunios colectivos, por lo que suele comprender hechos diversos. Manuel Ossorio[20] lo identifica con la "Desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas. Su interés jurídico se encuentra vinculado con el Derecho Penal, puesto que constituye una circunstancia agravante de la responsabilidad respecto de ciertos delitos contra la propiedad cuando se cometen aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado. Ello es así por la mayor maldad que representa aprovechar la desgracia ajena para delinquir en beneficio propio". De ahí que los autores le llamen, por lo general, *estados de conmoción interna* o *emergencia social* y/o *económica* especialmente a las producidas por hechos de la naturaleza generalmente imprevisibles —terremotos, heladas, inundaciones, huracanes, lluvias intensas, etcétera—, en las que es necesario que el Estado ensanche sus facultades a fin de proteger a grupos sociales carentes de medios para hacer frente a desastres de esa índole.

5.4. El *estado de sitio* se distingue por conllevar una gravedad que puede llegar a poner en peligro la estabilidad de las instituciones sociales y estatales; por ende, la existencia de la Constitución misma. Miguel Ángel Ekmekdjian[21] lo explica como "un instituto creado por la Constitución, como respuesta excepcional y transitoria, para hacer frente a situaciones de emergencia que impliquen peligro inminente y real para el orden institucional o incluso para la existencia misma de la República. Tiene por objetivo principal el de restaurar el pleno ejercicio de la Constitución, tanto en su parte orgánica como en los derechos y garantías, no el de alterar el sistema constitucional".

5.5. El *estado de guerra* significa un caso de ataque desde el exterior de sus fronteras o límites territoriales por causa de invasiones de fuerzas regulares o irregulares que pueda desembocar en un conflicto internacional; su interpretación, dice Ekmekdjian,[22] "está dirigida a la autodefensa de la República contra cualquier tipo de acción que implique un acto de guerra. Por ello creo que también hay que incluir en esta causal los actos terroristas efectuados por elementos militares o paramilitares que

---

[20] Manuel Ossorio: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires: Heliasta, p. 98 (1975).

[21] Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires: Depalma, p. 630 (1994).

[22] Ibídem, p. 635.

respondan a mandos de países que se hallen en estado de beligerancia abierta o encubierta contra la República, con ánimo de abrir un frente interno en ella".

El profesor German Bidart Campos[23] las engloba al analizar esas situaciones de anormalidad, y afirma:

> Las distintas emergencias —aun sin enunciación constitucional ni taxativa— han merecido en algunos estatutos constitucionales una contemplación especial que hace posible regularlas con medidas excepcionales. El poder público ensancha la órbita de sus competencias; hay un desplazamiento de atribuciones a favor del órgano que con más celeridad y eficiencia puede conjurar la crisis; se permite la aplicación de leyes más severas. Es común que se hable de peligro para el estado, para la seguridad personal, para el orden público; y que se arbitren las consiguientes medidas de seguridad, suspensión de garantías, de estado de sitio, de ley marcial, etc. El constitucionalismo moderno ha producido, de este modo, con la regulación de las situaciones de excepción, hacerlas entrar en el marco de sus previsiones normativas, y depararles en el orden de la realidad, el tratamiento apto para superarlas. Las medidas encaminadas a este propósito tendrían, en esta forma, arraigo constitucional en el propio texto escrito, y permitirían su uso sin arbitrariedad y sin improvisación.

6. Fundamento normativo e interpretativo original en la Ley de Orden Público (decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, modificado por el decreto 89-70 del Congreso de la República)

En el texto de la primera Ley de Orden Público los estados de excepción se puntualizaron así:

6.1. Del estado de prevención

> Artículo 8º. En casos de conmoción popular o desarrollo de actividades que puedan perturbar el orden público o constituyan una amenaza para la seguridad del Estado o la estabilidad de sus instituciones, el Presidente de la República podrá decretar el estado de prevención a efecto de conjurar el peligro y mantener la normalidad de la zona afectada.

Su modificación la omite, pero mantiene la facultad presidencial, sin necesidad de aprobación del Congreso, limitando su tiempo a quince días en los que el jefe del Ejecutivo puede, expresado en forma resumida: a) militarizar servicios públicos, incluso centros de enseñanza, e intervenir servicios prestados por empresas particulares; b) fijar condiciones para el ejercicio de los derechos de huelga o paro, o prohibirlos o impedirlos cuando tengan finalidades políticas; c) limitar la celebración de reuniones

---

[23] German Bidart Campos: *Derecho político*, 4.ª ed., Buenos Aires: Aguilar, p. 541 (1972).

al aire libre, manifestaciones públicas o espectáculos, o impedir que se lleven a cabo, aun en privado; d) disolver por la fuerza reuniones o manifestaciones sin autorización o, autorizadas, que se efectúen portando armas o elementos de violencia; e) disolver por la fuerza reuniones o manifestaciones en las que se hiciere uso de armas o recurriere a actos de violencia; f) impedir la circulación o el estacionamiento de vehículos en lugares, zonas u horas determinadas, impedir su salida de poblaciones, someterlos a registro y exigir declaración de su itinerario a quienes en ellos viajen; g) exigir a los órganos de publicidad y difusión de publicaciones que, a juicio de la autoridad, contribuyan o inciten a la alteración del orden público.

6.2. Del estado de alarma

> Artículo 11. El estado de alarma puede ser decretado cuando a juicio del Ejecutivo sean graves los hechos que perturban el orden público y amenacen seriamente la seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones o el goce de los derechos de los habitantes del país; o bien cuando las medidas tomadas durante el estado de prevención no hayan sido suficientes para restaurar la normalidad.

Al modificarse la ley, tal disposición se suprimió, pero el artículo 13 siguiente autoriza al ejecutivo a restringir algunas o todas las garantías señaladas en la Constitución (se refiere a las formalmente contenidas en los artículos del 43 al 78 de la Constitución emitida en 1965) y a adoptar las medidas que, resumidas, son las siguientes: a) intervenir los servicios públicos o privados para asegurar su mantenimiento, y exigir la cooperación de empresarios y trabajadores para que no se interrumpan; b) exigir los servicios de cualquier particular para mantener el funcionamiento de los servicios de utilidad pública o de aquellos que se estimen necesarios; c) negar visa de pasaporte a extranjeros, domiciliados o no, o disponer su concentración en lugares determinados o su expulsión; d) obligar a cualquier persona a residir en determinado lugar o que permanezca en su residencia o se presente a la autoridad en días y horas que se le señale; e) cancelar o suspender licencias de portación de armas y el control de las últimas; y centralizar las informaciones relativas a la emergencia en funcionario, dependencia u oficinas públicas; f) prohibir y suspender reuniones, huelgas o paros.

6.3. Del estado de calamidad pública

> El estado de calamidad pública podrá ser decretado por el Ejecutivo para evitar en lo posible los daños de cualquier calamidad que azote al país o determinada región, así como para evitar o reducir sus efectos.

Esta puntualización ha sido mantenida y, concretamente, permite al presidente: a) centralizar en entidad o dependencia servicios públicos, estatales y privados; b) limitar la libre locomoción y residencia de las personas; establecer cordones sanitarios; limitar la circulación de vehículos; impedir a las personas la entrada o salida de la zona

afectada; c) exigir auxilio y cooperación de las personas para el control de la situación en la zona afectada; d) impedir concentraciones de personas; prohibir o suspender espectáculos públicos y reuniones; e) establecer precios máximos o mínimos de artículos de primera necesidad y evitar su acaparamiento; f) ordenar la evacuación de habitantes de regiones afectadas o en peligro; g) dictar medidas en resguardo de las fronteras; h) cualesquiera otras para que la calamidad no se extienda.

6.4. Del estado de sitio

> Artículo 16. El Ejecutivo podrá decretar el estado de sitio con motivo de actividades terroristas, sediciosas o de rebelión; cuando se pretenda cambiar por medios violentos las instituciones públicas; o cuando hechos graves pongan en peligro el orden constitucional o la seguridad del Estado.

La modificación se lee:

> El Ejecutivo podrá decretar el estado de sitio no sólo con motivo de actividades terroristas, sediciosas o de rebelión que pretendan cambiar por medios violentos las Instituciones Públicas o cuando hechos graves pongan en peligro el orden constitucional o la seguridad del Estado; sino también cuando se registren o tuvieren indicios fundados de que han de sucederse actos de sabotaje, incendios, secuestros o plagio, asesinato, ataques armados contra particulares y autoridades civiles o militares u otras formas de delincuencia terrorista y subversiva. Para los efectos del último párrafo del artículo 152 de la Constitución de la República[24] los hechos enumerados o los indicios fundados de que pueden sucederse, serán considerados como constitutivos de guerra civil.

De declararse este estado, el presidente ejerce el gobierno en calidad de comandante general del Ejército, a través del ministro de la Defensa Nacional, y puede, además de acudir a las medidas que autorizan los estados de prevención y alarma: a) intervenir o disolver, sin necesidad de prevención o apercibimiento, cualquier organización, entidad, asociación o agrupación, tenga o no personalidad jurídica; b) ordenar detenciones o confinamientos, sin necesidad de mandamiento judicial o apremio, de toda persona sospechosa de conspirar contra el gobierno, de alterar el orden público o de ejecutar o propiciar acciones tendientes a ello, y de toda persona que pertenezca o haya pertenecido a las organizaciones o grupos a que se refiere el artículo 64 de la Constitución;[25] c) repeler o reprimir cualesquiera acciones individuales o colectivas contrarias a las disposiciones, acuerdos u ordenanzas dictados para restablecer la normalidad.

---

[24] En la Constitución de 1965 el aludido párrafo dispuso: “Cuando la República se encuentre en estado de guerra, el decreto no estará sujeto a las limitaciones de tiempo indicadas en el párrafo primero —30 días—”.

[25] La Constitución de 1965 prohibió los grupos que actuaran de acuerdo con o en subordinación a entidades internacionales propulsoras de ideología comunista u otro sistema totalitario.

6.5. Estado de guerra

En cuanto al último de los estados de excepción, se mantiene el texto así:

> Artículo 23. El estado de guerra se decretará por el Congreso de la República de conformidad con el inciso 6.º del artículo 170 de la Constitución,[26] a solicitud del Ejecutivo, tomándose en cuenta los intereses nacionales y la situación internacional.

A pesar de la regulación que se recoge en las líneas anteriores, la ley, en su capítulo VIII, referido a los detenidos y las penas, añade que en "cualquiera de los grados de emergencia puede detenerse a toda persona sin necesidad de apremio o mandamiento judicial, por haber indicios racionales de que actúa como autor, cómplice o encubridor para el alterar el orden público, que puede durar hasta veinticuatro horas después de haber cesado los efectos del decreto de restricción" (artículo 27), y en el capítulo siguiente, de disposiciones generales, que las personas infractoras de reglamentos, ordenanzas o disposiciones de emergencia podrán ser detenidas aun cuando establezcan su identidad, pero deben ser puestas a disposición de juez de turno (artículo 33); que la autoridad puede retener y abrir la correspondencia de personas sospechosas, y revisar y ocupar sus documentos y libros privados (artículo 38); que puede también suspender las actividades políticas y sindicales, el funcionamiento de partidos políticos o entidades, agrupaciones, organizaciones o asociaciones cooperantes, directa o indirectamente (artículo 40), y que los funcionarios encargados de la aplicación de la ley pueden ordenar allanamientos de domicilios o lugares cerrados, sin necesidad de orden escrita de juez o de permiso de sus dueños: a) si hubiere indicio de que en ellos se encuentra persona contra quien se haya librado orden de captura o detención por actos relacionados con la emergencia; b) se presuma la existencia de armas, propaganda subversiva, instrumentos o efectos del delito perseguido. En este último caso la autoridad debe presentar orden del funcionario que dictó la medida; y para penetrar al domicilio se pedirá permiso para entrar, pero en caso de negativa puede penetrar de hecho (artículo 42).

A salvo de los efectos de la ley quedan los organismos del Estado y sus miembros, quienes gozan de sus inmunidades y prerrogativas (artículo 31).

7. Los estados de excepción y su control

El capítulo VII de la ley examinada se relaciona con providencias, resoluciones y disposiciones dictadas por autoridades civiles o militares, a las que el artículo 25 da carácter ejecutivo, lo mismo que a las de propia iniciativa de las delegadas, departamentales o locales, que deben dar cuenta de ellas a su superior jerárquico. Contra

---

[26] La disposición aludió a la facultad del Congreso de declarar la guerra y de aprobar o improbar tratados de paz.

éstas no cabe más recurso que el de *responsabilidad* (artículo 26),[27] y en el último artículo de dicho capítulo (27), modificado, se lee:

> No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá recurrirse de amparo, si con motivo de la aplicación de esta ley, se violaren garantías no comprendidas dentro de aquellas que conforme a la Constitución de la República, puedan limitarse en su ejercicio, o que hayan sido restringidas en el Decreto respectivo. Podrá igualmente recurrirse de Habeas Corpus para el solo efecto de establecer el tratamiento del recurrente y, en su caso, hacer cesar vejámenes a que estuviere sujeto. La exhibición podrá efectuarse en el interior de las prisiones si así lo dispusiere la autoridad ejecutiva.

Las disposiciones aludidas permiten concluir que, cualquiera sea el estado de excepción decretado, se restringe por la ley el control judicial ordinario (recuérdese la obligación de poner a disposición del juez a personas detenidas por infracción de reglamentos, ordenanzas o disposiciones que indica el artículo 33), mas no así el control constitucional, que puede ejercitarse por las vías de amparo y exhibición personal, cuya aplicación debe hacerse por jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que, por efecto de apelación en los casos de amparo, se abra su conocimiento al tribunal constitucional.

La mayor preocupación doctrinal en estos temas ha girado, especialmente, en torno al estado de sitio, dada la naturaleza de las medidas implicadas en él, por lo que ha sido aceptada su marginación del control judicial ordinario al estimarse que el mérito de las causas a que obedece su declaración constituye típicas cuestiones políticas, no judiciables. No obstante, la misma doctrina admite cada vez más la viabilidad del *control de razonabilidad* de las medidas concretas adoptadas, de manera tal que puedan ser dejadas sin efecto cuando sean manifiestamente irrazonables, por no haber relación alguna entre la emergencia aducida y la restricción cuestionada; también se agrega la regulación de la prórroga de la declaración del estado de excepción, a fin de examinar si subsisten las causas que le dieron origen o, más allá, si ellas fueron reales.

En un ensayo que dedicó especialmente a este tema, Adolfo Gabino Ziulu[28] concluye:

> […] si los derechos y garantías que se reconocen a las personas son pasibles de reglamentación y también lo son las obligaciones constitucionales, por qué no han de serlo las facultades excepcionales que tiene el Estado, justamente para limitar esos derechos y garantías.
>
> Claro está que también reconocemos límites infranqueables al legislador ordinario. No podría ser tan exhaustivo en su afán reglamentarista, llegando a restringir de tal manera las atribuciones del Poder Ejecutivo que las vaciara de contenido y dejara al Estado inerme ante la emergencia.

---

[27] La acción de responsabilidad fue autorizada por el artículo 154 de la anterior Constitución, para ejercitarse al cesar la vigencia de la emergencia.

[28] Adolfo Gabino Ziulu: *Estado de sitio,* Buenos Aires: Depalma, p. 47 (2000).

Y es que no puede pasarse por alto que la declaración de los estados de excepción no puede sustentarse sólo en criterios, sino que debe basarse en datos objetivos que legitimen las medidas a las que se acuda. Sobre ese particular se puede traer a colación el estudio de una sentencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz,[29] de la que fue ponente, en la que se asienta:

> La evaluación de los factores determinantes de la situación irregular compete, en principio, al Presidente de la República como responsable del mantenimiento del orden. Es él quien, verificando la existencia de ciertas condiciones de hecho, decreta, con la firma de todos los ministros, la vigencia del correspondiente estado de excepción.
>
> Tal declaración tiene como consecuencia, un trastorno temporal en el funcionamiento del Estado de derecho, v.gr., se desdibuja la separación de las ramas del poder puesto que el gobierno va a hacer las veces de legislador en aquellos ámbitos afectados por los factores generadores del desorden y, precisamente, para contrarrestarlos. Es ésa la finalidad de los decretos extraordinarios y es ella la que justifica su contenido.

Similar es el pensamiento de Ekmekdjian[30], en su ya citada obra, cuando advierte:

> […] el beneficiario de la ampliación del poder durante la vigencia del estado de sitio es —generalmente— el Poder ejecutivo. Es él quien ordena y ejecuta casi todas las medidas restrictivas. Excepcionalmente puede hacerlo también el Congreso Nacional.
>
> Esto significa que el Poder Legislativo, que es el depositario primigenio de la soberanía del pueblo, está ausente de las atribuciones emergentes del estado de sitio, lo que confirma —aun más si cabe— la necesidad de un especial control de los actos dictados en ejercicio de esas facultades.

Y señalando la evolución de la Corte Suprema de Argentina, apunta a su adhesión a la teoría finalista expuesta por Bidart Campos, en cuanto sostiene que la declaración del estado de sitio sólo suspende aquellos derechos cuyo ejercicio sea perjudicial para la preservación del orden constitucional que tal declaración pretende asegurar. En otras palabras, el juez debe decidir si la medida restrictiva en cuestión tiene o no relación directa con la situación de emergencia que ha dado origen a la declaración del estado de sitio.

Igualmente, cuando Ekmekdjian[31] se detiene a examinar el instituto de hábeas corpus —exhibición personal—, señala que su utilidad se encamina a la comprobación, en el caso concreto, de los aspectos siguientes: a) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; b) la correlación entre la orden de arresto y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; c) la agravación ilegítima de la forma y las condiciones en que se cumple la privación de la libertad, que en ningún caso podrá

---

[29] Carlos Gaviria Díaz: "Los estados de excepción", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1966*, Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, p. 491 (1996).

[30] Ibídem, p. 637.

[31] Ibídem, pp. 659-660.

hacerse efectiva en los establecimientos destinados a la ejecución de la pena; desde luego que el arresto a disposición del Poder Ejecutivo no es una pena.

8. La Ley de Orden Público vigente en el criterio ciudadano (profesionales, dirigentes, agrupaciones civiles)

Cuando abordamos este tema instamos la expresión de diversos criterios para conocer puntos de vista. Separamos en primer término el obtenido de profesionales del derecho que cuentan con experiencia y prestigio indudables, y el de no menos crédito ciudadano y liderazgo existente en componentes de asociaciones o grupos de la sociedad civil, los que pasamos a reseñar:

8.1. A los abogados Oscar Barrios Castillo, Eduardo Palomo Escobar y Alejandro Maldonado Aguirre[32] dirigimos similar misiva, solicitándoles expresar su criterio, en la forma que lo estimaran oportuno, y sólo como ejemplo —no obligado, desde luego— planteamos lo siguiente: "¿Debería definir la Ley de Orden Público las características de lo que debe entenderse como estados de *calamidad pública*, *prevención*, *alarma*, *sitio* y *guerra*? ¿Debería la ley citada normar los alcances de las funciones del presidente en la función que le asigna el artículo 183 constitucional, letra *b*, en cuanto a proveer a la defensa y a la seguridad de la Nación, así como a la conservación del orden público? ¿Debería quedar el presidente sujeto a responsabilidad si omite informar al Congreso del modo más inmediato posible la desaparición de las causas que motivaron una declaratoria suya, juntamente con las medidas realmente tomadas y los resultados de ellas? Y el Congreso de la República, ¿debería quedar obligado, en el hipotético caso de la omisión aludida, a restablecer los derechos infringidos, sin perjuicio de requerir perentoriamente al presidente el informe del caso, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad? Y si también el Congreso es omiso, ¿ debería darse la facultad expresa de accionar en ese sentido al procurador de los Derechos Humanos, en tanto que el artículo 275, letra *b*, del texto constitucional lo faculta para *denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas*, especialmente *durante el régimen de excepción*, como predica el párrafo último de la norma?".

Las respuestas sobre el particular confirman afinidad en las ideas. En efecto:

Respecto de su eventual definición, Barrios Castillo estima:

> […] no es conveniente definir, determinar concretamente lo que debe entenderse por estado de prevención, alarma, calamidad pública, de sitio, de guerra, por la dificultad de agotar sus modalidades y disminuir quizá inconvenientemente la acción estatal, restándole medios para defender el estado Constitucional de derecho.

---

[32] Han sido ministros de Estado, magistrados de altas cortes y representantes de Guatemala en organismos internacionales.

Palomo Escobar, recordando que las leyes precedentes no los definían pero sí indicaban los casos, apunta:

> Sería conveniente, en consecuencia, que el proyecto a elaborarse al menos contenga disposiciones similares a aquellas, sin definir propiamente los "estados", para que no se limite a la autoridad en calificarlos, ya que pueden darse situaciones no previstas en las definiciones.

Y Maldonado Aguirre:

> Es posible que la definición de cada uno de los grados o situaciones ofrezca algunas dificultades, y por ello en cierta medida el legislador deberá dejar algún margen o flexibilidad para que las diversas posibilidades encuadren en un supuesto normativo.

Acerca de normar los alcances de las funciones del presidente, para el primero "su aplicación queda librada a la prudencia de los gobernantes"; el segundo responde:

> No considero que sea necesario, tomando en cuenta que la defensa de la Nación es competencia también del Congreso de la República y del Ejército nacional, cuando se asigna al primero la atribución de declarar la guerra y al segundo la responsabilidad de mantener la independencia, la soberanía, la integridad del territorio, la paz y la seguridad. Es decir que se trata de funciones que no competen solamente al presidente de la República (artículos 171 *f*, y 244 de la Constitución de la República). En cuanto a la conservación del orden público, tampoco es necesario porque el artículo 138 de la Constitución contiene disposiciones no comprendidas en las constituciones anteriores.

Y el último señala:

> No habría inconveniente formal en cuanto regular en la Ley de Orden Público las funciones de conservación del orden público a que se refiere el inciso *b* del artículo 183, de la misma manera como tampoco la ley para el desarrollo de otras en diversas leyes (verbigracia, Ley del Presupuesto, Ley Constitutiva del Ejército, Ley del Servicio Diplomático, etcétera). Es probable que resultara más coherente hacerlo en una ley específica (de Orden Público) que dejarlo disperso en otras disposiciones.

Con relación al tema de la *responsabilidad*, para el caso de que el jefe del Ejecutivo no informe al Congreso de manera inmediata el desaparecimiento de las causas que lo llevaron a su declaratoria, Barrios Castillo se pronuncia por que la ley disponga claramente que pueda instarse el *recurso de responsabilidad*; no así Palomo Escobar, "porque todo ciudadano tiene el derecho a pedir la revisión del decreto"; y Maldonado Aguirre señala:

> Podría ser que la omisión en el informe implicara responsabilidad grave del presidente de la República, lo que justificaría sujetarlo a juicio político. Sin embargo, al quedar extinguidos los efectos de la declaración del estado de excepción, los motivos de tensión habrían disminuido, en cuyo caso el juicio de responsabilidad avivaría una nueva controversia. […] Quizás podría ser suficiente una fórmula intermedia, que consistiría en ligar las actuaciones del jefe del Estado con uno de sus ministros (de Gobernación), quien quedaría políticamente responsable ante el Congreso de presentar el informe. De esta manera, de no cumplir con lo obligado, el sujeto pasivo de la responsabilidad sería un ministro (pieza cambiable) y no el

> presidente, y en tal circunstancia la procedencia del juicio no tendría por qué descalabrar la institucionalidad.

A la cuarta interrogante, ligada a la anterior en cuanto a si el Congreso asumiría la obligación —dada eventual omisión del Ejecutivo— de restablecer los derechos restringidos, sin perjuicio de pedir al presidente el informe bajo apercibimiento de responsabilidad, Palomo Escobar responde negativamente:

> Porque es función del presidente proveer a la conservación del orden público; y porque en vez del Congreso esa atribución le corresponde a la Corte de Constitucionalidad, por ser su función esencial la defensa del orden constitucional.

En tanto, Maldonado Aguirre indica:

> El Congreso podría emitir resoluciones sin fuerza obligante pero de peso moral, como los *puntos resolutivos* para censurar cualquier tipo de actitudes de otro órgano que no cumpla con sus funciones constitucionales. Por naturaleza, no correspondería al Parlamento "restablecer derechos", puesto que parece más propio de la función judicial.

Y en la última, que también guarda conexión con las dos anteriores, en el sentido de considerar el supuesto de que, si igualmente el Congreso de la República fuera omiso en la acción en ese sentido, podría estar atribuida al procurador de los Derechos Humanos, Palomo Escobar recuerda:

> El procurador de los Derechos Humanos ya tiene esa facultad, ya que es un comisionado del Congreso que tiene la obligación de defender esos derechos.

Por su parte, Maldonado Aguirre afirma:

> El procurador de los Derechos Humanos podría recibir ese mandato del legislador, puesto que es posible deducir que el legislador constituyente le encargó la vigilancia de respeto a los derechos humanos, en especial durante la vigencia del régimen de excepción.

En la estimación del tema en general, opina Barrios Castillo que la ley examinada "no es grata, porque sus preceptos son restrictivos del valor Libertad, pero ello se sacrifica temporalmente por los valores de seguridad y estabilidad", y sugiere abandonar el concepto de *seguridad del Estado* y sustituirlo por el de *estabilidad del Estado*, lo cual califica el tipo de seguridad que se desea. Agrega que es necesario prescribir que "Todo exceso en su aplicación que viole los derechos humanos será debidamente sancionado".

En opinión de Palomo Escobar:

> […] es preciso y urgente, agrego, reformular dicha ley […] pues la vigente se promulgó en 1966, antes de la Constitución que actualmente nos rige, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en mayo de 1985, que contiene disposiciones con un enfoque amplio y moderno sobre la protección a los derechos humanos y que además creó instituciones con la función de defender esos derechos y fundamentalmente la consolidación del Estado de Derecho Constitucional y Democrático.

En el criterio de Maldonado Aguirre:

> Comprendiendo que el régimen constitucional guatemalteco se enmarca en un contexto político y jurídico de tipo garantista y con base en antecedentes históricos que tendieron a extralimitar el ejercicio del poder, es conveniente redactar las instituciones de la Ley de Orden Público en términos que no permitan el abuso de su aplicación, y que la misma no sea más que la concordancia entre el comportamiento ciudadano y la institucionalidad.

Cita, además, un estudio suyo sobre el particular,[33] que principia por advertir que las denominadas *restricción* o *suspensión* no afectan las garantías como tales sino los medios para hacerlas efectivas, y subraya:

> El régimen de excepción es parte del sistema de legalidad de un Estado constitucional. Si no existiera un sistema de derecho, no sería imaginable el de excepción, puesto que sería innecesario tener como extraordinario lo que constituye la rutina política en el absolutismo. El de excepción, a pesar de que puede limitar severamente el ejercicio de los derechos individuales, solamente opera reconocido por la misma ley fundamental de la cual restringe partes operativas esenciales.

Apunta también, en relación con el estado de sitio, que en la reforma de la ley vigente el legislador asumió una nota tremendista al calificar como guerra civil hechos e indicios con enunciados que implicarían graves consecuencias para el ejercicio de los derechos humanos, para el sistema de derecho y, sobre todo, para la imagen internacional del país, y se inclinó hacia verdaderas arbitrariedades al facultar la detención y el confinamiento de personas sin necesidad de mandamiento judicial o apremio, por el hecho de que "pertenezca[n] o haya[n] pertenecido a organizaciones comunistas o de ideología totalitaria".

El acento común, pues, está puesto en que una ley como la estudiada, necesaria para enfrentar situaciones que pongan en peligro la estabilidad social e institucional, no debe, sin embargo, lesionar el ejercicio de los derechos humanos, ni tampoco quedar al margen de control alguno.

8.2. Por su parte, dirigentes y agrupaciones civiles fueron también consultados para recoger criterios diversos de componentes de la sociedad civil acerca de su apreciación de los alcances de la ley, y especialmente de los efectos que derivan de su aplicación. Al juicio expresado por escrito del secretario general de la Central General de Trabajadores de Guatemala se agregaron los testimonios de representantes o participantes de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Landívar, Tribunal Supremo Electoral, Instituto de Ciencias Penales, CEDECON, FOSS/UNOPS, Municipalidad de la capital, Cuerpo Voluntario de Bomberos, CONRED, Incidencia

---

[33] Alejandro Maldonado Aguirre: *El régimen de excepción en reflexiones constitucionales*, Corte de Constitucionalidad, Centro Impresor Piedrasanta, pp. 207 ss.

democrática, Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Ministerio de la Defensa, IDHUSAC y Partido Unionista. Éstos coincidieron con los profesionales ya nombrados en cuanto a que la ley vigente fue dictada en el contexto de una etapa en la cual el Estado necesitaba legitimar su poder; por ende, se trata de una ley —la vigente— para combatir la insurgencia o para atender casos de guerra, que por ello no responde al momento histórico actual. De ahí que, para salvaguardar la seguridad del Estado, deba tener como límites no conculcar los derechos humanos garantizados en los tratados y convenciones internacionales, que tienen preeminencia sobre el derecho interno, especialmente el respeto a la vida y demás derechos y libertades plenamente reconocidos a favor de los habitantes de la República, a lo que deben añadirse, en un nuevo texto, otras disposiciones como, por ejemplo, que antes de declarar un estado de excepción el presidente y su Consejo de Ministros conozcan el dictamen del Consejo Asesor de Seguridad; exigir la divulgación de su declaración en todos los niveles, rural y urbano, particularmente en las áreas geográficas que afectadas por amenazas naturales; que se tome en cuenta la actividad que pueden desarrollar los gobernadores departamentales y los consejos de desarrollo locales; que la aplicación de la ley esté en manos de las fuerzas de seguridad interna.

9. Las orientaciones que debieran sustentar toda propuesta de proyecto de ley de reforma de la vigente Ley de Orden Público

A nuestro parecer, la atención debe fijarse en tres componentes: la posición doctrinal actualizada sobre el tema; el compromiso asumido por el Gobierno de la República y representantes de la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca al suscribir, dentro de los denominados *acuerdos de paz*, el "Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y la función del ejército en una sociedad democrática",[34] y las disposiciones particulares, tanto de la Constitución Política de la República de Guatemala como de las prescritas en tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados por Guatemala, que han pasado a formar parte de su ordenamiento jurídico.

Respecto de lo primero, es aconsejable tener presente la concepción doctrinal actualizada y su énfasis en la necesidad de proteger los derechos fundamentales en situaciones anormales, originadas por actos voluntarios o por acaecimientos naturales, en los que la autoridad debe contar con un margen de facultades coercitivas más allá

---

[34] *Acuerdos de Paz*, publicación del Colegio de Abogados de Guatemala con la colaboración de UNESCO, pp. 145 ss. En el compromiso acerca de reformas legales se lee: "25. Se promoverá la emisión de una nueva Ley de Orden Público en consonancia con los principios democráticos y el fortalecimiento del poder civil. Todo exceso en la aplicación de la nueva ley será debidamente sancionado. Las limitaciones que en interés del mantenimiento del orden público la ley establezca, en ningún caso deben permitir excesos que contravengan la vigencia general de los derechos humanos ni facultarán a las autoridades a limitar otros derechos que los consignados en el artículo 138 de la Constitución".

de las ordinarias, pero que ello en manera alguna pueda prestar sostén a conductas arbitrarias. A esa concepción debe agregarse lo que se estime pertinente de la formulación de leyes avanzadas emitidas en otras naciones en las que, como en nuestro caso, en el pasado la autoridad no tuvo reparo en acudir a la arbitrariedad, bajo el cobijo de legitimidad de leyes permisivas de todo acto ajeno a control alguno; y, desde luego, sin ser excluyentes, las ideas asentadas en los criterios aportados por profesionales, líderes e integrantes de agrupaciones de la sociedad civil, entre otros.

En relación con el compromiso asumido por el Gobierno de la República y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca en el "Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y la función del ejército en una sociedad democrática", que forma parte de los acuerdos de paz, es necesario aclarar que abordar el tema del orden público en una nueva ley tiene un obstáculo: por ser de naturaleza constitucional, habría que convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para su emisión, proceso no sólo largo sino de alto coste, en circunstancias económicas nada favorables; pero, en cambio, es posible pensar en la reforma de la ley vigente, viable gracias al procedimiento que la propia Constitución provee.

En cuanto a los límites de su normativa, no puede pasarse por alto, de modo especial, lo que la Constitución Política de la República de Guatemala prescribe en el capítulo IV del título II, cuyos dos únicos artículos quedaron transcritos en el apartado 2.

Finalmente, tampoco debe omitirse la ponderación en un proyecto del contenido de los artículos constitucionales: 2.º (deberes del Estado), 44 (preeminencia del derecho internacional); 120 (intervención de servicios públicos), 182 y 183, incisos *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *l*, *n* y *ñ* (referidos al presidente de la República y sus funciones), 191, inciso *e* (acerca de las funciones del vicepresidente), 194 y 195 (funciones de los ministros de Estado), 203 y 204 (impartir justicia), 227 (gobernadores departamentales), 246 (función del presidente en el Ejército) y, de modo especial, los artículos 263 (derecho a la exhibición personal), 264 y 265 (procedencia del amparo), 272, incisos *b*, *c*, y 275, incisos *c*, *e* y *g* (atribuciones del procurador de los Derechos Humanos) y 276 (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), así como lo pertinente de las obligaciones internacionales del Estado con respecto de lo normado sobre el particular en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Hidemberg Alves da Frota (Brasil) *

Teoria Geral das Comissões Parlamentares de Inquérito Brasileiras[1]

1. Introdução

Por meio da atual Constituição Federal, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88, no saudável afã de construir uma República democrata e social[2], robusteceu as instâncias de controle popular e estatal sobre o Poder Público, a sociedade e a economia. Em conseqüência, no contemporâneo Direito Constitucional Positivo nacional as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem poderes de investigação de autoridade judicial (art. 58, § 3º, 1ª parte, da CF/88), reflexos do idealismo alvissareiro dos mentores da ordem constitucional vigente, ansiosos em combater a praxe de o Estado brasileiro — agravada pelo regime autoritário instaurado em 1964 e enrijecido em 1968 — manter-se distante da promoção do interesse público.

Neste estudo, proporciona-se visão ampla e densa dos fundamentos em que se esteiam as Comissões Parlamentares de Inquérito brasileiras e da dimensão de seus poderes de investigação de autoridade judicial.

2. Escorço Histórico

Ao *Senatus* da Roma republicana cabia investigar, processar e julgar ilícitos praticados por agentes da Alta Administração (*v.g.*, corrupção feita por governadores

---

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). ‹hidemberg_frota@yahoo.com.br›.

[1] Dedico este artigo à memória de meu avô materno, Alfredo Alves (1926-2004), incentivador incansável, profuso repositório de humanismo, transparência e amor incondicional, a quem muito devo e a quem pouco pude retribuir.

[2] Afonso da Silva, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88-90.

provinciais)[3], logrando controlar as finanças públicas e tomar as contas da magistratura[4]. Com freqüência, delegava-se a Comissões Especiais a atribuição de apurar "malversações dos funcionários [públicos romanos]"[5].

O Parlamento britânico, nos reinados de Eduardo II (1307-1327) e, nomeadamente, de Eduardo III (1327-1377)[6], conquistou "a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano"[7], até auditoriando as contas deste monarca[8]. Em meados da Idade Moderna (séculos XVI e XVII), as Comissões Parlamentares de Inquérito britânicas investigaram os mais diversos acontecimentos sociais, de questões eleitorais a conflitos armados, passando pelo Direito da Navegação[9].

São os Estados Unidos "o grande exemplo de sua freqüência e eficiência"[10]. No Congresso dos EUA, a Câmara dos Representantes (*House of Representatives*) instalou seu primeiro *Investigation Committee* em 1792[11], mas não contêm as CPIs expresso fulcro na Constituição dos EUA de 1787, apesar de constarem explicitamente nas Constituições estaduais daquele país.

Habituais na Europa continental do século XIX[12] e do início do século XX[13], no Direito romano-germânico as CPIs cristalizaram sua estatura constitucional graças à Constituição alemã de 1919. Na esteira da sua antecessora, de 1849[14], a Carta Política de 1919 (art. 34.1, 1ª parte) previa — mediante requerimento de *um quinto* dos

---

[3] Storni, Louise. Resenha: Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípio, Poderes e Limites. Autores: Manoel Messias Peixinho e Ricardo Guanabara. *Rits:* rede de informações para o terceiro setor, Rio de Janeiro, 6 ago. 2001. Disponível em: ‹http://www.rits.org.br›. Acesso em: 13 dez. 2003.

[4] Chacon, Vamireh. *História institucional do Senado do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 1997, p. 14-15.

[5] Castro, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo.* 3. ed. Rio de Janeiro: J. R. Santos, 1914, p. ? SÁ, Afrânio de. *Discurso ao tomar posse como Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, em 15.08.77.* Manaus: Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, 1977, p. 1.

[6] Preece, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3, p. 796-797.

[7] Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 371.

[8] Preece, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Macropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3, p. 212-213.

[9] Lôbo da Costa, Moacyr. Origem, natureza e atribuições das comissões parlamentares de inquérito: direito positivo brasileiro; limitações constitucionais. *Revista de Direito Público,* São Paulo, n. 9, jul.-set. 1969, p. 111.

[10] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158.

[11] Silva, Francisco Rodrigues da. *CPI's federais, estaduais e municipais:* poderes e limitações. Recife: Bagaço, 2000, p. 13.

[12] Lôbo da Costa, Moacyr. Op. cit., p. 112.

[13] Campos, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito — poderes do Congresso — direitos e garantias individuais — exibição de papéis privados. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, n. 195, jul.-set. 1961, p. 75.

[14] Silva, Francisco Rodrigues da. Op. cit., p. 16.

membros do Parlamento alemão (*Reichstag*) — a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito (*Untersuchungsausschüsse*), regidas por normas *processuais penais*, com poder de *requisição* de documentos públicos perante a Justiça e a Administração Pública, preservados os sigilos *postal, telegráfico e telefônico*.

Na Europa, o pioneirismo alemão foi secundado pela Holanda, Bélgica, Letônia, Grécia, Áustria, Polônia, antiga Iugoslávia, Turquia e ex-Tchecoslováquia[15]. Na América do Sul, couberam ao Brasil, à Argentina e ao Uruguai os tentames primevos de se implementarem comissões legislativas de feitio investigativo no século XIX, em particular em sua segunda metade[16].

A Constituição pátria de 1934 (art. 36 c/c art. 92, § 1º, inc. VI) as introduziu de forma velada no nosso Direito Constitucional Positivo[17], embora o art. 15, inc. VI, da Constituição Imperial de 1824 avistasse — na morte do Imperador ou na vacância do trono — o exame do reinado recém-findado, remediando-se os abusos nele perpetrados[18]. Inspirado na Carta Política alemã de 1919[19], o art. 36 da Constituição brasileira de 1934 prescrevia à Câmara dos Deputados criarem Comissões de Inquérito sobre *fatos determinados*, sempre que as requeressem a *terça parte*, pelo menos, dos seus membros, aplicando-se a tais inquéritos as normas *processuais penais* indicadas pelo Regimento Interno daquela Câmara.

Suprimidas pela Constituição pátria de 1937, as Comissões Parlamentares de Inquérito reapareceram no art. 53 do Texto Constitucional brasileiro de 1946. Emulada pelas ordens constitucionais brasileiras posteriores, inclusive pela de 1988[20], a Carta Constitucional de 1946 burilou as linhas mestras do art. 36 c/c art. 92, § 1º, inc. VI, do Estatuto Maior de 1934 (na Constituição de 1946[21] torna-se mais evidente a instauração de CPIs pelo Senado[22]). A partir da Carta Política de 1967 (art. 39), vislumbra-se também a instauração de CPIs *mistas*, compostas por membros da Câmara dos Deputados e do Senado. As CPIs, em suma, gozam de manifesta escora nas Cartas Políticas brasileiras de 1934 (art. 36 c/c art. 92, § 1º, inc. VI), 1946 (art. 53), 1967 (art. 39), 1969 (art. 37) e 1988 (art. 58, § 3º).

---

[15] Ibid., p. 17, 39.

[16] Ibid., p. 17-32.

[17] Oliveira, Erival da Silva. *Comissão parlamentar de inquérito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 26-27.

[18] Silva, Francisco Rodrigues da. Op. cit., p. 23.

[19] Lôbo da Costa, Moacyr. Op. cit., p. 112.

[20] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 159.

[21] Cretella Júnior, José. Comissão parlamentar de inquérito (CPI). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 770, dez. 1999, p. 434.

[22] Não obstante, "Pontes de Miranda, quando, nos *Comentários à Constituição Federal de 1934*, Rio de Janeiro, v. I, p. 4999, afirmava, sem razão, que os constituintes tinham atribuído maior importância à Câmara do que ao Senado, mas a interpretação sistemática dos artigos citados revela o contrário, porque a Câmara Alta tinha os mesmos poderes fiscalizadores que a Câmara Baixa, embora a leitura isolada do art. 36 pareça demonstrar o contrário". Cf. Cretella Júnior, José. Op. cit., p. 437.

O atual modelo brasileiro de CPI vai ao encontro daquele hoje adotado pelas Constituições alemã de 1949 (art. 44), italiana de 1948 (art. 82), japonesa de 1946 (art. 62), portuguesa de 1976 (art. 178), espanhola de 1978 (art. 76) e venezuelana de 1999 (arts. 223 a 224). O florescimento das CPIs nas democracias de feitio ocidental permitiu ao Parlamento sindicar o respeito ao ordenamento jurídico pelo aparelho estatal, pela ordem econômica, pelo indivíduo e por todos os segmentos sociais.

3. Conceito, Finalidade e Características das Comissões Parlamentares de Inquérito

As Comissões Parlamentares de Inquérito constituem órgãos colegiados[23], fracionários, transitórios e auxiliares[24] das Casas Legislativas brasileiras, que investigam, por *prazo certo*[25], *fato(s) determinado(s)*[26] de interesse público[27], de natureza política, administrativa, jurídica, social ou econômica[28].

Por *prazo certo* (art. 58, § 3º, 2ª parte, da CF/88), incumbe às CPIs examinarem *possíveis* e *específicas* irregularidades, plasmadas em *fato(s) determinado(s)* (art. 58, § 3º, 2ª parte, da CF/88, c/c art. 1º, *caput*, parte final, da Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952), pertinentes ao aparelho estatal, ao corpo social ou à ordem econômica[29] da sua unidade da Federação[30].

As CPIs têm o fim primordial de fiscalizar o respeito ao ordenamento jurídico pelo Poder Público, pela sociedade ou pela economia do seu ente federativo, e os objetivos secundários de municiar o Parlamento com subsídios para a confecção de Diplomas Legislativos e informar ao público acerca do andamento do respectivo inquérito parlamentar[31].

---

[23] Bulos, Uadi Lammêgo. *Comissão parlamentar de inquérito:* técnica e prática. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2.

[24] Ibid., p. 15.

[25] Alves, José Wanderley Bezerra. *Comissões Parlamentares de Inquérito:* poderes e limites de atuação. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 117.

[26] Ibid., loc. cit.

[27] Neste artigo optou-se pela simples remissão ao *interesse público*, sem qualificá-lo de *relevante*, como prefere José Wanderley Bezerra Alves, porque, em última análise, todo interesse público é relevante. Cf. Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 116, 484.

[28] Na visão de Meirelles, as CPIs materializam "uma das atribuições precípuas do Poder Legislativo: fiscalizar as atividades dos administradores ou de tantos quantos gravitam em torno do interesse público" — evidência de que quaisquer matérias relacionadas ao interesse público — seja de cunho político, administrativo, jurídico, social ou econômico — podem justificar a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito. Cf. Meirelles, Hely Lopes. Comissão parlamentar de inquérito. In: *Estudos e pareceres de direito público.* São Paulo: RT, 1991, v. 11, p. 24. Apud Castro, José Nilo de. *A CPI Municipal.* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 24.

[29] Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 122.

[30] Expressão tomada no sentido amplo imposto pelo art. 1º, *caput*, da CF/88, englobando a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

[31] Sobre a ampla finalidade das CPIs, cf. Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 119.

Periféricas e *ad hoc*[32], estabelecidas mediante requerimento de *um terço* dos membros da Casa Legislativa[33] (art. 58, § 3º, 2ª parte, da CF/88), representam *voz minoritária* dentro do Parlamento[34], embora sua composição seja proporcional aos partidos ou blocos parlamentares[35].

Temporárias[36], duram, no máximo, até o *final* da legislatura em que foram concebidas[37].

Autônomas, desfrutam de atuação *independente* do Parlamento, o qual, em conseqüência, não pode interferir em suas deliberações.

Especializadas, debruçam-se sobre *fato(s) determinado(s)*, sendo seus integrantes, de preferência, especialistas[38] no assunto objeto da investigação.

Colegiadas[39] e reduzidas[40], compõem-se de *limitado* número de parlamentares.

Ancilares[41] e investigativas[42], realizam pesquisas a subsidiarem a edição de leis pelo Parlamento e ajudam este a exercer seu mister fiscalizatório e informativo.

4. A Natureza Jurídica do Inquérito Parlamentar

A investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito se descortina em sede de *processo*[43] *extrajudicial* (art. 6º, 1ª parte, da Lei n. 1.579/52), ultimado com o advento de juízo de valor *conclusivo*, insculpido no relatório das investigações efetuadas, contido, por sua vez, em *projeto de resolução*, se disser respeito não apenas à competência *fiscalizatória*, mas também à competência *legislativa* daquela Casa das Leis[44].

---

[32] Ibid., p. 116.

[33] Salgado, Plínio. *Comissões parlamentares de inquérito:* doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53.

[34] Na esteira das Cartas Políticas de 1934 (art. 36 c/c art. 92, § 1º, inc. VI), 1946 (art. 53), 1967 (art. 39) e 1969 (art. 37), a Constituição Federal de 1988 (art. 58, § 3º) apenas evoca a possibilidade das CPIs serem instauradas por meio do requerimento de *um terço* dos parlamentares. Por isso, não houve a recepção do art. 1º, parágrafo único, 1ª parte, da Lei n. 1.579/52, o qual prevê a criação daquelas por meio de decisão do Plenário da Casa Legislativa. Em verdade, o dispositivo legal em tela já era inconstitucional sob a égide da Constituição de 1946 (art. 53).

[35] Marinho, Josaphat. Comissão parlamentar de inquérito — indicação de integrantes. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, out.-dez. 1993, p. 156.

[36] Bulos, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 14.

[37] Ibid., loc. cit.

[38] Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 122.

[39] Ibid., p. 121.

[40] Ibid., p. 122.

[41] Bulos, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 15.

[42] Ibid., loc. cit.

[43] Silva, José Luiz Mônaco da. *Comissões parlamentares de inquérito.* São Paulo: Ícone, 1999, p. 58-59.

[44] Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 297.

A competência fiscalizatória tende a ultrapassar a competência legislativa[45]. As Casas Legislativas estaduais, distrital e municipais, conquanto impossibilitadas de legislar acerca de Direito Civil, Penal, Eleitoral, Comercial, Agrário e do Trabalho[46] (a *contrario sensu* do art. 22, inc. I, da CF/88), podem investigar — inclusive por meio de CPIs — matérias pertinentes a tais ramos jurídicos.

Ao inquérito parlamentar refoge o papel de *procedimento administrativo preparatório* para hipotético processo judicial condenatório ou de execução (penal ou cível) deste derivado, não plasmando o fito de pavimentar o caminho para o Ministério Público oferecer denúncia ou propor ação civil pública[47].

A natureza jurídica do *inquérito parlamentar* transcende a de *procedimento administrativo inquisitorial*, como os presididos pelos Delegados de Polícia (*inquéritos policiais*[48] *civis* e *federais*[49]) e pelos membros do Ministério Público (*inquéritos civis* e procedimentos administrativos inominados[50]).

Diferente dos Órgãos Policiais e Ministeriais, cujas existências ultrapassam a de seus inquéritos, a Comissão Parlamentar de Inquérito dura enquanto estiver em curso o *único* inquérito parlamentar sob seus auspícios, estando um atado ao outro como irmãos siameses, à semelhança da *Comissão Disciplinar*[51] (ou *Comissão de Disciplina*[52]), condutora (*v.g.*, na seara federal) do *inquérito administrativo*.

---

[45] Elucida o Ministro Paulo Brossard: "Podem ser objeto de investigação [pelas CPIs federais] todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso." Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 71.039-RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.

[46] Enumeração exemplificativa, baseada no elenco do art. 22, inc. I, da CF/88.

[47] Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito:* poderes de investigação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 40.

[48] Os inquéritos policiais civis têm como espeque legal o Título II, arts. 4º a 23, do Código de Processo Penal. Os inquéritos policiais federais, além do precitado fundamental legal, estribam-se no art. 27, § 7º, da Lei Complementar n. 10.683, de 28 de maio de 2003.

[49] Além dos inquéritos policiais civis e federais, há o *inquérito policial militar*, "de inteira responsabilidade de um corpo de militares, destacado especialmente para sua condução, ligado à força a qual pertence o policial militar infrator". Cf. Silva, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública:* instrumentos da tutela coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 81. O inquérito policial militar se rege pelo disposto no Título III, arts. 9º a 28, do Código de Processo Penal Militar.

[50] Os inquéritos civis se ancoram principalmente no art. 129, inc. III, da CF/88. Os procedimentos administrativos inominados se respaldam no art. 26, inc. I, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

[51] Cuida-se de locução usual na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: MS n. 6.880-DF, 8.184-DF, 8.297-DF, 5.626-DF, 8.851-DF, 6.078-DF, 8.834-DF, 8.027-DF, 8.249-DF, 8.558-DF, 8.182-DF, 7.472-DF, 7.409-DF e 6.952-DF; ROMS n. 9.143-DF, 10.265-BA, 10.266-BA, 10.872-PR e 7.318-PR; RESP n. 456.829-RN.

[52] Expressão acolhida pela doutrina. Cf. Costa, José Armando. *Processo administrativo disciplinar.* 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999, p. 127.

Adstritos a subsidiar o *juízo de convencimento* ministerial (esboçado na *petição inicial* e sedimentado nas *alegações finais*), os inquéritos policial e civil não aventam tinos cabais. Já o inquérito parlamentar, tal qual o inquérito administrativo na esfera federal (nos termos dos arts. 165 e 166 c/c arts. 150, *caput*, e 151, todos da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais), transmite, em sua fase derradeira, entendimento *definitivo* sobre a controvérsia analisada, elaborado — no bojo do relatório final do inquérito parlamentar — por *órgão colegiado, temporário* e *autônomo*, mas *incompetente* (porque despossuído de quaisquer resíduos de *função jurisdicional*) e destituído de *poder de polícia* suficiente para aplicar sanções.

Nesse aspecto as CPIs e as Comissões de Disciplina se assemelham aos Tribunais de Contas quando apreciam as contas prestadas a cada ano pelo Chefe do Poder Executivo, porquanto, nessas circunstâncias, as Cortes Fiscais, por intermédio do *parecer prévio* encaminhado às respectivas Casas Legislativas, exaram juízo de valor conclusivo e independente, porém desprovido de *conteúdo decisório*, pois, nesse caso, o julgamento da autoridade máxima executiva será realizado posteriormente pelo Plenário do respectivo Parlamento (art. 71, inc. I, 2ª parte, c/c art. 75, *caput*, todos da CF/88[53]).

5. Os Poderes de Investigação de Autoridade Judicial Penal

A Constituição Federal de 1988 (art. 58, § 3º, 1ª parte[54]) conferiu às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação de autoridade judicial. Seguiu os passos da Constituição portuguesa de 1976 (art. 178.5[55]) e da Constituição italiana de 1948 (art. 82[56]).

---

[53] Citou-se acima, primeiro, a norma constitucional alusiva ao envio de parecer prévio pelo Tribunal de Contas da União ao Congresso Nacional (art. 71, inc. I, 2ª parte), e, depois, o dispositivo constitucional que aplica, em relação ao funcionamento das Cortes Fiscais, o *princípio da simetria com o centro e do paralelismo das formas* (art. 75, *caput*).

[54] Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

[55] Artigo 178.º (Comissões)

[...]

5. As comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

[56] Art. 82. Cada Câmara pode abrir inquéritos sobre assuntos de interesse público. Para esse fim nomeia, entre os próprios integrantes, uma Comissão formada de modo a refletir a proporção dos vários

Esses poderes de investigação de autoridade judicial correspondem aos poderes instrutórios confiados aos juízos criminais pelo Código de Processo Penal (art. 156, 2ª parte[57])[58].

Corrobora esse entendimento a Lei Nacional das CPIs (Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952), cujas normas processuais derivam e se socorrem da legislação processual penal (o que resta implícito no art. 3º[59], *caput*, § 1º, e manifesto no art. 6º[60], da Lei n. 1.579/52). Confirmando essa linha de pensamento, na Bélgica o legislador explicitou a correlação entre os poderes de investigação das CPIs e aqueles cometidos à Justiça Criminal. Nesse sentido, citam-se o art. 4º, § 1º, da Lei de 3 de maio[61] de 1880[62] (numeração conferida pela Lei de 30 de junho de 1996) e o art. 145, 1ª parte, do Regimento Interno da Câmara dos Representantes[63] do Parlamento belga[64].

---

grupos. A Comissão de inquérito procede às investigações e aos exames com os mesmos poderes e as mesmas limitações da autoridade judiciária.

[57] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

[58] Comparato, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, jul.-set. 1995, p. 60. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 44, jul.-set. 2003, p. 154.

[59] Art. 3º. Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º Em caso de não-comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal. (Renumerado pela Lei n. 10.679, de 23 de maio de 2003.)

[60] Art. 6º. O processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, e às normas do processo penal.

[61] Identificados apenas pela data em que foram promulgados ou sancionados, os Diplomas Legais belgas não recebem numeração.

[62] Art. 4. (L 1996-06-30/34, art. 5, En vigueur : 1996-07-26) § 1. La Chambre ou la commission, ainsi que leurs présidents pour autant que ceux-ci y soient habilités, peuvent prendre toutes les mesures d'instruction prévues par le Code d'instruction criminelle.

[63] *Chambre des Représentants* (francês), *Kamer van volksvertegenwoordigers* (neerlandês) ou *Abgeordnetenkammer* (alemão).

[64] Art. 145.

La commission d'enquête peut habiliter son président:

— à prendre toutes les mesures d'instruction prévues par le Code d'instruction criminelle ou certaines d'entre elles, en application de l'article 4, § 1er, de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires;

— à statuer sur les demandes visant à obtenir communication ou copie de procès-verbaux d'auditions de témoins et de documents remis par des témoins, en application de l'article 146.

Lorsqu'elle procède elle-même à l'enquête parlementaire, la Chambre peut habiliter son président:

— à prendre toutes les mesures d'instruction prévues par le Code d'instruction criminelle ou certaines d'entre elles, en application de l'article 4, § 1er, de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires;

Os poderes de investigação de autoridade judicial penal das CPIs propiciam a tais órgãos parlamentares considerável poder requisitório sobre a Administração Pública e a esfera privada de seus investigados.

6. Os Poderes Requisitórios sobre a Administração Pública

Em relação à Administração Pública (em sentido objetivo e amplo, englobando as funções política e administrativa[65]) e a seus agentes, as CPIs exercem amplos poderes instrutórios[66], tradicionalmente entrevistos pela doutrina com fincas no art. 2º, da Lei n. 1.579/52[67].

À vista disso, impende às CPIs:

(1) Mais do que *convidarem*[68], *convocarem* até auxiliares imediatos de confiança do Chefe do respectivo Poder Executivo, à frente de órgãos de cúpula de direção e assessoramento (próprios ou equiparados a Ministros de Estado, Secretários Estaduais, Distritais e Municipais)[69]. Fundamento legal: exegese ampla, teleológica e sistemática do art. 2º, 2ª parte, da Lei n. 1.579/52, conjugada com o *princípio da simetria com o centro e do paralelismo das formas*, com esteio no *princípio da igualdade das pessoas político-constitucionais*[70], ínsito ao *princípio federativo*, de farto amparo na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, *caput*, 1ª parte[71]; art. 18,

---

— à statuer sur les demandes visant à obtenir communication ou copie de procès-verbaux d'auditions de témoins et de documents remis par des témoins, en application de l'article 147.

Si des demandes visant à obtenir communication ou copie de procès-verbaux d'auditions de témoins ou de documents remis par des témoins sont introduites après la cessation des travaux d'une commission d'enquête ou à l'issue d'une enquête parlementaire menée par la Chambre elle-même, celle-ci peut habiliter son président à statuer sur ces demandes, en application de l'article 147.

[65] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

[66] Faria, Cássio Juvenal; Gomes, Luiz Flávio. Poderes e limites das CPIs. *Repertório IOB de Jurisprudência*, Caderno 1, São Paulo, n. 11, 1 quinz. jun.-1999, p. 339.

[67] Costa, Alexandre Lúcio de. Limites às comissões parlamentares de inquérito municipais e o controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, jan. 2003, p. 1.761-1.763.

[68] *Convocação* não se confunde com *requerimento* e *convite*. Naquele caso, a autoridade está obrigada a prestar depoimento (*ato vinculado*). Já nestas situações, presta esclarecimentos apenas se assim lhe aprouver (*ato discricionário*). Nesse sentido: SOARES, José Carlos Mayer. O poder sobre a informação: as CPIs e suas limitações. *Cidadania e Justiça:* Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, jan.-jun. 2000, p. 191.

[69] Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 225-229.

[70] Brasil. Tribunal Regional Federal (3. Região). 2. - Decorre do sistema federativo o princípio implícito da isonomia entre os membros da Federação. Revogação dos arts. 7 da Lei n. 4.870/65 e 2 da Lei n. 8.177/90 pela reedição da Medida Provisória n. 1.064/95 (art. 2, parag. 1 da Lei de Introdução do Código Civil), agora com o n. 1.476-15/96. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (96030825263). Relator: Desembargador Pérsio Lima. São Paulo, 16 de dezembro de 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 19 mar. 1997. Disponível em: ‹http://www.cjf.gov.br›. Acesso em: 06 jul. 2004.

[71] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Quarta Câmara Cível). Pretensão de ver declarado o julgado sob a ótica constitucional, com fundamento na extrapolação

caput, 2ª parte[72]; art. 19[73]; art. 25, *caput*, parte final[74]; art. 29, *caput*, parte final[75]; art. 32, *caput*, parte final[76]; art. 60, § 4º, inc. I[77]; art. 150, inc. VI, alínea "a"[78]);

(2) Notificarem os agentes públicos da unidade territorial em mira (por exemplo, se for a União, qualquer autoridade pública federal), com o fito de tomar o seu depoimento oral (ou escrito, se assim preferirem os agentes políticos listados pelo art. 221, § 1º, do Código de Processo Penal)[79]. Fundamento legal: interpretação restritiva do

---

do limite de legislar. Alegação de competência originária do Estado sobre a matéria. Não verificação. As disposições do art. 169 são reguláveis através de lei complementar, a ser aplicada a todo o país, justamente em observância ao princípio federativo insculpido no art. 1º da CF/88. Embargos de Declaração n. 70003910577. Embargante: José Augusto Boscasi Marques da Silva. Embargado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Vasco Della Giustina. Porto Alegre, 6 de março de 2002. Disponível em: ‹http://www.tj.rs.gov.br›. Acesso em: 05 jul. 2004.

[72] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Especial Cível). A 'Lei Camata' não pode ofender o princípio federativo, do qual deflui o princípio da autonomia de Estados e Municípios (CF/88, arts. 1º, 18 e 29 a 30). Apelação e Reexame Necessário n. 70002077824. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Porto Alegre, 4 de abril de 2001. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 2002, v. 1, t. 249. Disponível em: ‹http://www.tj.rs.gov.br›. Acesso em: 05 jul. 2004.

[73] Afonso da Silva, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 474.

[74] Carraza, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: 2003, p. 133-134.

[75] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Especial Cível). A 'Lei Camata' não pode ofender o princípio federativo, do qual deflui o princípio da autonomia de Estados e Municípios (CF/88, arts. 1º, 18 e 29 a 30). Apelação Cível n. 0002078467. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Porto Alegre, 4 de abril de 2001. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 2002, v. 1, t. 150. Disponível em: ‹http://www.tj.rs.gov.br›. Acesso em: 05 jul. 2004.

[76] Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª Turma Cível). 1. A Constituição Federal de 1988 garantiu ao Distrito Federal a natureza de ente federativo autônomo, em virtude da presença de sua tríplice capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração e estabeleceu sua competência no artigo 32. De fato, as normas de cada ente são independentes, em respeito ao princípio federativo, este considerado como cláusula pétrea pelo nosso ordenamento jurídico. Em razão disso, o Distrito Federal não pode arcar com incorporações derivadas do exercício de um cargo efetivo de uma unidade federativa diversa. Apelação Cível n. 20020110026704APC DF. Relator: Hermenegildo Gonçalves. Brasília, DF, 31 de março de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 28 mai. 2003. Disponível em: ‹http://www.tjdf.gov.br›. Acesso em: 05 jul. 2004.

[77] Carraza, Roque Antonio. Op. cit., p. 132.

[78] Brasil. Tribunal Regional Federal (4. Região). Execução. Lei Municipal n. 3.589/91. Art. 150, VI, "a" da Constituição Federal. Substituição tributária. Imunidade recíproca. Responsabilidade da União, por substituição, pelo pagamento do imposto sobre serviço prestado por terceiro. Inadmissibilidade. Não é admissível que um ente federativo imponha a outro o pagamento de imposto, mesmo por substituição, face à afronta ao princípio da imunidade recíproca e, por conseqüência, à forma federativa de Estado. Apelo a que se nega provimento. Apelação cível n. 262.908-SC (199904010132954). Relatora: Juíza Convocada Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 23 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 28 jun. 2000. Disponível em: ‹http://www.cjf.gov.br›. Acesso em: 05 jul. 2004.

[79] Alves, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 231.

art. 2º, 2ª parte, da Lei n. 1.579/52. A exegese restringente dessa regra legal se dobra aos contornos a ela impostos pelo *tratamento isonômico* dispensado aos entes político-administrativos, almejando-se a *não-intervenção*[80] de um ente federativo em outro (a intervenção de uma pessoa política em outra vem à tona mediante *expressa autorização constitucional*, em circunstâncias específicas arroladas pelos arts. 34 a 36, da CF/88)[81]. Excepcionam-se notificações de autoridades públicas de outros entes constitucionais, em se tratando de inquérito sobre "recursos repassados voluntariamente (convênios)"[82] do ente político da CPI àquele da autoridade depoente, caso a pessoa política da primeira seja de estatura superior à da segunda (a União em relação às demais pessoas constitucionais e o Estado-federado em relação a Município inserto em seu território);

(3) Exigirem documentos públicos da Administração Pública pertencente ao ente autônomo dentro do qual se situa sua Casa das Leis[83], incidindo tal poder requisitório sobre as empresas públicas *lato sensu*[84], *estatais*, *governamentais* ou *do setor público* (quais sejam, *empresas públicas puras*[85], *sociedades de economia mista*[86] e demais sociedades empresárias controladas pelo Estado[87])[88]. Fundamento legal: Lei

---

[80] Ibid., p. 233.

[81] Ibid., p. 232-233.

[82] Ibid., p. 233.

[83] Costa, Alexandre Lúcio de. Op. cit., p. 1.761.

[84] SÁ, Afrânio de. Sociedades de economia mista. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, jan.-abr. 1983, p. 35.

[85] "Na verdade a expressão empresa pública alberga genericamente duas espécies, que são a sociedade de economia mista e a empresa pública pura." Cf. SÁ, Afrânio de. *Princípio da legalidade no Estado Liberal e Social.* 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977, p. 130. Ao se referir a ambas, Di Pietro prefere a locução *empresas estatais ou governamentais* para designar as empresas sob controle estatal: "Deve ser evitada a expressão *empresa pública*, nesse sentido genérico de empresa estatal, tendo em vista que, no direito brasileiro, essa designação é reservada a determinado tipo de entidade da Administração Indireta, com características que as distinguem das demais." Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 374. Cunha aventa como sinônimo de empresas estatais o rótulo *empresas do setor público*. Cf. Cunha, Paulo César Melo da. O tratamento jurídico das empresas estatais e os reflexos do consórcio celebrado entre empresas do setor público e do setor privado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 56, jan.-dez. 2003, p. 270.

[86] Na esteira dos incs. II e III (respectivamente), do art. 5º, do Decreto-Lei n. 200/67, no tocante à composição do capital, nota-se diferença essencial: a *empresa pública* propriamente dita se municia unicamente de capital público, enquanto a sociedade de economia mista se abebera no capital público e privado, prevalecendo aquele sobre este.

[87] Conjunto de empresas sob controle direto ou indireto do setor público, na condição de ramificações da Administração Pública Indireta, o gênero *empresas públicas em sentido amplo* (Sá), *empresas do setor público* (Cunha) ou *empresas estatais ou governamentais* (Di Pietro) abarca as definições legais de empresa pública e de sociedade de economia mista trazidas pelo incs. II e III (respectivamente), do art. 5º, do Decreto-Lei n. 200/67, "mas também as demais que — embora

n. 1.579/52 (interpretação extensiva, finalística e sistemática do art. 2º, 2ª parte); Constituições alemãs de 1919 (art. 34.3) e 1949 (art. 44.3), austríaca de 1920 (art. 53.3) e venezuelana de 1999 (art. 223.2, 2ª parte); Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares da Assembléia da República Portuguesa (art. 13, n. 3[89] e n. 4);

(4) Solicitarem inspeções e auditorias do Tribunal de Contas competente. Fundamento legal: art. 58, § 3º, 1ª parte, da CF/88, c/c art. 71, inc. IV (implícito); art. 148, *caput*, parte final, do Regimento Interno do Senado Federal (explícito);

(5) Requisitarem serviços de quaisquer autoridades públicas (inclusive policiais)[90]. Fundamento legal: art. 58, § 3º, 1ª parte, da CF/88 (implícito); art. 36, incs. II e III, parte final, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (explícito); art. 44.3, da Carta Constitucional alemã de 1949 (explícito); art. 13.2, do Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares da Assembléia da República Portuguesa (explícito);

(6) Realizarem vistorias, sindicâncias, levantamentos e outras diligências em órgãos e entidades estatais do seu ente federativo[91]. Fundamento legal: art. 2º, da Lei n. 1.579/52 (implícito); art. 36, incs. II e III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (explícito); art. 34, § 4º, do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (explícito).

7. Os Poderes de Investigação na Esfera Privada

Os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito na esfera privada se curvam ao respeito ao ordenamento jurídico, em particular ao Direito Legislado, a começar pela Constituição da República, o que implica se pautarem pela reverência, tanto ao princípio da supremacia do interesse público, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O *princípio da supremacia do interesse público*, homenageando, quer a soberania popular[92], insculpida no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, quer

---

controladas pelo Estado e por isso estatais — com aquelas não se confundem". Cf. Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

[88] Salgado, Plínio. Op. cit., p. 138.

[89] Embora o n. 3 do art. 13 mencione *requerimento* e *solicitação* (pedido), a leitura do n. 4 do mesmo art. esclarece: trata-se, em verdade, de *requisição* (exigência legal), cujo descumprimento implica a ocorrência de *crime de desobediência qualificada* (art. 19.1). Ademais, a exemplo das CPIs brasileiras pós-CF/88, as CPIs do Parlamento português possuem poderes de investigação de autoridade judicial (art. 13.1), incompatíveis com a expedição por tais colegiados, nessas circunstâncias, de meros requerimentos. Explica Tourinho Filho: "Requisição é exigência legal. Requisitar é exigir legalmente. Já a palavra *requerimento* traduz a idéia de solicitação de algo permitido por lei." (grifo do autor) Cf. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

[90] Sandoval, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao pé da letra.* Campinas: Millennium, 2001, p. 88.

[91] Sandoval, Ovídio Rocha Barros. Op. cit., p. 89.

[92] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo:* parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 80-81.

a prevalência do interesse geral da sociedade sobre interesses particulares de segmentos sociais e do Estado[93], preconiza a entrada das CPIs na esfera da vida privada sem prévia autorização judicial, caso consista em providência calçada em causa provável com base empírica[94].

Por outro lado, no inc. III do mesmo art. 1º, encontra-se o *princípio da dignidade da pessoa humana*, o princípio maior da Constituição Federal e do ordenamento jurídico[95], enfeixando em si os direitos fundamentais[96], inclusive o direito à vida privada, entalhado na 1ª parte do inc. X do art. 5º da CF/88, a proteger a vida privada do investigado do olhar público e da intrusão do Estado.

Por último, figura o *princípio da proporcionalidade*, condicionando o ingresso das CPIs na vida privada não apenas à presença de causa provável, mas também à reverência aos requisitos da *adequação*, *exigibilidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*[97].

Primeiro, verifica-se a existência concreta de *causa provável* e sua *explícita* e *específica* indicação no ato a descortinar a vida privada do investigado. Feito isso, avalia-se se tal providência é (1) *adequada* (se é apta e eficaz, seja para elucidar se o investigado concorreu ou não para a possível irregularidade, seja para aclarar a ocorrência dessa eventual iniqüidade), (2) *exigível* (se, além de eficaz, corresponde ao meio mais benigno ou menos ofensivo ao investigado) e (3) *proporcional* (se — a par de diligência apropriada e eficaz, de menor ofensividade — os aspectos favoráveis da diligência suplantam os desfavoráveis).

Saber se a medida avultada é a mais vantajosa (aferir a proporcionalidade em sentido estrito) significa conferir se a harmonização do princípio da supremacia do interesse público com o da dignidade da pessoa humana abaliza ou não a execução de tal diligência, tendo-se em conta que o princípio da dignidade da pessoa humana é o único que prevalece sobre o princípio da supremacia do interesse público[98], motivo pelo qual este será o mais sacrificado e aquele o mais poupado.

---

[93] Ibid., p. 88.

[94] Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 23.868-DF. Impetrante: Federação Gaúcha de Futebol. Advogados: Rodrigo Lopes Lourenço e outro. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[95] Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53. Em idêntico sentido: Id. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, jan.-dez. 1999, p. 86.

[96] Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 58-59. Apud Afonso da Silva, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

[97] Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223-224.

[98] Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 116.

7.1. A influência da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel sobre os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito

Caberá ao direito à intimidade, emoldado pela teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Heinrich Henkel, divulgada no Brasil por Paulo José da Costa Jr[99], o papel de fiel da balança, a definir onde o princípio da supremacia do interesse público cede passo ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que momento os poderes de investigação de autoridade judicial penal das CPIs passarão a ser mitigados, a fim de se resguardar o direito à vida privada.

De acordo com essa teoria, a *esfera privada em sentido amplo* contempla em si três círculos concêntricos: o *círculo da vida privada em sentido estrito*, o *círculo da intimidade* e o *círculo do segredo*. São camadas dentro de camadas. O círculo do segredo se insere no círculo da intimidade, o qual, por sua vez, encarta-se no círculo da vida privada em sentido estrito[100].

No *círculo da vida privada em sentido estrito* repousa a crosta da esfera privada, a extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um. Essa primeira circunvolução serve de palco a relações interpessoais superficiais, exemplificadas pelas amizades adstritas ao coleguismo. No círculo da vida privada em sentido estrito perfilam o *sigilo patrimonial*[101] (onde se alojam os sigilos fiscal, financeiro e empresarial) e de *dados e registros das comunicações* (a exemplo do *sigilo de dados e registros telefônicos* ou simplesmente *sigilo telefônico*). No círculo da vida privada em sentido estrito prevalecem a *dimensão material* da vida privada e/ou *aspectos perfunctórios* dos relacionamentos humanos.

No círculo intermediário — o *círculo da intimidade* — sobejam as *idiossincrasias* do ser humano e floresce a *dimensão espiritual* da existência humana, desdobrada nas informações confidenciais compartilhadas com familiares e amigos próximos (*sigilo familiar*) e com profissionais que têm contato com a intimidade de outrem por força da atividade exercida (*sigilo profissional*[102]), muitas vezes desveladas no espaço domiciliar, endereço residencial ou profissional, permanente ou provisório (*sigilo domiciliar*[103]) e, neste caso, relacionadas à *inviolabilidade do domicílio* (inc.

---

[99] Costa JR., Paulo José da. *O direito de estar só:* tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

[100] Costa JR., Paulo José da. Op. cit., p. 36-37.

[101] Garcia, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 475.

[102] Sampaio, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada:* uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 412.

[103] Szaniawski, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela.* São Paulo: RT, 1993, p. 136-137.

XI do art. 5º da CF/88). No círculo íntimo também se agasalha o *sigilo do conteúdo de quaisquer comunicações privadas* (incluindo a telemática, epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática), mesmo se aludirem a *questões públicas*.

A raiz da intimidade alberga o círculo nuclear — o *círculo do segredo* —, em volta do qual orbitam os demais e onde se projeta a imagem *mais autêntica* de alguém, adstrita a diários e pensamentos ou unicamente desvelada aos parentes e amigos íntimos mais chegados ou a pessoas que tomam conhecimento de detalhes recônditos do indivíduo em face do mister desempenhado[104].

O círculo da vida privada em sentido estrito é suscetível à indagação probatória pelas CPIs, mas se preserva o *direito à intimidade* do investigado.

Ao se abrir o círculo da vida privada em sentido estrito à instrução probatória das CPIs, permite-se a elas, por autoridade própria, sem prévia autorização judicial, descerrarem o sigilo patrimonial (*v.g.*, os sigilos fiscal, financeiro — mormente bancário — e empresarial, a exemplo do tradicional sigilo da escrituração comercial) e o sigilo de dados e registros das comunicações (*e.g.*, sigilo de dados e registros telefônicos).

Todavia, estando as CPIs impedidas de descobrirem o manto protetor da intimidade, descabe a elas desnovelarem, por iniciativa própria, quer o sigilo familiar, profissional e domiciliar, quer o sigilo do conteúdo das comunicações.

Não podendo, por autoridade própria, examinarem a intimidade do investigado, nem adentrarem o seu lar, muito menos acarretarem-lhe lesões superiores a estas (tais qual o tolhimento do direito à locomoção), restam às CPIs escassas medidas assecuratórias: só podem decretar a prisão em flagrante delito e em cumprimento de ordem judicial e não podem expedir mandados de busca e apreensão (tanto domiciliar, quanto pessoal), exceto se (no caso de mandado de busca e apreensão pessoal) voltado a garantir a segurança da sua sala de audiências, ante o fundado receio de existir alguém armado naquele recinto.

7.2. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O direito à intimidade, ombreado na teoria dos círculos concêntricos da vida privada embasada na visão de Henkel, fortalece o entendimento hoje predominante na jurisprudência do Pleno do Supremo Tribunal Federal, concebido pelo Ministro Celso de Mello ao proferir o voto-condutor do julgamento do Mandado de Segurança n. 23.452-RJ, de 16 de setembro de 1999[105], quando o Pretório Excelso firmou posi-

---

[104] Costa JR., Paulo José da. Op. cit., loc. cit.

[105] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 12 jul. 2004.

cionamento favorável às CPIs quebrarem (por vontade própria e de forma fundamentada, discriminando-se a existência concreta de causa provável ensejadora da diligência), os sigilos bancário, fiscal e de dados e registros telefônicos (este, recorda-se, comumente abreviado para a expressão *sigilo telefônico*[106]), porém contrário àquelas decretarem (por autoridade própria) a indisponibilidade de bens do investigado, buscas domiciliares, interceptação telefônica, prisão de qualquer pessoa (salvo na flagrância) e qualquer outra medida decorrente do poder geral de cautela do Poder Judiciário. Na ementa do mencionado acórdão sobressai-se este trecho:

> — A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, *ao campo da indagação probatória*, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do *poder geral de cautela* conferido aos juízes, como o poder de decretar a *indisponibilidade dos bens* pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD), nem desrespeitar o privilégio contra a autoincriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO — HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), *nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância* (RDA 196/195, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD).
>
> [...]
>
> — O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) — ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política — não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar.
>
> As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a *existência concreta de causa provável* que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade[107] de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento

---

[106] Repisem-se estas palavras do Ministro Celso de Mello: o sigilo telefônico *incide sobre os dados/registros telefônicos e [...] não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas*. Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 12 jul. 2004.

[107] Ainda que o Ministro Celso de Mello nomine *esfera de intimidade* o que nesta monografia se chama *esfera da vida privada em sentido estrito*, o seu ponto de vista, em essência, afina-se com o referencial teórico ora hasteado.

> de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV).[108] (grifos do autor)

O acórdão do MS n. 23.452-RJ representa divisor de águas na jurisprudência da Corte Suprema brasileira sobre a amplitude das requisições emanadas das Comissões Parlamentares de Inquérito. O Supremo Tribunal Federal, capitaneado pela visão lúcida e dialética do Ministro Celso de Mello, trouxe à tona posicionamento inovador, a conciliar os poderes de investigação de autoridade judiciária penal das CPIs brasileiras com a proteção da vida privada de seus investigados.

O precedente do MS n. 23.452-RJ tem norteado as decisões colegiadas posteriores pronunciadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Exemplifica-se:

(1) No MS n. 24.749-DF[109] o Tribunal Pleno do STF exigiu constar na deliberação descortinadora dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático "as razões pelas quais veio a ser determinada a medida"[110];

(2) No MS n. 24.029-DF[111] condicionou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico à fundamentação do respectivo ato;

(3) No MS n. 24.135-DF[112] impôs a presença de fato concreto e causa provável a justificarem a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico;

(4) No MS n. 24.217-DF[113] prescreveu a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico mediante a demonstração de "existência concreta de causa provável"[114];

> ementa: mandado de segurança. comissão parlamentar mista de inquérito de roubo de cargas. quebra do sigilo bancário, telefônico e fiscal. necessidade de fundamentação do ato impugnado. presença da probable cause. denegação da ordem.

---

[108] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 12 jul. 2004.

[109] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 24.749-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasilia, DF, 29 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 5 nov. 2004. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.

[110] Ibid., loc. cit.

[111] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 24.029-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 3 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 22 mar. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.

[112] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 24.135-DF. Impetrante: Hugo Wolovikis Braga. Advogados: Esdra Dantas de Souza e outra. Impetrada: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 3 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 jun. 2003. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[113] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 24.217-DF. Impetrante: José Fuscaldi Cesílio. Advogados: Clésia Pinho Pires e outro. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 28 de agosto de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 18 out. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[114] Ibid., loc. cit.

> 1. [...]
> 2. O Tribunal já firmou entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito são dotadas de poder investigatório, ficando assentado que devem elas, *a partir de meros indícios, demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a quebra do sigilo*.
> 3. Depoimento do impetrante e acareação com testemunha que o acusara de receptador. Coincidência com declarações de outra testemunha. Relatório da Polícia Federal. *Causa provável ensejadora da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico*.
> Segurança denegada.[115] (grifos nossos)

(5) No MS n. 24.028-DF[116] reconheceu ter a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico levada a efeito pela CPI Mista do Roubo de Cargas se estribado "em indícios já existentes nos autos da CPI e de conhecimento daquele órgão"[117];

(6) No MS n. 23.860[118] anuiu com a quebra dos sigilos fiscal e bancário pela CPI do Futebol, em função de o ato baixado por esta ter partido "de fato concreto"[119];

(7) No MS n. 23.882[120] concedeu segurança para o primeiro impetrante, vítima de quebra de sigilos bancário e fiscal pela CPI do Futebol (apoiada em "meras conjecturas"[121]); todavia, indeferiu-a para o segundo impetrante, alvo do descerramento de tais sigilos, já que havia a CPI se escorado em "fatos concretos com base em indícios"[122];

(8) No MS n. 23.843-RJ[123] reprisou que a quebra dos sigilos bancário e fiscal se submete à "fundamentação adequada, contemporânea ao ato que a ordena e escorada em fatos idôneos"[124];

> EMENTA: Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilo bancário e fiscal.
> — Esta Corte, em julgamentos relativos a mandados de segurança contra a quebra de sigilo bancário e fiscal determinada por Comissão de Inquérito Parlamentar (assim, entre outros, nos MS's 23.452, 23.454, 23.851, 23.868 e 23.964), já firmou o *entendimento de que tais Comissões têm competência para isso desde que essa*

---

[115] Ibid., loc. cit.

[116] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 24.028-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 22 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 mar. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.

[117] Ibid., loc. cit.

[118] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.860-SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 31 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 fev. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.

[119] Ibid., loc. cit.

[120] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.883-PR. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 31 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 fev. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.

[121] Ibid., loc. cit.

[122] Ibid., loc. cit.

[123] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.843-RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 10 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 ago. 2003. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.

[124] Ibid., loc. cit.

> *quebra tenha fundamentação adequada, que não só há de ser contemporânea ao ato que a ordena, mas também que se baseie em fatos idôneos,* para que não seja ela utilizada como instrumento de devassa indiscriminada sem situações concretas contra alguém das quais possa resultar suspeitas fundadas de suposto envolvimento em atos irregulares praticados na gestão da entidade em causa.[125] (grifos nossos)

(9) No MS n. 23.879-DF[126] imbricou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico a "fato concreto e causa provável"[127];

(10) No MS n. 23.851-DF[128] relacionou a quebra dos sigilos bancário e fiscal à "fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo"[129];

(11) No MS n. 23.959-DF[130] atestou a necessidade da quebra do sigilo bancário em face de "[e]lementos de prova já existentes nos autos da CPI e de conhecimento daquele órgão"[131];

(12) No MS n. 23.960-DF[132] e no MS n. 23.957-DF[133] conectou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico à fundamentação evidenciadora de "fato concreto e causa provável"[134];

---

[125] Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Velloso, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, out.-dez. 1998, p. 142-143.

[126] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.879-DF. Impetrante: Associação Brasileira de Agentes de Futebol — ABAF. Advogado: Getúlio Humberto Barbosa de Sá. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 3 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 nov. 2001, p. 8.

[127] Ibid., loc. cit.

[128] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.851-DF. Impetrante: Antonio Osório Ribeiro Lopes da Costa. Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI de Futebol). Brasília, DF, 26 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[129] Ibid., loc. cit.

[130] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.959-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 26 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 mar. 2001. Disponíve em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2004.

[131] Ibid., loc. cit.

[132] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.960-DF. Impetrante: Ariberto Pereira dos Santos Filho. Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros. Advogada: Christiane Rodrigues Pantoja. Impetradas: Mesa do Senado Federal e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Futebol). Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 nov. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[133] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.957-DF. Impetrante: Ariberto Pereira dos Santos Filho. Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros. Advogada: Christiane Rodrigues Pantoja. Impetradas: Mesa do Senado Federal e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Futebol). Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 14 dez. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[134] Ibid., loc. cit.

(13) No MS n. 23.868-DF[135] e no MS n. 23.964-DF[136] atrelou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico à "indicação correta de fatos específicos"[137] e à comprovação da "existência de causa provável";

(14) No HC n. 80.420-RJ[138] ordenou a exclusão do conjunto probatório de processo penal das provas colhidas em busca e apreensão determinada por CPI;

(15) No MS n. 23.652-DF[139] e no MS n. 23.639-DF[140] atou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico à fundamentação adequada, com "base empírica idônea", a alinhavar "a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária"[141];

(16) No MS n. 23.556-DF[142], no MS n. 23.668-DF[143] e no MS n. 23.619-DF[144] frisou a indispensabilidade da fundamentação do ato de quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico;

---

[135] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.868-DF. Impetrante: Federação Gaúcha de Futebol. Advogados: Rodrigo Lopes Lourenço e outro. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[136] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança n. 23.964-DF. Impetrantes: Rudimar Basso e outros. Advogados: Winícius Alves da Rosa e outros. Advogado: Rogério Marinho Leite Chaves. Impetrada: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

[137] Ibid., loc. cit.

[138] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* n. 80.420-RJ. Relator do processo: Ministro Sepúlveda Pertence. Relatora do acórdão: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 28 de junho de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 fev. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[139] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.652-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 fev. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[140] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.639-DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 fev. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[141] Ibid., loc. cit.

[142] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.556-DF. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF, 14 de setembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[143] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.668-DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 29 de junho de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 24 nov. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[144] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.619-DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

(17) No MS n. 23.480-RJ[145] e no MS n. 23.466-DF[146] proibiu CPIs de decretarem a "indisponibilidade de bens de particular"[147] e untou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico à fundamentação adequada;

(18) No MS n. 23.455-DF[148] esclareceu descaber às CPIs a iniciativa de proceder a "bloqueio de bens, prisões preventivas e buscas e apreensões de documentos de pessoas físicas ou jurídicas, sem ordem judicial"[149].

Antes do julgamento do MS n. 23.452-RJ, no ano em que foi proferido tal acórdão (1999), decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal conferiram poderes instrutórios mais amplos às Comissões Parlamentares de Inquérito que aquele *decisum* autorizaria pouco tempo depois. Exemplos:

(1) No MS n. 23.444-DF MC[150] o Ministro Maurício Corrêa anuiu que CPI, *sponte sua*, não somente perpetrasse a abertura de sigilos bancário, fiscal e telefônico, como também engendrasse quaisquer diligências provenientes do "poder de cautela limitado exclusivamente ao procedimento investigatório"[151], incluindo buscas e apreensões de documentos, pertencentes inclusive a causídico, respeitadas as balizas do sigilo profissional do advogado (quanto à proteção desse sigilo em mesmo sentido se situa o acórdão do HC n. 71.231-RJ[152]);

(2) No MS n. 23.452-RJ MC[153] o Ministro Celso de Mello chancelou não apenas a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico por CPIs, por vontade própria, mas ainda o descortinamento do sigilo de "quaisquer outros dados"[154] e a expedição de

---

[145] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.480-RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 15 set. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[146] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.466-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 abr. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[147] Ibid., loc. cit.

[148] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança n. 23.455-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 24 de outubro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[149] Ibid., loc. cit.

[150] Brasil. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Mandado de Segurança n. 23.444-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 29 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2005.

[151] Ibid., loc. cit.

[152] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* n. 71.231-RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 5 de maio de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 31 out. 1996. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

[153] Brasil. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 1º de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 8 jun. 1999. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2005.

[154] Ibid., loc. cit.

buscas e apreensões de documentos (menos as domiciliares), vedando-lhes, contudo, a prática de interceptações telefônicas, prisões (salvo em flagrante), a exposição ao público de informações sigilosas e o exercício de "poder geral de cautela judicial, inclusive apreensão, seqüestro e indisponibilidade de bens"[155].

A postura menos restringente de tais atos decisórios reflete a orientação anterior do STF, de 7 de abril de 1994, assentada no julgamento do HC n. 71.039-RJ[156], ocasião na qual o Pretório Excelso, norteado pelo voto-condutor do Ministro Paulo Brossard, aquiesceu com buscas e apreensões realizadas por CPIs e sem o anterior beneplácito judicial, caso plasmassem deliberações bem-sopesadas e acentuou a necessidade desses colegiados parlamentares reverenciarem o sigilo profissional. Na ementa do HC n. 71.039-RJ realça-se esta passagem:

> A comissão pode, em princípio, *determinar buscas e apreensões*, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. *Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria*, que pode constituir o "punctum dollens" da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena de a investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido útil.
>
> [...]
>
> [...] a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. *O sigilo profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar*.[157] (grifos nossos)

8. Conclusão

1. No Direito Constitucional do Sistema Romano-Germânico a consagração do instituto das Comissões Parlamentares de Inquérito ocorre com o advento da Constituição alemã de 1919 (art. 34.1, 1ª parte), na qual se inspira a Constituição brasileira de 1934 (art. 36 c/c art. 92, § 1º, inc. VI), cujo modelo é seguido e aprimorado pelas Cartas Políticas pátrias de 1934 (art. 36 c/c art. 92, § 1º, inc. VI), 1946 (art. 53), 1967 (art. 39), 1969 (art. 37) e 1988 (art. 58, § 3º), estando esta última no patamar evolutivo das Constituições alemã de 1949 (art. 44), italiana de 1948 (art. 82), japonesa de 1946 (art. 62), portuguesa de 1976 (art. 178), espanhola de 1978 (art. 76) e venezuelana de 1999 (arts. 223 a 224);

---

[155] Ibid., loc. cit.

[156] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* n. 71.039-RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.

[157] Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* n. 71.039-RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.

2. As Comissões Parlamentares de Inquérito constituem órgãos colegiados, fracionários, transitórios e auxiliares das Casas Legislativas brasileiras, investigando, por *prazo certo*, *fato(s) determinado(s)* de interesse público, de natureza política, administrativa, jurídica, social ou econômica, a fim de, em primeiro plano, fiscalizarem o respeito ao ordenamento jurídico pelo Poder Público, pela sociedade ou pela economia do seu ente federativo e, em segundo plano, municiarem o Parlamento de subsídios para a confecção de Diplomas Legislativos e informarem ao público acerca do andamento do respectivo inquérito parlamentar;

3. A investigação das CPIs se descortina em sede de *processo extrajudicial* (art. 6º, 1ª parte, da Lei n. 1.579/52), ultimado com o advento de juízo de valor *conclusivo*, insculpido no relatório das investigações efetuadas, contido, por sua vez, em *projeto de resolução*, se disser respeito não apenas à competência *fiscalizatória*, mas também à competência *legislativa* daquela Casa das Leis;

4. Ao inquérito parlamentar refoge o papel de *procedimento administrativo preparatório* para hipotético processo judicial condenatório ou de execução (penal ou cível) deste derivado, não plasmando o fito de pavimentar o caminho para o Ministério Público oferecer denúncia ou propor ação civil pública;

5. Na linha da Constituição portuguesa de 1976 (art. 178.5) e da Constituição italiana de 1948 (art. 82), a Constituição Federal de 1988 (art. 58, § 3º, 1ª parte) conferiu às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação de autoridade judicial, correspondentes aos poderes instrutórios confiados aos juízos criminais pelo Código de Processo Penal (art. 156, 2ª parte);

6. Por intermédio desses amplos poderes requisitórios, impende às CPIs, em relação à Administração Pública e a seus agentes, (1) convocarem até auxiliares imediatos de confiança do Chefe do respectivo Poder Executivo, à frente de órgãos de cúpula de direção e assessoramento, (2) notificarem os agentes públicos da unidade territorial em mira, com o fito de tomar o seu depoimento oral ou escrito, (3) exigirem documentos públicos da Administração Pública Direta e Indireta pertencente ao ente autônomo dentro do qual se situa sua Casa das Leis; (4) solicitarem inspeções e auditorias do Tribunal de Contas competente; (5) requisitarem serviços de quaisquer autoridades públicas (inclusive policiais) e (6) realizarem vistorias, sindicâncias, levantamentos e outras diligências em órgãos e entidades estatais do seu ente federativo;

7. Evidenciando-se atos apropriados e imprescindíveis à instrução do inquérito parlamentar, havendo motivação escorada em causa provável e a percepção de que essas diligências consubstanciam as medidas menos ofensivas ao investigado e oferecem mais vantagens do que desvantagens ao interesse público, cumpre às Comissões Parlamentares de Inquérito, por autoridade própria, descerrarem os sigilos indicativos do patrimônio do investigado (concernentes, em especial, a dados fiscais, empresariais e financeiros, mormente, bancários) e os sigilos de dados e registros de comunicação (a exemplo, respectivamente, dos dados cadastrais de usuários de telefonia

fixa e móvel e dos registros de chamadas telefônicas). Todavia, descabe às CPIs derrubarem, por iniciativa própria, quer os sigilos familiar, doméstico e profissional, quer o sigilo do conteúdo de comunicações (*v.g.*, epistolares, telegráficas, radioelétricas, telefônicas, informáticas e telemáticas);

7.1 Nesse sentido, desde o Mandado de Segurança n. 23.452-RJ, de 16 de setembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal tem sido favorável às CPIs quebrarem (por vontade própria e de forma fundamentada, discriminando-se a existência concreta de causa provável ensejadora da diligência), os sigilos bancário, fiscal e de dados e registros telefônicos, porém não vem permitindo àquelas decretarem (por autoridade própria) a indisponibilidade de bens do investigado, buscas domiciliares, interceptação telefônica, prisão de qualquer pessoa (salvo na flagrância) e qualquer outra medida decorrente do poder geral de cautela do Poder Judiciário.

Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões parlamentares de inquérito:* poderes e limites de atuação. Porto Alegre: SAFE, 2004.

ANDRADE, Góis de. Comissões parlamentares de inquérito nos Estados Unidos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 51, n. 151, p. 23-33, jan.-fev. 1954.

AQUINO, Kleber Leyser de; ARO, Luciana Ribeiro. Prisão ilegal efetuada pela CPI dos bancos instalada no Senado Federal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 7, n. 79, p. 14-15, jun. 1999.

AZEVEDO, David Teixeira de. A CPI: estado de direito ou direito sem fronteiras do estado? In: BARANDIER, Antonio Carlos (Org.). *CPI:* os novos comitês de salvação pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 41-57.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito. *Boletim IBCCrim:* edição especial, São Paulo, ano 7, n. 83, p. 11-12, out. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares:* comissões parlamentares de inquérito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARBOSA, Alaor. CPI e Constituição: um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 25, n. 100, p. 85-112, out.-dez. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 68-93, set.-dez. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Mandado de Segurança n. 23.444-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 29 de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2005.

— Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 1º de junho de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 8 jun. 1999. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2005.
— (Tribunal Pleno). *Habeas corpus* n. 80.420-RJ. Relator do processo: Ministro Sepúlveda Pertence. Relatora do acórdão: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 28 de junho de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 fev. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— *Habeas corpus* n. 71.231-RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 5 de maio de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 31 out. 1996. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— *Habeas corpus* n. 71.039-RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.
— Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 12 jul. 2004.
— Mandado de Segurança n. 24.749-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasilia, DF, 29 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 5 nov. 2004. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.
— Mandado de Segurança n. 24.029-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 3 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 22 mar. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.
— Mandado de segurança n. 24.135-DF. Impetrante: Hugo Wolovikis Braga. Advogados: Esdra Dantas de Souza e outra. Impetrada: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 3 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 jun. 2003. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de segurança n. 24.217-DF. Impetrante: José Fuscaldi Cesílio. Advogados: Clésia Pinho Pires e outro. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 28 de agosto de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 18 out. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de segurança n. 24.028-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 22 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 mar. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.860-SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 31 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 fev. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 17 jan. 2004.
— Mandado de Segurança n. 23.843-RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 10 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 ago. 2003. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.

— Mandado de segurança n. 23.879-DF. Impetrante: Associação Brasileira de Agentes de Futebol — ABAF. Advogado: Getúlio Humberto Barbosa de Sá. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 3 de outubro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 nov. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 13 jul. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.851-DF. Impetrante: Antonio Osório Ribeiro Lopes da Costa. Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI de Futebol). Brasília, DF, 26 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.959-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 26 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1 mar. 2001. Disponíve em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.960-DF. Impetrante: Ariberto Pereira dos Santos Filho. Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros. Advogada: Christiane Rodrigues Pantoja. Impetradas: Mesa do Senado Federal e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Futebol). Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 nov. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.957-DF. Impetrante: Ariberto Pereira dos Santos Filho. Advogados: Carlos Roberto de Siqueira Castro e outros. Advogada: Christiane Rodrigues Pantoja. Impetradas: Mesa do Senado Federal e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Futebol). Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 14 dez. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.868-DF. Impetrante: Federação Gaúcha de Futebol. Advogados: Rodrigo Lopes Lourenço e outro. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de segurança n. 23.964-DF. Impetrantes: Rudimar Basso e outros. Advogados: Winícius Alves da Rosa e outros. Advogado: Rogério Marinho Leite Chaves. Impetrada: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPI do Roubo de Cargas). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.
— Mandado de Segurança n. 23.652-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 fev. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.

— Mandado de Segurança n. 23.639-DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 fev. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de Segurança n. 23.556-DF. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF, 14 de setembro de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de Segurança n. 23.668-DF. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF, 29 de junho de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 24 nov. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de Segurança n. 23.619-DF. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de Segurança n. 23.480-RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 15 set. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de Segurança n. 23.466-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 4 de maio de 2000. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 abr. 2001. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de Segurança n. 23.455-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 24 de outubro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 16 jan. 2005.
— Mandado de segurança n. 23.868-DF. Impetrante: Federação Gaúcha de Futebol. Advogados: Rodrigo Lopes Lourenço e outro. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br›. Acesso em: 14 ago. 2004.

BRAZ, Petrônio. *Direito municipal na constituição.* 3. ed. São Paulo: ED, 1996.

BRUM, Jander Maurício. *CPI (Comissão parlamentar de inquérito):* federal, estadual e municipal: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão parlamentar de inquérito:* técnica e prática. São Paulo, 2001.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Controle parlamentar da Administração. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 24, n. 96, p. 148-153, out.-dez. 1990.

CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito — poderes do Congresso — direitos e garantias individuais — exibição de papéis privados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 195, p. 71-98, jul.-set. 1961.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Das CPI's:* breve teoria e jurisprudência. Campinas: Bookseller, 2002.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 18. ed. São Paulo: 2003, p. 133-134.

CASTELLAR, João Carlos. A participação do advogado nas comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 15, p. 115-119, jun.-dez. 1999.

CASTRO, José Nilo de. *A CPI municipal.* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHACON, Vamireh. *História institucional do Senado do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 58-66, jul.-set. 1995.

COSTA, Alexandre Lúcio de. Limites às comissões parlamentares de inquérito municipais e o controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, p. 1.754-1.768, jan. 2003.

COSTA, José Armando. *Processo administrativo disciplinar.* 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.

CUNHA, Paulo César Melo da. O tratamento jurídico das empresas estatais e os reflexos do consórcio celebrado entre empresas do setor público e do setor privado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 56, p. 267-293, jan.-dez. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIA, Cássio Juvenal. *Comissões parlamentares de inquérito***.** 2. ed. São Paulo: Paloma, 2002.

— GOMES, Luiz Flávio. Poderes e limites das CPIs. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 7, n. 79, p. 12, jun. 1999.

— *Repertório IOB de Jurisprudência*, Caderno 1, São Paulo, n. 11, p. 338-339, 1 quinz. jun.-1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA, Pedro José Alexandre de Arruda P. *Manual das CPI's:* legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos**.** *Comissões parlamentares de inquérito:* poderes de investigação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KIMURA, Alexandre Issa. *CPI:* teoria e prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

KLEIN, Odacir. *Comissões parlamentares de inquérito:* a sociedade e o cidadão. Porto Alegre: SAFE, 1999.

LAZZARINI, Álvaro. As comissões parlamentares de inquérito, como instrumento de apuração da corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 99-103, abr.-jun. 2002.

LIMA, Vergílio Mariano de. Criação de CPI por um terço dos vereadores independe de deliberação do plenário. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, ano 17, n. 6, p. 405-408, jun. 2001.

MARINHO, Josaphat. Comissão parlamentar de inquérito — indicação de integrantes. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, out.-dez. 1993, p. 156-160.

MIRANDA, Jorge. Sobre as comissões parlamentares de inquérito em Portugal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 8, p. 61-67, out.-dez. 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

— Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 44, p. 152-162, jul.-set. 2003.

MOYANO, Hélios Alejandro Nogués; VANNI, Adriano Salles. CPI não pode quebrar sigilo bancário. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 56, p. 12-13, jul. 1997.

MULLER, Walter Martins. A restrição aos direitos constitucionais nas comissões parlamentares de inquérito. *Revista Universitária do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo*, Araçatuba, ano 1, n. 1, p. 353-368, jan.-dez. 2000.

NEVES, Allessandra Helena. Direitos fundamentais *versus* direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade? *Fórum Administrativo*: direito público, Belo Horizonte, ano 3, n. 32, p. 2.945-2.951, out. 2003.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Comissão parlamentar de inquérito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 59-79, abr.-jun. 1999.

— Comissão parlamentar de inquérito e os institutos da busca e da apreensão. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Justiça Penal — 7:* Justiça criminal moderna — Proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crime. São Paulo: RT, 2000. p. 257-297.

PREECE, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Macropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3.

— *The New Encyclopaedia Britannica:* Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3.

RIANI, Frederico Augusto D'Avila. Comissão parlamentar de inquérito: requisitos para criação, objeto e poderes. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos:* divisão jurídica, Bauru, p. 335-365, dez.-mar. 2000.

ROSAS, Roberto. Abuso de poder das comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 21, p. 47-52, jan.-mar. 1969.

SÁ, Afrânio de. *Discurso ao tomar posse como Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, em 15.08.77*. Manaus: Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, 1977.

— *Princípio da legalidade no Estado Liberal e Social.* 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977.

— Sociedades de economia mista. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, jan.-abr. 1983, p. 22-54, jan.-abr. 1983.

SALGADO, Plínio. *Comissões parlamentares de inquérito:* doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao pé da letra.* Campinas: Millennium, 2001.

SILVA, Francisco Rodrigues da. *CPI's federais, estaduais e municipais:* poderes e limitações. Recife: Bagaço, 2000.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Comissões parlamentares de inquérito.* São Paulo: Ícone, 1999.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública:* instrumentos da tutela coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOARES, Emmanuel José Peres Netto Guterres. A questão do prazo para encerramento da CPI. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 6, n. 141, p. 39-40, 30 nov. 2002.

SOARES, José Carlos Mayer. O poder sobre a informação: as CPIs e suas limitações. *Cidadania e Justiça:* Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 176-192, jan.-jun. 2000.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Comissões parlamentares de inquérito no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, DF, p. 93-114, n. 17, jan.-dez. 1999.

STORNI, Louise. Resenha: Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípio, Poderes e Limites. Autores: Manoel Messias Peixinho e Ricardo Guanabara. *Rits:* rede de informações para o terceiro setor, Rio de Janeiro, 6 ago. 2001. Disponível em: ‹http://www.rits.org.br›. Acesso em: 13 dez. 2003.

TÁCITO, Caio. Comissão parlamentar de inquérito — requisição de informações — sigilo bancário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 208, p. 399-403, abr.-jun. 1997.

TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias. Comissões parlamentares de inquérito: verdades e fantasias. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 178-185, mai-ago. 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. Comissão parlamentar de inquérito (atuação — competência — caráter investigatório). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 172-183, abr.-jun. 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 125-143, out.-dez. 1998.

ZOUAIN, Renato Sorroce. Comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 44, ano 11, p. 234-259, jul.-set. 2003.

José Ignacio Hernández G. (Venezuela) *

Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano **

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referendo de 15 de diciembre de 1999, incorporó, por vez primera en la historia constitucional de ese país, la *cláusula del Estado social.* Es decir, Venezuela se *constituyó,* de manera expresa, como *Estado social de derecho y de justicia*. La fórmula se recoge en el artículo 2 de la Constitución:

> Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político

Era la primera vez, en efecto, que la Constitución de manera expresa refrendaba el carácter de Venezuela como Estado social. Ello no quiere decir, por supuesto, que materialmente no fuera un Estado social. Desde 1936, y con mucho más realce desde 1947, la Constitución moldeó, sin decirlo, ese carácter *social* del Estado venezolano.[1] La intención del constituyente era otra, sin embargo: mostrar una auténtica renova-

---

* Abogado *summa cum laude,* Universidad Católica Andrés Bello. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho, *sobresaliente cum laude,* Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Económico de la Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Administrativo II de la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003-2004. ‹jihernandez@arr.com.ve›

** Expresamos nuestro agradecimiento a Daniela Nataly Tovar Vera, por la revisión de las notas del presente trabajo.

[1] En general, sobre la evolución de la intervención del Estado venezolano en la economía y la paulatina conformación del Estado social, véase a Allan R. Brewer-Carías: "El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela", en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera,* tomo II, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 1214.

ción del Estado venezolano, desde sus propios cimientos. Por ello, el preámbulo de la Constitución indica como una de sus intenciones *refundar la República*. La expresión es tomada de la Constitución española de 1978. La comparación luce, pues, claramente exagerada: no es posible asimilar el proceso de transformación del Estado español operado desde la Constitución de 1978 con el proceso de "transformación" del Estado venezolano procurado en la Constitución de 1999.[2] Una transformación que fue anunciada como tal pero que, en cuanto al contenido positivo de la Constitución, aparecía bastante matizada.

En lo que concierne a las cláusulas económicas, esto es, a la *Constitución económica*, las diferencias entre el texto de 1999 y el anterior, de 1961, no son ni con mucho notorias. Por el contrario, las mismas disposiciones de la Constitución de 1961 se mantuvieron en el nuevo texto, remozadas, sí, pero en definitiva, con su misma esencia sustantiva. Aun cuando cierto sector ha señalado que las nuevas cláusulas económicas responden a una vocación mucho más intervencionista del Estado (Brewer-Carías), otro sector (Badell Madrid) se inclina por señalar la permanencia de las mismas cláusulas económicas vigentes en la anterior Constitución.[3] De hecho, fue ésa la posición asumida por la jurisprudencia durante los primeros años de interpretación de la Constitución de 1999.[4]

Por lo tanto, en ese contexto, la cláusula del Estado social incorporada en el artículo 2 de la Constitución no suponía una drástica transformación respecto del orden preexistente, en especial en lo que atañe a las cláusulas económicas. Sobre el mismo principio rector de la *justicia social*, ya vigente en la Constitución de 1961, esas cláusulas aparecían ahormadas en torno a un sistema económico calificado —con diversa terminología— como *economía social de mercado*.[5]

No obstante, como la Constitución es norma abierta y flexible, la *interpretación* de las cláusulas económicas de la vigente Constitución por el Tribunal Supremo de

---

[2] Sobre el sentido de la expresión *refundición*, en este contexto, véase Pablo Lucas Verdú: "Artículo 1.º: Estado social y democrático de derecho", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Madrid: Edersa, 1996, pp. 117 ss. Sobre la influencia de la Constitución española en la materia, véase Gustavo Planchart Manrique: "El Estado social de derecho y de justicia", en *La Constitución de 1999*, Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000, p. 386.

[3] Véanse estas posiciones en Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, tomo II, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2004, pp. 818 ss., así como en Rafael Badell Madrid: "La Constitución económica", en *Revista del Banco Central de Venezuela*, vol. XIV, n.º 1, Caracas, 2000, pp. 157 ss.

[4] Véanse las sentencias de la Sala Constitucional n.º 268, de 25 de abril de 2000, caso *Nulidad de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles*; n.º 354, de 11 de mayo de 2000, caso *Técnica Aduanal e Industrial;* n.º 525, de 8 de junio de 2000, *caso Inversiones Las Canteras C.A*, y n.º 971, de 9 de agosto de 2000, caso *Instituto Nacional de Hipódromo*.

[5] Sobre la vigencia del sistema de economía social de mercado en la Constitución de 1999, véanse las sentencias de la Sala Constitucional n.º 117, de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Antonio Pérez Alzurutt II*, así como la sentencia n.º 2641, de 1 de octubre de 2003, caso *Parkimundo*. Un análisis

Justicia fue adquiriendo, cada vez más, autonomía propia. Lentamente la jurisprudencia fue extrayendo las notas que permitían distinguir el sistema económico vigente respecto del anterior; notas todas que pivotaban sobre el significado y alcance de la cláusula del Estado social. Esa evolución ha llevado a que, en la actualidad, la interpretación del ordenamiento jurídico, y en especial de las normas constitucionales económicas, esté inspirada en la referida cláusula.

Esta nueva interpretación, reviviendo antiguas experiencias, se ha manifestado a partir de la tensión entre la libertad económica —derecho fundamental reconocido en el artículo 112 de la Constitución— y la cláusula del Estado social. La relación entre ambos principios ha sido planteada en ocasiones de manera contradictoria; en otros casos, por el contrario, la jurisprudencia apunta a su plena compatibilidad. En realidad, entre ambos principios ha habido una dialéctica de movimiento pendular, en la cual se empieza a notar, sin embargo, una cada vez más firme inclinación por la primacía de la cláusula del Estado social sobre la libertad económica.

Este artículo pretende abordar las diversas aristas de esa relación dialéctica, tratando de ensayar algunas líneas de interpretación que contribuyan a definir más nítidamente la relación entre la ordenación del sistema económico y el Estado social. Para lograr este objetivo, el trabajo ha sido dividido en cinco grandes partes. La *primera* se ocupa del Estado social como norma jurídica vinculante. La *segunda* explora cómo la cláusula del Estado social impone mandatos positivos a los poderes públicos, mientras que en la *tercera* sección se analiza el papel de esa cláusula como título habilitante básico para la acción administrativa de limitación sobre la libertad económica. La *cuarta* versa sobre la figura de los derechos prestacionales, y la *quinta* y última parte analiza la relación entre el principio de legalidad y el Estado social. Esas cinco partes serán tratadas, principalmente, a partir de las recientes interpretaciones del Tribunal Supremo de Justicia en la materia.

1. El Estado social como norma jurídica vinculante

Bajo la anterior Constitución, de 1961, se sostuvo que algunas de sus disposiciones —en especial, de índole económica— carecían de valor normativo, por lo que se manifestaban como meras indicaciones programáticas para los poderes públicos. El artículo 7 de la Constitución de 1999 abandonó esa tendencia al señalar —con clara influencia en la doctrina de Eduardo García de Enterría— que la *Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico*.[6] Inequívoco carácter normativo de la Constitución. Una conclusión que, como cabe esperar, es referible

---

más detenido de la sentencia de 1 de octubre de 2003 en José Ignacio Hernández G.: "Constitución económica y privatización", en *Revista de Derecho Constitucional* n.º 5, Caracas, 2000, pp. 327 ss.

[6] Del autor, véase el ya clásico trabajo *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid: Civitas, 1985, pp. 68 ss.

también a las cláusulas económicas. Vale aclarar, desde ahora, que una cosa es afirmar dicho carácter normativo y otra, muy distinta, es precisar los efectos y destinatarios de las normas constitucionales. Pero, en todo caso, queda fuera de toda duda que las cláusulas económicas, como todos los demás artículos constitucionales, resultan jurídicamente vinculantes.

Lo propio cabe afirmar respecto de la cláusula del Estado social. No ha sido ésa, sin embargo, la tendencia generalmente seguida, pues ha llegado a cuestionarse la eficacia de dicha cláusula. La discusión, como es conocido, se plantea en Alemania. Frente a la tesis de H. P. Ipsen, en cuanto a los concretos efectos derivados de dicha cláusula, referentes a la configuración del orden social, Grewe sostuvo que, por el contrario, tal cláusula era un concepto "blanco carente de sustancia".[7] Esta discusión, en la actualidad, no parece mantenerse. Se afirma, sin resquemor, que la cláusula del Estado social es ante todo y sobre todo norma jurídica vinculante (S. Martín-Retortillo Baquer).[8]

Sólo esa conclusión puede ser mantenida en Venezuela, ante la enfática disposición del artículo 7 de la Constitución. Que Venezuela sea un Estado social no es, por lo tanto, una mera declaración carente de valor y contenido. Esa afirmación, por el contrario, tiene, debe tener, efectos jurídicos vinculantes. Así lo ha venido a señalar la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia número 85 de 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*:

> La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cual es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano […]

No sólo se afirma el carácter normativo de la cláusula del Estado social sino que además se precisa que su alcance dependerá del resto de los preceptos que desarrollan a tal cláusula y que conforman las cláusulas económicas de la Constitución de 1999. Hay aquí un dato relevante que debe ser resaltado: a diferencia de lo sucedido bajo la Ley Fundamental de Bonn —según la conocida conclusión de Forsthoff—,[9] la Constitución de 1999 tiene un importante contenido económico.[10] La jurisprudencia

---

[7] Véanse las referencias en Luciano Parejo Alfonso: *El concepto de derecho administrativo,* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 185 ss. Asimismo, véase Wolfgang Abendroth et al.: *El Estado social,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

[8] Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *Derecho administrativo económico,* tomo I, Madrid: La Ley, 1991, pp. 30 ss.

[9] "Concepto y esencia del Estado social de derecho", en Wolfgang Abendroth et al.: o. cit.

[10] De hecho, se considera que las cláusulas económicas de la Constitución de 1999 son mucho más prolijas que las cláusulas del texto de 1961. Véase Hildegard Rondón de Sansó: *Ad imis fundamentis.*

del Tribunal Supremo de Justicia ha acotado, al respecto, que esa Constitución es, desde la óptica económica, *neutral* (sentencia de la Sala Constitucional n.º 117, de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Pérez Alzurutt*), mas ello debe entenderse referido a la recepción del principio de flexibilidad.[11] Esa Constitución no es pues, *neutral*, en el sentido de que no es indiferente respecto del orden socioeconómico. Todo lo contrario, desarrolla con detalle los trazos generales en los que se sustenta tal ordenación.

Carácter vinculante de la cláusula del Estado social. Sin embargo, esta afirmación debe ser necesariamente concretada. Desde el artículo 7 de la Constitución no puede negarse el carácter normativo y vinculante de la cláusula del Estado social. Asunto *del todo distinto* al anterior es precisar cuáles son los efectos *concretos* que se derivan de esa norma. Pues, huelga señalarlo, el artículo 2 no se basta en sí mismo para poder desentrañar cuáles son esos efectos jurídicos. Más que determinar si dicha norma es o no vinculante —no hay aquí margen alguno para la discusión—, lo relevante parece ser precisar frente a qué sujetos resulta vinculante.

2. La cláusula del Estado social como norma que impone mandatos positivos a los poderes públicos. Especial referencia a la administración prestacional dentro del orden económico

Una afirmación bastante común es aquella que postula que la cláusula del Estado social impone obligaciones *positivas* a los poderes públicos. La referida cláusula otorga, pues, *mandatos* que *emplazan* a los poderes públicos a intervenir en el orden social a fin de promover la existencia de condiciones *efectivas* de igualdad, como alude la exposición de motivos del texto de 1999. Esta idea, tomada del derecho italiano, fue muy bien exteriorizada en el artículo 9.2 de la Constitución de España de 1978. No hay en la Constitución de Venezuela de 1999 disposición similar, aun cuando el artículo 299 pueda servir de parangón. Según esa norma, el Estado, junto con la iniciativa privada, debe promover el desarrollo armónico de la economía nacional.[12]

Análisis de la Constitución venezolana de 1999, Caracas: Ex Libris, 2000, p. 241. No es baladí que el capítulo I del título VI de la Constitución aluda al *régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía*, función caracterizada, a no dudarlo, por la participación activa del Estado sobre el orden socioeconómico, a través de las dos conocidas modalidades de prestación y limitación.

[11] Así lo hemos sostenido antes en "Constitución económica y privatización", en *Revista de Derecho Constitucional* n.º 5, Caracas, 2000, pp. 327 ss. En general, sobre este punto, véase Alfredo de Stefano Pérez: "La Constitución económica y la intervención del Estado en la economía", en *El Estado constitucional y el derecho administrativo en Venezuela*, Caracas: Estudios del Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 255 ss.

[12] La sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de marzo, n.º 37/1984 (Ar. 1984/31) precisa que la sanción de un "Estado social y democrático de Derecho", que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (artículo 1.1), supone la encomienda de la obligación a "[…] todos los poderes públicos [de] *promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas* (artículo 9.2 de la CE) […]". Sobre

De acuerdo con esta aseveración, la cláusula del Estado social resulta vinculante para los poderes públicos, los que en virtud de esa sola disposición han de entenderse emplazados para actuar en el orden social. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha insistido sobre este particular al sostener, en sentencia número 1002, de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, lo siguiente:

> Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser.

Es ciertamente peculiar la expresión empleada por el Tribunal Supremo de Justicia: la cláusula del Estado social de derecho *es suficiente* para que el Estado despliegue todo su aparato organizacional. Esa vinculación se predica respecto de todos los poderes públicos, a los que se les reconoce, además, una considerable amplitud configuradora del orden social. La Sala Político-Administrativa, en sentencia n.º 1885, de 5 de octubre de 2000, caso *José del Carmen Rojas*, ha avalado estas conclusiones:

> La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define el Estado como un modelo Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, sustentándolo en una serie de principios y de valores superiores que se insertan en el ordenamiento jurídico. Este modelo social le asigna al Estado una amplitud de funciones y de responsabilidades sociales textualmente reconocidas en la Constitución, como un auténtico e ineludible compromiso que implica la protección especial a la familia, a los trabajadores, a los menores; en especial, velar por la salud y la seguridad social de los mismos, entre otras. […] Es decir, este modelo de Estado exige un compromiso real tendente a la efectividad integral del aparato del Estado, en este sentido, todos sus órganos deben actuar sujetos al orden constitucional, no sólo en aquello que esté referido a su desenvolvimiento interno y estructural de las funciones que ejerce, sean éstas legislativas, judiciales, de gobierno, electorales o de control, sino también, y de manera fundamental, están sujetos al cumplimiento de todas las disposiciones constitucionales que imponen obligaciones y compromisos, conductas y responsabilidades hacia la sociedad […].

De nuevo, es preciso distinguir aquí las importantes gradaciones que se presentan en la materia. El Estado social es norma jurídica vinculante para los poderes públicos, aun cuado sus efectos no sean los mismos respecto de cada uno de ellos. Básicamente se impone una diferencia entre los efectos sobre el Poder Legislativo y los efectos sobre la Administración.

Frente al primero, la referida cláusula impone una obligación positiva que emplaza al Poder Legislativo a desarrollar los preceptos constitucionales de contenido social. Esa obligación atañe no sólo al propio desarrollo normativo de esos preceptos, sino también a su contenido. Una labor ciertamente ardua, dado que las cláusulas económicas, por lo general, requieren siempre una debida concreción. Aquí reside,

---

ello véase a José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del derecho español y venezolano,* Caracas: IESA-FUNEDA, 2004, pp. 43 ss.

para nosotros, el punto esencial de la afirmación que se hace. La cláusula del Estado social debe ser concretada por el legislador, obligación que necesariamente ha de estar asegurada con el derecho a la tutela judicial. En otros términos, ha de afirmarse la *justiciabilidad* del desarrollo legislativo de los preceptos derivados de la cláusula del Estado social, bien en lo que atiende a la pasividad del Poder Legislativo en desarrollar estos preceptos, bien en lo que atañe al desarrollo insatisfactorio de éstos.[13]

No es baladí que la Constitución de 1999 haya recogido por vez primera la posibilidad de accionar contra las omisiones legislativas. Una de las pocas decisiones de la Sala Constitucional recaídas en esta materia se refiere, precisamente, al parco desarrollo de preceptos sociales. La *Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social*, promulgada en el 2001, estableció la creación de diversos *subsistemas* integrados al *sistema de seguridad social*, los cuales debían ser desarrollados por el legislador. Uno de esos *subsistemas* atendía a las prestaciones debidas ante situaciones de desempleo (paro forzoso). Aun cuando la Ley Orgánica de Seguridad Social no desarrolló esos *subsistemas*, sí derogó la legislación anterior, y en ella, la que otorgaba cobertura a la contribución parafiscal referida al paro forzoso. La conclusión práctica fue que, por un indebido desarrollo normativo, la Ley Orgánica de Seguridad Social dejó sin cobertura legal esa prestación social. Pues bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión n.º 91, de 2 de marzo de 2005, declaró la omisión en la que había incurrido el legislador y adoptó incluso medidas para restablecer el goce efectivo de la prestación alusiva al paro forzoso, a saber: acordar la "vigencia" temporal de la ley previamente derogada, a fin de dar cobertura a esa prestación social.

La propia jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido, sin embargo, un coto a esa revisión jurisdiccional, al afirmar que el Poder Judicial no puede sustituirse en el Poder Legislativo en el desarrollo normativo de los preceptos sociales. La sentencia n.º 1002, de 26 de mayo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, apuntó que:

> No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional. Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio.

---

[13] Esta tesis tiene su origen en Alemania, conforme expone Parejo Alfonso: o. cit., pp. 201 ss.

Esta afirmación es relevante a fin de evitar excesos en el control que la justicia constitucional ha de ejercer sobre el desarrollo de preceptos sociales por parte del Poder Legislativo, muy especialmente en lo que respecta al control de sus omisiones. No cabe una sustitución plena y absoluta del Poder Judicial sobre el Legislativo: aquél queda vedado de enjuiciar consideraciones de índole política y, consecuentemente, se encuentra impedido de sustituirse en esas valoraciones para suplir las omisiones en las que pueda haber incurrido el Poder Legislativo. Como expone Urosa Maggi, aun cuando el Poder Judicial puede declarar la omisión legislativa, no siempre podrá sustituirse en el legislador para suplir dicha omisión.[14] Esta inflexión pretende ser salvada por la sentencia comentada al argüir que esas decisiones de índole política sólo son controlables por mecanismos políticos, en el marco de la democracia protagónica y participativa que ha instituido la Constitución. Sin embargo, la especial naturaleza de la justicia constitucional justifica que ésta actúe, en ocasiones, como *árbitro* que mide la compatibilidad entre la *interpretación histórica* de la Constitución, entendida como norma abierta, y la opción política asumida por el legislador. Una peculiaridad que cobra realce especial en lo que respecta a la interpretación de las cláusulas económicas de la Constitución.[15]

---

[14] "Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Derecho Público* n.º 101, Caracas, 2005, pp. 18 ss.

[15] Las cláusulas económicas de la Constitución se caracterizan por su *generalidad y amplitud.* Tal es, en todo caso, rasgo propio toda norma constitucional. En efecto, sabido es que la norma constitucional es una *norma abierta*. El problema estriba, como apunta Vélez García, en precisar quién ha de *llenar* la Constitución. Una misión que el autor sitúa en la figura del Tribunal Constitucional como *guardián* de la propia Constitución y de su supremacía ("La Constitución: una norma abierta", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, tomo I, Madrid: Civitas, 2003, pp. 185 ss). Por lo anterior, Francisco Rubio Llorente ubica a la *interpretación constitucional* como una de las misiones cardinales de la justicia constitucional. Una interpretación que parte, precisamente, de la existencia de normas constitucionales abiertas, las cuales se justifican por el pluralismo político. El legislador —escribe— "[…] no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta, y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas […]". Surge aquí un conflicto de interpretaciones: la *política*, efectuada por el legislador, y la *jurídica*, realizada por la justicia constitucional, la cual ha de poner cotos a la libertad del legislador, que en modo alguno cabe equiparar a arbitrariedad. Por ello, y con razón, Rubio niega que quepa hablar de *discrecionalidad* respecto la función legislativa: en realidad, hay una libertad de acción encuadrada dentro de los límites que la Constitución impone (*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 573 ss). Es posible que, bajo determinada configuración política de constitución del legislador, éste adopte una medida en el marco de la amplitud reconocida por las cláusulas económicas de la Constitución. Si la interpretación de esas normas se realiza en un momento histórico posterior —bajo una configuración política diferente, derivada de cambios democráticos— es posible que la justicia constitucional estime que aquella decisión, bajo la *actual* interpretación de la norma constitucional, no resulta válida. Sobre ello se ha señalado: "[…] es fundamental que los jueces constitucionales efectúen una lectura democrática de la Constitución, que afiance todo lo que ella tenga de apertura a diversas corrientes políticas y

La cláusula del Estado social es vinculante, también, para la Administración pública. Incluso, suele afirmarse que, en cuanto a la consecución de los cometidos de esa cláusula, ha de preferirse la acción de la Administración sobre la del Poder Legislativo, lo que se traduce en una primacía de aquélla sobre éste, con importantes consecuencias para el principio de legalidad, como veremos. Pero ahora interesa destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia no sólo ha admitido ese carácter vinculante, sino que además ha asumido a plenitud la tesis que en su momento expuso E. Forsthoff sobre la *Administración como aportadora de prestaciones.* Ya la sentencia de la Sala Constitucional n.º 85, de 24 de enero de 2002, antes citada, se refirió al postulado de Forsthoff sobre la *procura existencial* como fin del Estado social, planteamiento reiterado en la decisión de esa Sala n.º 1002, de 26 de mayo de 2004:

> […] debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos […]

La tesis de E. Forsthoff en torno a la *procura existencial*[16] ha sido insistentemente invocada por el Tribunal Supremo de Justicia para caracterizar a la Administración pública como una *Administración prestacional,* aportadora de prestaciones básicas. En la base de la teoría de Forsthoff reside una crítica a la noción meramente formal de Administración, defendida principalmente por Merkl.[17] A ello apuntó también F. Fleiner: la Administración no se reduce a la simple aplicación lineal de la ley; hay un *plus* que en modo alguno puede desconocerse.[18] Que ello sea así es una consecuencia obligada desde el artículo 141 de la Constitución, norma que asume la noción *vicarial* de Administración, de arraigo alemán pero que es tomada del artículo

---

sociales […]" (Jesús María Casal: "Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia", en *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho,* Caracas: 2005, p. 121). Lo que queremos significar es que sostener, simplemente, la insustituibilidad de la justicia constitucional en la adopción de políticas por parte del legislador resulta una premisa excesivamente vaga e imprecisa, de cara a los remarcables rasgos que caracterizan la interpretación de la Constitución por la justicia constitucional. Tanto más si se trata de políticas derivadas del Estado social, dada la amplitud de las normas constitucionales de contenido económico y social. El límite debería ser puesto, pues, en el necesario respeto al fundamento democrático que ha de insuflar a toda interpretación constitucional.

[16] Véase del autor: *Sociedad industrial y Administración pública,* Madrid: Estudios Administrativos, 1967, pp. 89 ss. Véase también el trabajo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer: "La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de 'daseinsvorsorge'", en *Revista de Administración Pública* n.º 38, Madrid, 1962, pp. 37-38.

[17] *Teoría general del derecho administrativo,* México: Editora Nacional, 1975, pp. 55 ss.

[18] Cf. *Les principes généraux du droit administratif allemand,* París: Librairie Delagrave, 1933, p. 12.

103.1 de la Constitución de España de 1978.[19] La Administración está al servicio de los ciudadanos. Está, pues, al servicio de la satisfacción de la procura existencial de aquéllos. Y es aquí donde se sostiene que la cláusula del Estado social imprime a la Administración una amplia libertad configuradora —como ha reconocido en general la jurisprudencia ya citada del Tribunal Supremo de Justicia—, lo que justifica no sólo su primacía sobre el Poder Legislativo —con la consecuente reducción de la eficacia del principio de legalidad—, sino además, y conforme a cierto sector, la reducción del alcance que ha de tener el control que sobre ella ejerza la jurisdicción contencioso-administrativa.[20]

Luego volveremos sobre este aspecto y ahondaremos en el eco que estas consideraciones han tenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Lo que ahora interesa destacar que es la cláusula del Estado social imprime sobre la Administración una permanente vocación de actuación, no sólo en el estricto sentido prestacional —según la terminología de Wolff— sino también, y principalmente, en el ámbito de la actividad de limitación. De hecho, es esa actividad la que tiende a desplegarse sobre el ejercicio de la libertad económica, al amparo de la referida cláusula del Estado social.[21]

3. La cláusula del Estado social como título habilitante para el ejercicio de la actividad administrativa de limitación sobre la libertad económica. La problemática del contenido esencial de ese derecho

La cláusula del Estado social es también concebida como título que habilita a la Administración para limitar el ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, reconocido en el artículo 112 del texto de 1999. La relación entre ambos principios

---

[19] La noción *vicarial* de la Administración adquiere especiales matices en el marco del Estado social, en tanto esa noción entronca muy estrechamente con la idea de *Administración prestacional*. La Administración ha de servir con objetividad los intereses generales, los cuales obviamente se encuentran moldeados por la referida cláusula del Estado social. En general sobre lo expuesto, Alejandro Nieto: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría,* tomo III, Madrid: Civitas, 1991, pp 2185 ss. Véase también Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: "Los derechos fundamentales en el Estado social y el derecho administrativo constitucional", en *Revista de Derecho Público* n.º 101, Caracas, 2005, pp. 43 ss.

[20] Esta tesis dio pie a una relevante polémica en el derecho español, en cuanto al alcance que ha de tener el control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la Administración. Véase al respecto Luciano Parejo Alfonso: *Administrar y juzgar, dos funciones distintas y complementarias,* Madrid: Tecnos, 1993, pp. 116 ss., y Tomás-Ramón Fernández: *De la arbitrariedad de la Administración,* Madrid: Civitas, 1997, pp. 109 ss.

[21] El planteamiento de Hans-Julius Wolff puede ser visto en "Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitas del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso,* tomo V, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, pp. 355 ss., así como el temprano estudio de S. Martín-Retortillo Baquer: *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos,* Madrid: Tecnos, 1975, pp. 300 ss.

es, sin embargo, mucho más compleja. Uno de los principales inconvenientes derivados del advenimiento del Estado social fue su compatibilidad con los derechos fundamentales nacidos al amparo del Estado liberal: se asumía que el Estado social era intrínsecamente opuesto a esos derechos de libertad. Esta tendencia, como lógico es esperar, se manifestó más agudamente en relación con el derecho de libertad económica: la libre iniciativa empresarial por parte de los particulares se entendía como un valor contrario a la referida cláusula. Como resultado de esta aparente diatriba se formuló una tesis que reduce significativamente el contenido y alcance de esa libertad, proclamándose incluso (Font Galán) una suerte de *funcionalización social* de dicha libertad, en el sentido de que ella sólo ampararía el ejercicio de aquellas actividades cónsonas con los objetivos del Estado social.[22]

Esta tendencia tuvo cierto eco en Venezuela, particularmente en la década de los setenta del siglo pasado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia apostaban por el carácter maleable y flexible de la libertad económica.[23] A ello abonaba el peculiar régimen al cual fue sometida esa libertad desde la misma entrada en vigencia de la Constitución de 1961. Nos referimos al régimen de excepción que, desde esa fecha, imperó en Venezuela y conforme al cual la *garantía formal* de la libertad económica quedó suspendida. En la práctica, ello implicaba que la Administración estaba *permanentemente habilitada* para incidir sobre el ejercicio de la iniciativa privada económica, sin tener que anclarse en una específica disposición de rango legal.[24]

Culminado ese régimen de excepción en 1991, doctrina y jurisprudencia fueron evolucionando hasta considerar que la libertad económica es un auténtico derecho fundamental, oponible como tal a la acción de inmisión de los poderes públicos.[25] Bajo la Constitución de 1999 esos criterios fueron mantenidos, aun cuando la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, de 24 de enero de 2002, marcó una inflexión en esa línea de evolución.

En efecto, la tradicional jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha realzado el valor que la libertad económica tiene en el marco de la Constitución de 1999. De esa manera, la importante sentencia n.º 329 de la Sala Constitucional, de 4 de mayo de 2000, caso *Consorcio Ayari*, sostuvo que el Texto de 1999

---

[22] Juan Ignacio Font Galán: *Constitución económica y derecho a la competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 148-149. En sentido similar, véase Vicente Montés: *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Madrid: Civitas, 1980, pp. 205 y 207.

[23] Una crítica a esa posición en Gustavo Linares Benzo: *Leer la Constitución*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1998, pp. 117 ss.

[24] Sobre el impacto de ese régimen en el ejercicio de la libertad económica, véase Allan R. Brewer-Carías: "Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales", en *Revista de Derecho Público* n.º 37, Caracas, 1989, pp. 5-25. Nos remitimos a lo que exponemos en José Ignacio Hernández G.: "Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 10, Caracas, 2000, pp. 61 ss.

[25] En general, véase José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa…*, o. cit., pp. 179 ss.

"[…] *consagra la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del Legislador, el cual, no podrá incurrir en arbitrariedades* […] *Lo que la Ley Fundamental ofrece es un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente* […]". Junto con este criterio se resalta otro, que ha destacado la obligación de los poderes públicos de promover la libre competencia, atributo de la libertad económica.[26] La Sala retomaría estas consideraciones en su sentencia n.º 117, de 6 de febrero de 2001, caso *Pedro Pérez Alzurutt*, la cual avaló que el sistema reconocido en el texto de 1999 es el de economía social de mercado, lo que entraña la innegable tutela jurídica de la libertad de empresa como derecho fundamental.

No obstante, todas estas apreciaciones fueron significativamente matizadas en la sentencia n.º 85, de 24 de enero de 2002, en la cual la Sala Constitucional asumió una concepción *debilitada* de la libertad económica, en función de las actuaciones que en el orden económico debían desarrollar los poderes públicos.

El principal riesgo que comporta este criterio, para nosotros, estriba en la aparente admisión de *limitaciones inmanentes a la libertad económica,* y en especial a la autonomía privada, base de aquella libertad. De conformidad con esta visión, los poderes públicos podrían afectar el ejercicio de esa libertad aun en ausencia de norma legal habilitante, en especial si dicha libertad se desenvuelve en áreas de interés social. Pero además de esa afirmación —que afecta el alcance del principio de legalidad—, esta posición contradice en ciertos puntos la existencia de un *contenido esencial* en la libertad económica.

Convendría aclarar, en primer término, que tras larga evolución ha sido la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional la que ha admitido la existencia de un contenido esencial en la libertad económica, partiendo del *reducto mínimo* que permite reconocer a dicha libertad conforme a su configuración por el constituyente.[27] Ese reco-

---

[26] La Sala Constitucional ha defendido, enfáticamente, que dentro del contexto de la Constitución de 1999 los Poderes Públicos deben intervenir a fin de defender la libre competencia, como es el caso de la sentencia n.º 1556, de 8 de diciembre de 2000, caso *Transporte Sicalpar SRL*, y n.º 1563, de 13 de diciembre de ese año, caso *Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*. La defensa de la competencia es predicable, incluso, frente al propio poder de la Administración: ella, con su actuación, está llamada a no perturbar —ilegítimamente— la aptitud de competir de los operadores económicos privados; un postulado que rompe la pretendida inmunidad de las potestades administrativas frente al derecho de la competencia. Nos remitimos a lo tratado en nuestro artículo "Libre competencia en la Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional* n.º 8, Caracas, 2003, pp. 81 ss.

[27] Sobre la tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales conforme a su recepción en el derecho venezolano, véase Jesús María Casal: "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI…*, o. cit., pp. 2515 ss.

nocimiento, sin embargo, no ha sido efectuado en términos claros. Así, la sentencia n.º 642, de 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*, señaló:

> En primer lugar, y respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad *de su preferencia* en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas. No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica, entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional […]

Creemos que la sentencia trata de distinguir el *contenido esencial* de la libertad económica de su *contenido no* esencial. El primero viene configurado por los atributos que como mínimo han de subsistir a la acción de inmisión del Estado, para que la libre iniciativa pueda ser ejercida autónomamente. El contenido no esencial comprende, por el contrario, al resto de los atributos prescindibles de la libertad económica y que por ende podrán ser limitados por los poderes públicos, conforme a la norma legal habilitante y respetando la regla general de mensurabilidad. Por ello, la incidencia negativa derivada de la actuación del Estado sólo puede ponderarse en orden a precisar el contenido no esencial de tal derecho.

> En todo caso, la jurisprudencia de la Sala Constitucional acepta que tal contenido esencial —equívocamente calificado como garantía institucional— entraña una obligación de no hacer para los Poderes Públicos: éstos deben "abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos". De allí que el contenido esencial de la libertad económica, conforme a una importante corriente a la cual nos adherimos, comprende el reducto mínimo de autonomía privada que ha de insuflar el ejercicio de la iniciativa económica.[28] Suprimida esa autonomía, se desnaturaliza el derecho de libertad de empresa. En definitiva, lo que el constituyente consagra es el derecho a la *libre empresa privada*.[29]

La existencia de este *núcleo duro e intangible* es cuando menos atemperada en la sentencia de la Sala Constitucional n.º 85, de 24 de enero de 2002. Al admitir la Sala que la libertad económica puede ser afectada atendiendo a limitaciones implícitas, en definitiva está aseverando que esa libertad no tiene un contenido mínimo sino

---

[28] En cuanto a las discusiones llevadas a cabo en doctrina y la jurisprudencia sobre la precisión de este concepto, nos remitimos a lo tratado en José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa…*, o. cit., pp. 205 ss.

[29] Manuel Aragón Reyes: *Libertades económicas y Estado social*, Madrid: McGraw Hill, 1995, pp. 19 ss.

más bien un contenido maleable: lo que sea el contenido esencial de esa libertad variará según la mayor o menor afectación de la actividad desarrollada con el "interés social". La propia sentencia recoge, sin embargo, su planteamiento, al aseverar que la cláusula del Estado social no implica la destrucción de la libertad económica ni tampoco el derecho de los operadores a percibir una rentabilidad razonable por la actividad ejercida. Reconocimiento, pues, del derecho al lucro como nota consustancial al contenido esencial de la libertad económica.[30]

El criterio sentado en la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, que apunta a una suerte de *funcionalización social* de la libertad económica, no es, pues, un criterio sólido y definido. No lo es en la propia decisión —que, en definitiva, acepta la existencia de un contenido esencial asociado al lucro— ni tampoco en otras decisiones posteriores que han insistido sobre el reconocimiento de la libertad económica como derecho fundamental dotado de un contenido intangible para los poderes públicos. Así, en sentencia n.º 1140, de 15 de mayo de 2003, caso *Cervecera Nacional,* la Sala Constitucional reconoció que la libertad de empresa es un derecho fundamental tutelable en amparo frente a las medidas de ordenación arbitradas por la Administración contrariando el principio general de proporcionalidad, lo que en definitiva es índice revelador de la tutela jurídica reforzada a la que está sometido ese derecho. Posteriormente, en sentencia n.º 2641, de 1 de octubre de 2003, caso *Inversiones Parkimundo,* la Sala Constitucional acotó que la ordenación jurídica de la libertad económica, en beneficio de los objetivos del Estado social, debía ajustarse a un marco de garantías jurídicas, en especial en cuanto al respeto por el principio de legalidad y el contenido esencial de dicho derecho.

Es importante aludir también a la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1798, de 19 de julio de 2005, caso *Festejos Mar.* En esa oportunidad conoció la Sala Constitucional de una norma legal de carácter local que establecía —como principio general— la restricción a la libertad económica en materia de comercio, lo que a juicio de la Sala afectaba el postulado *favor libertate,* en el sentido de que el principio constitucional ha de ser la libertad de ejercicio de la actividad comercial, con las excepcio-

---

[30] La identificación del derecho a la rentabilidad razonable con el contenido esencial de la libertad económica ha sido defendida en Venezuela por Gustavo Grau Fortoul: *Ordenación y disciplina del sector bancario en el derecho público venezolano,* tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 210 ss. La sentencia de la Sala Constitucional n.º 313, de 21 de febrero de 2002, dictada en ampliación a la sentencia n.º 85, señaló sobre este particular: "[…] sobre el significado de rentabilidad razonable cuya aclaratoria solicita el Banco Central de Venezuela, la Sala reitera que el alcance de este término se refiere a que el prestamista tiene el derecho a obtener una ganancia y recuperar su dinero, pero en materia de interés social, tal ganancia y recuperación no pueden ser a expensas de las necesidades básicas del prestatario, hasta el punto de hacerle perder la vivienda. Ello se indica expresamente en el fallo. Esta realidad debe tenerla en cuenta el Banco Central de Venezuela al determinar la rentabilidad razonable. La misma no puede ser tal que arruine o ponga en peligro, la calidad de la vida del prestatario […]".

nes tasadas previstas en la ley, las cuales, adicionalmente, han de ser de interpretación restrictiva:

> No cabe duda entonces, para la Sala, que los artículos mencionados disponen una limitación general al ejercicio de la actividad económica, que se expresa como la regla, es decir, como la condición general, o como principio frente al cual se coloca, en condición de inferioridad o minoría, esto es, como lo que se aparta de la regla o condición general regulada, un supuesto ambiguo e impreciso: "salvo las excepciones legales", que, por lo demás, resulta una regulación irrealizable en la práctica pues, precisamente, por virtud del postulado constitucional, las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad.
>
> Ello así, considera la Sala que el enunciado jurídico que se examina, de redacción sin duda complicada desde el punto de vista técnico, atenta contra el principio *pro libertatis*, y quizá sin que el legislador local lo hubiese deseado, termina restringiendo la realización de actividades económicas distintas de las que luego pretende autorizar a través de la Licencia de Extensión de Horario, aun cuando el mismo Municipio reconozca que las demás sí pueden hacerlo, no obstante que, en puridad de la redacción de la norma, se desprende lo contrario a dicho alegato
>
> Estima esta Sala que tal circunstancia constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, pues al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales, fijando como regla una limitación general a su ejercicio, las normas locales impugnadas configuran un desconocimiento de la libertad económica constitucionalmente garantizada y, con ello, la violación de la norma fundamental alegada.

Lo relevante es que la sentencia ancla esta reflexión en el carácter inmutable del contenido esencial de la libertad económica, concebido —siguiendo a la doctrina alemana— como el *núcleo duro* de ese derecho.[31] Se reconoce, pues, que la libertad económica es un derecho fundamental respecto al cual los poderes públicos pueden implementar técnicas de ordenación y limitación, apegados a ciertas garantías básicas, entre ellas el contenido esencial. Sin embargo, la cláusula del Estado social ha permitido reducir el alcance de ese contenido especialmente en áreas de interés social, relacionadas incluso con la satisfacción de derechos prestacionales. Pero aun dentro de esas áreas no ha habido un criterio pacíficamente aceptado. Buen ejemplo

---

[31] Conforme a la sentencia comentada: "[…] esa reglamentación no puede afectar el núcleo mismo del derecho constitucionalizado o delimitarlo al punto que constituya una negación de éste, esto es, que la idea que subyace detrás de la posibilidad de legislar sobre un determinado derecho debe tener siempre presente que no incida negativamente sobre el mismo de tal manera que lo haga nugatorio al afectarlo, al tiempo que se tiene como garantía que esa regulación de ser restrictiva, aun por autorizadas razones como las excepciones establecidas en la misma norma constitucional, debe ser realizada y/o autorizada mediante texto expreso por el órgano legislativo al que se le ha atribuido de manera directa esa competencia por el Texto Fundamental, como ocurre particularmente con el derecho que examinamos […]".

de lo que se expone es la ordenación bancaria. La sentencia de la Sala Constitucional n.º 85 se pronunció, precisamente, sobre la actuación de inmisión de los poderes públicos sobre la actividad de intermediación financiera, asociada a la satisfacción del derecho prestacional a la vivienda. Aun cuando esa decisión —y las decisiones que posteriormente fueron dictadas ampliando su contenido— parte del concepto de la banca como servicio público[32] con el propósito de debilitar la protección jurídica de la libertad económica, se reconoce que esa libertad ampara el derecho a una rentabilidad razonable, lo que, se insiste, debe conciliarse con la autonomía privada como contenido esencial de dicha libertad.

4. La cláusula del Estado social y los llamados derechos prestacionales. La actuación prestacional de la Administración y el alcance de la tutela judicial

La recepción de la cláusula del Estado social trae como corolario el reconocimiento de derechos fundamentales cuya efectividad requiere prestaciones a cargo del propio Estado y también de otros particulares. Derechos fundamentales que, en definitiva, propenden a materializar la existencia de condiciones efectivas —y no meramente formales— de igualdad. Nos referimos a los llamados *derechos prestacionales,* también denominados, con mucha menor precisión, *derechos sociales*.[33]

La Constitución de 1999, en el capítulo V de su título III, engloba precisamente los *derechos sociales.* Es un error, sin embargo, considerar que todas las normas de ese capítulo envuelven derechos sociales y que éstos sólo están comprendidos dentro de tal capítulo. Es preciso, pues, identificar cuáles son las dos notas que distinguen a estos derechos para luego proceder a su encuadre constitucional. Por un lado, estamos ante derechos cuyo goce requiere necesariamente de ciertas prestaciones; además, esas prestaciones han de encontrar su fuente en la obligación primaria derivada

---

[32] Equívoca calificación posteriormente abandonada por la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional. En efecto, la sentencia n.º 825, de 6 de mayo de 2004, caso *Banco del Caribe,* abandonó la calificación de la banca como servicio público, reconociendo que dicha calificación podía en efecto ser empleada en ámbitos especiales (protección al consumidor, por ejemplo), pero sin un contenido específico definido. Sobre la concepción de la banca como servicio público en Venezuela, por todos, véase Gustavo Grau Fortoul: "Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público", en *El nuevo servicio público (actividades reservadas y regulación de actividades de interés general),* Caracas: FUNEDA, 2002, pp. 271 ss. En general, respecto de la evolución y el estado actual del concepto de servicio público en Venezuela, nos remitimos a José Ignacio Hernández. G.: "¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional del 29 de agosto de 2003", en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 17, Caracas, 2003, pp. 235 ss.

[33] Por todos, véase José Luis Cascajo Castro: *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 48-50 y José Ramón Cossio Díaz, *Estado social y derechos de prestación,* Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 44-47.

de la cláusula del Estado social, cual es fomentar la existencia de condiciones materiales de igualdad, como proclama el artículo 21.2 constitucional.[34]

Si no se atiende simultáneamente a estos dos requisitos, el concepto de derechos prestacionales tenderá a difuminarse. Así, no todas las normas del referido capítulo V del título III comprenden a esta categoría de derechos, pues —nótese bien— no todas esas normas consagran auténticos *derechos públicos subjetivos,* esto es, facultades de obrar o poder reconocidas por el constituyente a favor de particulares. Algunas de esas normas, por el contrario, consagran mandatos referidos a los poderes públicos que no generan un verdadero derecho de prestación en cabeza de los particulares: ese derecho subjetivo sólo nacerá ante el desarrollo legislativo de tal mandato. Por ejemplo, el artículo 80 constitucional —incluido dentro del capítulo III— precisa que "[…] el Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías […]". Obsérvese bien que la norma no contempla un derecho subjetivo en cabeza de ciertos particulares, sino más bien contiene un mandato positivo de acción que deberá ser desarrollado por el legislador. No estamos, pues, ante ningún derecho fundamental.

No obstante, la propia Constitución da cobertura a normas que reconocen un derecho, pero en términos tales de ambigüedad que dificultan cualquier concreción directa. Ejemplo paradigmático de lo que se sostiene es el llamado derecho a la vivienda, establecido en el artículo 82 de la Constitución: toda persona —proclama la norma— tiene derecho a una "vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias". Se trata de una norma necesitada de debida concreción, sin la cual su objeto no puede materializarse. Es por ello que en otros ordenamientos —el colombiano, en específico— se ha concluido que la tutela judicial del derecho a la vivienda sólo procede ante el deficiente funcionamiento del sistema prestacional que debe ser desarrollado por la Administración para dar cobertura a tal derecho.[35]

Precisamente, al socaire de los *derechos sociales o derechos prestacionales* recogidos en la Constitución de 1999, se ha planteado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia la discusión en torno a la efectividad de esos derechos. Una discusión en absoluto baladí, si se tiene en cuenta la excesiva prolijidad con la cual el constituyente dio cobertura a este tipo de derechos. Sobre ello, la sentencia n.º 1885 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de 5 de octubre de 2000, caso *José del Carmen Rojas,* subrayó la necesidad de reconocer el carácter vinculante de esta categoría de derechos:

---

[34] En este sentido, véase Luis Pietro Sanchís: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 22, Madrid, 1995, pp. 21-37.

[35] Sobre este aspecto, véase a Néstor Osuna Patiño: "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de Derecho", en *Revista Derecho del Estado* n.º 14, Bogotá, 2003, pp. 95 ss.

> Ciertamente, la interpretación integral del Texto Fundamental exige un cambio de criterio respecto a la efectividad de los derechos sociales, en este sentido, no basta la intención ni la gestión promotora y propulsora de la calidad de vida de las personas, sino que el rol del Estado se encuentra comprometido a crear, prever, y satisfacer las necesidades para el desarrollo humano. Así las cosas, las potestades del Estado tienen que servir, primordialmente, para mejorar las condiciones de vida del pueblo, reducir los desequilibrios sociales, mejorar la calidad de vida de las personas, y la búsqueda de la equidad y la justicia […].[36]

Nótese cómo se interrelaciona la existencia de esos derechos con la acción positiva del Estado, debida a consecuencia de la recepción de la cláusula del Estado social. Sobre este signo positivo volverá la Sala Constitucional en sentencia n.º 85, de 24 de enero de 2002, ya citada:

> […] ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad […]

Derechos prestacionales como aquellos que persiguen "actos positivos". Esta actuación positiva es referida al Estado pero también a los particulares. Entra aquí en juego el principio de la solidaridad —recogido en el artículo 135 constitucional—, que supone básicamente el reconocimiento de la potestad del Estado de imponer *cargas positivas o mandatos de hacer* en cabeza de los particulares, a fin de dar satisfacción a tales derechos prestacionales.

La sentencia de la Sala Constitucional n.º 1002, de 26 de mayo de 2004, retomó este tema a través de una afirmación, cuando menos, polémica:

> Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos

---

[36] Otro aspecto relevante de esta decisión es que ella asume, sin resquemor, el carácter vinculante de los derechos prestacionales, afirmación soportada en el artículo 7 de la Constitución de 1999. Así, según la sentencia: "[…] la Constitución no puede consagrar cláusulas programáticas de las cuales pueden emerger derechos posteriores a la acción legislativa, ni tampoco depender de la programada actividad gubernativa sujeta siempre a la interacción de ingresos y gastos, y a la supuesta programación presupuestaria […]". No negamos esta afirmación. Empero, es preciso insistir en que no toda norma constitucional consagra derechos, en el sentido de que el destinatario de la actuación positiva derivada de ella es el propio Estado, de suerte tal que frente a los particulares no existe derecho público subjetivo alguno. Esta afirmación no menoscaba el carácter vinculante de tales normas; todo lo contrario, dicho carácter vinculante se afirma, pero en relación con el Estado, pues es éste —y no los particulares— el destinatario de la norma en cuestión, frente a la cual, por lo tanto, los particulares no puede invocar derechos *constitucionales* de prestación, sino, en todo caso, derechos de prestación de configuración legal.

> constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público […]

Desde la cláusula del Estado social no cabe afirmar la existencia de derechos subjetivos. La polémica que la expresión entraña parece no necesitar de mayor realce. Desde esta perspectiva, parecería que la Sala Constitucional, apartándose de su propia doctrina, ha considerado que los llamados *derechos sociales* carecen de virtualidad práctica, al requerir un forzado desarrollo legislativo. Incluso, su carácter vinculante parece ser degradado, al afirmarse que se trata de simples "principios orientadores".[37]

En realidad, la atenta lectura del fallo en cuestión permite apurar otra interpretación. En efecto, una de las preocupaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es precisar cuándo se está ante derechos fundamentales de contenido prestacional, tutelables ante el Poder Judicial, y cuándo se está ante una mera

---

[37] En realidad, la virtualidad de estos derechos siempre ha sido objeto de debate. Cf. Tomás-Ramón Fernández: "Las garantías de los derechos sociales", en *Las estructuras del bienestar en Europa,* Madrid: Civitas, 2000, pp. 461 ss., y Gustavo Linares Benzo: "Derechos prestacionales y separación de poderes", en *Constitución y constitucionalismo hoy,* Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 411-428. Este autor sostiene que no todo derecho prestacional genera el correlativo deber en cabeza de los poderes públicos. Y, yendo más allá, llega a sostener: "[…] si los tribunales pueden hacer efectivas las prestaciones a que se contraen los distintos derechos de esa especie contenidos en la Constitución, de hecho van a tomar decisiones que de otro modo corresponderían a la Administración […]". Es decir, se retoma la tesis de la limitación del alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa. Linares concluye: "[…] los derechos prestacionales, entendidos como derechos subjetivos constitucionales que permitirían a los Tribunales exigir de la Administración determinadas prestaciones, inclusive mediante la sustitución de estos tribunales en las decisiones administrativas, no pueden ser de recibo en un régimen constitucional. En primer lugar, violan el principio de legalidad […] luego, ignoran la mejor posición del Ejecutivo para decidir los asuntos que le están constitucionalmente otorgados, y por último, rompen la exclusividad del binomio Legislativo-Ejecutivo […]". Replicar la tesis de Linares excedería muy mucho los límites de este trabajo. Basta señalar ahora la contradicción que parece envolver este planteamiento, pues, si se reconoce la existencia de derechos prestacionales como derechos subjetivos, necesariamente ha de admitirse que la propia Constitución impone en cabeza de la Administración obligaciones positivas, las cuales son, por ende, jurídicamente tutelables. Asunto muy distinto es el alcance de esas obligaciones, que podrán ser específicas —en cuanto a la prestación debida— o genéricas, caso en el cual la tutela se agotará con la obligación de la Administración de implementar los sistemas prestacionales que estime aplicables, tal y como sucede en materia de vivienda. Cierto sector apunta a que la exigibilidad debe referirse a los estándares prestacionales mínimos derivados de la cláusula del Estado social. Cf.: José Manuel Castells Arteche: "La actual coyuntura de la Administración prestadora de servicios públicos", en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 1991 ss. Un tratamiento mucho más exhaustivo de los problemas que plantean los derechos prestacionales respecto la pasividad de la Administración, en Daniela Urosa Maggi: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano,* Caracas: FUNEDA, 2003, p. 258.

aspiración referida al despliegue de prestaciones por parte de los poderes públicos.[38] En este último supuesto no tiene cabida el control judicial, sino el control político. Por el contrario, en el primer caso sí resulta viable el control judicial, al estar frente a derechos subjetivos de rango constitucional menoscabados por la omisión de los poderes públicos de atender a su debida satisfacción. Para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos —sostiene la sentencia comentada— debe precisarse la existencia de "[…] *una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo* […]". Es, pues, la concreción referida a la prestación constitucionalmente debida, el rasgo que caracteriza a estos derechos, los cuales sí resultan, entonces, justiciables.

Pero, aun aceptándose esta conclusión —que parte de distinguir, simplemente, entre las normas constitucionales contentivas de derechos subjetivos prestacionales y las normas constitucionales contentivas de mandatos de actuación a los poderes públicos—, la Constitución de 1999 fuerza a encarar otro problema: la existencia de derechos subjetivos reconocidos como tales por el constituyente pero carentes de cualquier concreción mínima. El derecho a la vivienda adecuada, por ejemplo, o el derecho a la prestación de la salud. A la falta de concreción de esos derechos ha de sumársele que, en virtud del principio de solidaridad reconocido en el artículo 135 constitucional, su exigibilidad puede ser pretendida incluso frente a los particulares. En necesario efectuar, pues, algunas acotaciones al respecto.

- En *primer* lugar, no cabe negar que, en estos casos, nos encontramos ante derechos públicos subjetivos. La discusión debe centrarse en otro aspecto: cuál es el *alcance* que tales derechos tienen. Un alcance que debe quedar circunscrito al derecho de los particulares a exigir al Estado la dotación del sistema prestacional necesario para dar satisfacción a ese derecho de forma mediata o inmediata. Por ejemplo, en el supuesto del derecho a la vivienda, su exigibilidad se reduce a exigir del Estado la puesta en funcionamiento del sistema prestacional que permite materializar dicho derecho.[39]

---

[38] La distinción había sido hecha ya por la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, de 24 de enero de 2002. En ese fallo se sostiene: "[…] en muchos casos la Constitución establece como derechos de prestación a figuras de imposible cumplimiento (por lo indeterminado) sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren de otros complementos para su aplicación. Este tipo de norma, al contrario de las anteriores, no genera derechos subjetivos y muchas de ellas lo que aportan son principios […]".

[39] Como ha afirmado la sentencia n.º 2839 de la Sala Constitucional, de 19 de noviembre de 2002, caso *Caja de Ahorros y Previsión Social del Ministerio de Infraestructura (Capreminfra).*

- En *segundo* lugar, el Estado no puede exigir, sin más, la satisfacción de estos derechos por los particulares, bajo la aplicación del principio de solidaridad. No negamos que éstos se encuentren constreñidos por el artículo 135 de la Constitución a contribuir en la satisfacción de las obligaciones que dimanan del Estado social. Pero —nótese bien— esa carga solamente es exigible en tanto ella haya sido concretada por el legislador. En otros términos, la obligación de solidaridad de los particulares no puede ser mayor ni menor que la obligación desarrollada en la ley. Si el legislador no ha impuesto como obligación a los particulares la satisfacción de tales derechos, éstos no son, pues, exigibles frente a aquéllos. Estaremos aquí ante un típico supuesto de indebido desarrollo legislativo de derechos prestacionales, controlable ante la justicia constitucional.

Lo anterior permite afirmar que en relación con los particulares y, específicamente en lo que respecta al ejercicio de la libertad económica, la satisfacción de derechos prestacionales sólo puede materializarse en limitaciones al ejercicio de la libre iniciativa privada de conformidad con lo dispuesto en la ley. Lógica consecuencia del principio de legalidad que arropa todas las restricciones de los derechos fundamentales. Ocasionalmente se ha defendido, sin embargo, otra posición: en áreas afines a derechos prestacionales, el contenido de la libertad económica se debilita. Eventualmente, y no sin cierta exageración, se ha pretendido asimilar esta situación a las llamadas *relaciones jurídicas de especial sujeción*, con la natural matización del alcance del principio de legalidad.[40]

Desde esta perspectiva, sería posible arbitrar restricciones a la libertad económica a fin de asegurar la satisfacción de derechos prestacionales, al margen —o con independencia— de lo establecido en la ley. Este planteamiento ha sido aceptado por la sentencia n.º 85 de la Sala Constitucional, de 24 de enero de 2002:

> No es que la interpretación constitucional de lo que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y su justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás, y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas, por lo que los particulares pueden crear en estos espacios autorizados riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas, y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechados por algunos en desmedido perjuicio de los otros. De allí que las ganancias que los explotadores de tales áreas puedan obtener tienen que ser proporcionadas al servicio que presten y a la idoneidad con que lo hacen.

---

[40] Véase el tratamiento de este punto y las críticas que sobre ello exponemos en José Ignacio Hernández G.: *La libertad de empresa…*, o. cit., pp. 606 ss.

> […]
> Así como el Estado Social de Derecho, mediante la ley *o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución de 1999*, puede limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, igualmente y dentro de parámetros legales, puede restringir la propiedad, y hasta expropiarla, si por causa de utilidad pública o interés social fuere necesario (destacado nuestro).[41]

Incluso, la Sala Constitucional ha llegado a *equiparar* el régimen de satisfacción de estos derechos por los poderes públicos con el régimen de satisfacción de esos derechos por la libre iniciativa privada:

> El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público —sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional— al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones […].[42]

Esta tesis se soporta en dos premisas básicas. La *primera* de ellas es que el contenido esencial de la libertad económica variará en función del mayor interés social presente en el área del quehacer económico en el que participa la libre iniciativa, lo que dependerá en buena medida de la satisfacción de derechos prestacionales. La *segunda* premisa atiende a la evidente matización —cuando no práctica supresión— que esta conclusión deriva para el principio de legalidad administrativa: aun en ausencia de texto expreso de ley, la Administración puede arbitrar restricciones a la autonomía empresarial si ello resulta necesario para dar satisfacción a estos derechos.

Sin embargo, no debe olvidarse que la fórmula empleada por el artículo 2 de la Constitución es la de *Estado social de derecho*, lo que impide, de plano, considerar cualquier posible colisión entre el Estado social y el Estado de derecho. Afirmación corroborada por el artículo 141 de la Constitución, el cual —sin excepción alguna— sostiene que la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Aceptar la existencia de limitaciones implícitas a la libertad económica no sólo desconoce el alcance de esa subordinación *plena* a la ley, sino que, además, implica un debilitamiento de la libertad económica contrario a su contenido esencial.

---

[41] Lo importante de este fallo es que parece admitir la existencia de limitaciones implícitas a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que en áreas del quehacer económico de interés social, no tendría cabida dicha autonomía plena, con independencia de que existan limitaciones legales aplicables al caso. Así, para la Sala Constitucional, en "[…] las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda —fundada en la autonomía— esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal […]". En todo caso, la sentencia n.º 85 nunca llega a reconocer expresamente la potestad de afectar el ejercicio de la libertad económica al margen de lo dispuesto en la Ley. Sí hay, en todo caso, importantes matizaciones al contenido esencial de ese derecho y, también, al alcance del principio de legalidad.

[42] Sentencia n.º 403, de 25 de enero de 2005, caso *Luis Rodríguez Dordelly*.

Con lo anterior no se pretende defender el ejercicio absoluto de la libertad económica. Es éste un planteamiento que tampoco tiene cobijo en la Constitución de 1999: no sólo la *economía de mercado* justifica la existencia de cortapisas a tal derecho; además, la propia recepción de un *sistema de justicia social* emplaza, también, a la limitación de tal derecho. No se niega que, en definitiva, hay necesidades humanas que no son "vendibles". Empero, nada tiene que ver la aceptación del carácter *limitable* de la libertad económica con el menosprecio de la tutela de su contenido esencial y del respeto al principio de legalidad. Hay, sí, una importante acción limitadora de los poderes públicos que en todo caso no puede enervar la autonomía privada que siempre ha de insuflar el ejercicio de la libertad económica, acción que además deberá subordinarse a la ley, sin perjuicio de la necesaria —y deseada— colaboración del reglamento. Un aspecto que permite adentrarnos en otra de las aristas tratadas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional en relación con la cláusula del Estado social.

5. La cláusula del Estado social y el principio de legalidad: la reaparición de la vieja controversia entre Estado social y Estado de derecho

El advenimiento del Estado social supuso, en un primer momento, cierta controversia en torno a su compatibilidad con el Estado de derecho: éste —se afirmaba— había nacido con la finalidad de proteger las libertades públicas; aquél, por el contrario, nacía con la clara finalidad de afectar el ejercicio de esas libertades, promoviendo condiciones de igualdad real. Una discusión advertida en cierto modo por H. Heller, quien apostó por compatibilizar la actuación del Estado social con el Estado de derecho. Sería ésa la fórmula aceptada. No puede negarse, pues, la acción positiva que para configurar el orden socioeconómico ha de desplegar el Estado social; lo que se exige es que *en cada caso* tal actuación se compatibilice con los cauces propios del Estado de derecho. Es ésa, en definitiva, la fórmula empleada por la Constitución de 1999, en su artículo 2: Estado *social* de *derecho*.[43]

Junto con esta conclusión cabe señalar otra. El alcance del principio de legalidad, en lo que respecta a la ordenación de la economía, no tiene carácter absoluto. La propia indeterminación de la materia a regular y su elevado carácter técnico son razones que aconsejan la flexibilización de ese principio de legalidad en favor de un mayor desarrollo normativo por parte de la Administración. Lo que se exige es que sea la ley la que aborde la regulación básica de la técnica de limitación que luego podrá desarrollar el reglamento. Ese desarrollo normativo legal básico asegura que el

---

[43] Sobre este planteamiento véase a Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *Derecho administrativo económico,* Madrid: La Ley, 1991, pp. 44 ss. Respecto de la histórica oposición entre Estado social y Estado de derecho, véase Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* ahora en *Obras completas*, tomo II, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 1623 ss.

ejercicio de la potestad reglamentaria se realice siempre con subordinación plena a la ley.[44]

También esta flexibilización del principio de legalidad se ha justificado en la cláusula del Estado social. Hay aquí una clara reminiscencia de la vieja controversia entre Estado social y Estado de derecho: la promoción de condiciones reales de igualdad no puede ser obstruida por un exacerbado apego a la ley. Además, habrá que considerar que la fórmula del Estado social impone la primacía de la Administración prestacional sobre el Poder Legislativo, lo que supone, a la postre, y como ya se observó, una matización del principio de legalidad.[45]

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se decantaría por esta última corriente, al justificar el debilitamiento del principio de legalidad en el contexto del Estado social. La primera decisión en la cual sostuvo esta tesis fue la sentencia n.º 1613, de 17 de agosto de 2004, caso *Henry Pereira Gorrín*. Ese debilitamiento es soportado con el fácil discurso de las trabas que para la acción social del Estado implica la sujeción a derecho de los poderes públicos:

> Por otra parte, la consagración del Estado Social de Derecho, aunado al carácter normativo de las Constituciones modernas, requiere del Poder Público la adopción de medidas que posibiliten la promoción del desarrollo económico y social, que implica la intervención estatal en la sociedad, especialmente en el ámbito económico. Ello así, la extensión de la reserva legal a todas las materias que pudieran afectar los derechos e intereses de los particulares, dificultaría el cumplimiento de la actividad estatal prestacional ordenada por la Constitución, por lo cual, ésta debe limitarse a lo que la propia Norma Fundamental haya previsto al respecto, sin posibilidad de una interpretación que la extienda a todos los ámbitos de actuación del Poder Público.

Debilitamiento anclado también en el origen democrático del Poder Ejecutivo y, dentro de él, de la Administración prestacional:

> En tal sentido, es importante aclarar que la figura de la reserva legal viene dada por la consagración constitucional de determinadas materias para ser reguladas sólo mediante ley, excluyendo de su ámbito, con mayor o menor intensidad, a las demás normas jurídicas. Empero, el instituto de la reserva legal ha sufrido cambios en la fundamentación de su funcionalidad. Así, en el Estado liberal su finalidad se basaba en obtener el consentimiento de la representación parlamentaria para regular las materias que afectaban esencialmente a los ciudadanos, en virtud de la falta de legitimación democrática del Poder Ejecutivo, representado por el monarca. Posteriormente, el paso del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y la aparición de regímenes democráticos, en los cuales el Poder Ejecutivo es elegido en sufragios

---

[44] Por todos, Eduardo García de Enterría: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial,* Madrid: Civitas, 1998, pp. 213 ss.

[45] Véase Joaquín Tornos Mas: "La relación entre la Ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Administración Pública* n.º 100-102, Madrid, 1983, pp. 497 ss. Véase también a César David Ciriano Vela: *Principio de legalidad e intervención económica,* Barcelona: Atelier Administrativo, 2000, pp. 112-113.

> universales y directos o en el seno del propio Parlamento, produjo una alteración de los presupuestos básicos que fundamentaban la reserva legal, ya que su utilidad no puede justificarse en la oposición de límites normativos al Ejecutivo no representativo de los intereses sociales […]

La conclusión es retomada por la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2164, de 14 de septiembre de 2004, caso *Nulidad de la Ley de Mercados de Capitales*, la cual reduce expresamente el alcance de la reserva de ley, base del principio de legalidad:

> Por ello, la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado.

La conclusión es en todo caso atemperada por la propia sentencia, al admitirse que no puede la ley renunciar a abordar la regulación básica de la materia de la reserva legal, pues sólo ello asegura un ejercicio subordinado y no independiente de la potestad reglamentaria.[46] Con todo, y sin embargo, las dos sentencias comentadas justifican la matización del principio de legalidad en la necesidad de dotar de mayor libertad de acción a la Administración. Cualquier recelo frente a ese mayor margen pretende ser de inmediato apaciguado con el realce del origen democrático de la Administración.

Hay aquí, sin embargo, una falsa comparación de la que conviene dar cuenta, especialmente por las graves implicaciones que ella trae. No se niega, por supuesto, que el Poder Ejecutivo —y con él, la Administración— tenga origen democrático. Mas ello no implica, en absoluto, una degradación de la reserva legal: es enfático el artículo 141 de la Constitución al recodar que la Administración vicarial actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho. El origen democrático de la Administración —Eduardo García de Enterría— supone un reforzamiento del principio de legalidad, y nunca, jamás, su matización.[47] En especial, por cuanto la Administración *no representa al pueblo*: esa representación es privativa de la ley. La Administración, por el contrario, *sirve a los ciudadanos con objetividad*, esto es, *se encuentra al servicio subordinado del interés general*.

---

[46] Se trata, en efecto, de la clásica limitación impuesta a la colaboración del reglamento con la ley, especialmente en la ordenación de la economía. Conforme a la sentencia de la Sala Constitucional citada, dicha reserva "[…] no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tal cometido no haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, por lo que no son admisibles las llamadas 'deslegalizaciones' que se traducen en cláusulas generales que dejan en manos de otros órganos del Poder Público, sin directrices ni objetivos, la responsabilidad de regular materias reservadas a la ley […]".

[47] La Administración no representa al pueblo: ésa es función privativa de la ley. Es por ello que, con meridiana claridad, el artículo 141 constitucional pregona que la Administración siempre actúa subordinada a la ley, manifestación de la voluntad popular. Cf.: Eduardo García de Enterría: "La democracia y el lugar de la ley", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 140, Caracas, 2002, p. 77.

Ese carácter servicial entronca, indudablemente, con la configuración constitucional de la Administración prestacional: el servicio a los ciudadanos es, también, servicio al interés social. Configuración constitucional de la Administración aportadora de prestaciones esenciales que justifica, sí, la mayor densidad normativa del reglamento frente a la ley. Mas ello no contradice, ni puede contradecir, el carácter subordinado de la actividad administrativa, incluso, de prestación. No hay, no puede haber, antinomia entre el Estado social y el Estado de derecho. Tampoco esa aparente colisión puede justificarse en la fórmula del *Estado democrático*, pues esa configuración abona en favor de la vigencia del Estado de derecho, y no, como pretende derivarse, en favor de una actuación no subordinada de la Administración: la que legitima el actuar de la Administración es la ley, no su fundamento democrático.

Mario A. R. Midón (Argentina) *

La pertenencia de las bancas en el ordenamiento argentino

1. El menú de opciones

Al instituir un órgano al que se adjudican potestades legislativas (confección de la ley formal), preconstituyentes (declarar la necesidad de la reforma constitucional), jurisdiccionales (juicio político), de control (de las actividades administrativas y financieras del Ejecutivo) y de colaboración y gobierno (formación de otros órganos de gobierno),[1] el constituyente de un Estado puede, a la hora de definir la pertenencia de una banca, adoptar alguna de estas alternativas:

1. establecer que la banca pertenece al pueblo que eligió al representante;
2. instituir que su dueño es el elegido, por tener un derecho subjetivo a ella;
3. consagrar que la banca pertenece al partido que nominó al candidato.

En el derecho argentino —con las ligeras excepciones de algunas constituciones provinciales cuya inconstitucionalidad es manifiesta por las razones que daremos más adelante—, tanto la Constitución Nacional como las Leyes Fundamentales de la inmensa mayoría de las provincias han optado de modo implícito por la solución de que da cuenta el primer apartado de estas consideraciones. Esto es, resolver el potencial conflicto considerando que las bancas son del pueblo, por ser éste quien elige a sus representantes.

La excepción a esa regla viene dada por la solución que han ideado las constituciones de las provincias de Catamarca, La Rioja, Río Negro y Santiago del Estero. Sin

---

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Magíster en Procesos de Integración. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. ‹estudiomidon@arnet.com.ar›.

[1] Jorge Reinaldo Vanossi: *Teoría constitucional*, t. 1, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 322.

embargo, no conocemos caso alguno dentro de nuestro ordenamiento que resuelva la propiedad de un escaño en favor del elegido.

Suele ser, el que vamos a tratar, un problema recurrente que donde más se exterioriza es en las provincias argentinas, ámbito en que la disciplina partidaria se hace sentir con mayor intensidad sobre los elegidos. Es un escenario donde la política del hecho consumado ofrece, muchas veces, resultados reñidos con el derecho. La atmósfera de esa realidad existencial se ve acrecentada por el escaso debate científico que la fuerza de los hechos impone, y es un lugar común —en la versión del federalismo estilado— que la gran prensa argentina suele nutrirse de sucesos registrados en las cercanías del puerto, ingrediente que contribuye a que episodios de esta naturaleza no se ventilen lo suficiente ante la opinión pública.

Como podrá apreciarse, la respuesta que al tema en examen dé el constituyente no es una cuestión menor. Detrás de ella asoma la concreta definición que un Estado de derecho puede adoptar para, o bien energizar la voluntad del elector, en desmedro de los aparatos partidarios, o potenciar a estas organizaciones, o dar prioridad al elegido que circunstancialmente ocupa el escaño.

El debate de que vamos a ocuparnos renace de tanto en tanto, al amparo de la interesada exégesis que realiza una asociación partidaria cuando alguno de los representantes que fueron elegidos a propuesta de ella enfrenta a la conducción partidaria.

2. Una cuestión definitivamente resuelta en el orden federal a partir del 94 y por arrastre en los estados federados

En el orden federal este debate de la pertenencia de la banca se halla definitivamente resuelto, más aún luego de la reforma constitucional de 1994.

En esa oportunidad, al reconocer a “los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático”, el reformador extraordinario les acordó “competencia para la postulación de candidatos” (artículo 38). O sea, la específica aptitud de nominar a las personas que pueden participar de un comicio para ser electas en cargos representativos.

De esa disposición, un vasto y calificado sector de la doctrina interpreta que ahora los partidos políticos han perdido el monopolio de las postulaciones que les reconoce en forma exclusiva la ley 23 298, artículo 2.º, al habilitarse la chance de que un candidato independiente puede presentarse en elecciones populares.[2]

Por supuesto, ello no inhibe que un partido político presente candidatos para una elección, pero la finalidad de la norma —en consonancia con los debates producidos en el seno de la Convención Constituyente— arrima la rica perspectiva de que, simul-

---

[2] Alberto Natale: *Comentarios sobre la Constitución*, Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 41. También Ruben Morales: “Derechos políticos y partidos políticos. Derecho constitucional de la reforma de 1994”, en la obra colectiva de Pérez Gilhou y otros, t. I, Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 396 ss.

táneamente, otros sectores que no son partidos políticos también están habilitados para participar de la contienda electoral.[3]

En ilustrativo estudio sobre el punto, Ricardo Mercado Luna transcribe los debates que este tema generó en el seno de la Convención. Recuerda el profesor riojano que, cuando el convencional Mones Ruiz exponía, fue interrumpido por el convencional Alberto Natale, quien dirigiéndose al convencional Carlos Maqueda, integrante de la Comisión de Redacción, le pidió que informara el alcance de la expresión "la *competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos*". El interpelado de inmediato respondió: "No es una competencia exclusiva, según la voluntad de la Comisión".

No obstante ello, el convencional Cullen solicitó a Antonio Cafiero, en su calidad de presidente de la Comisión de Participación Democrática, que dijera "claramente qué interpretación correspond[ía] darle". La respuesta fue la siguiente: "No significa exclusividad, pero no fue interpretado en forma unánime en la Comisión". Más adelante, el mismo Cafiero expresaba: "[…] eliminar a priori otros tipos de representación política que puedan nacer con el transcurso de los años nos ha parecido una restricción demasiado exagerada y una rigidez incompatible en un texto constitucional".

A su tiempo, Antonio María Hernández (h), Raúl Alfonsín y Horacio Rosatti coincidieron en que el hecho de utilizar la expresión *competencia para la postulación de candidatos* no impide que, por vía reglamentaria, pueda existir la posibilidad eventual de presentar candidaturas independientes.[4]

No nos cabe duda, por ello, que la actual Ley de Partidos Políticos n.º 23 298, en aras de una salida menos traumática, debería ser modificada en su artículo 2.º, eliminando el requisito "en forma exclusiva" y habilitando reglamentariamente las candidaturas independientes.[5]

Si tales fueron las motivaciones que inspiraron la sanción, en lo sucesivo la ausencia de ley que reglamente la materia en modo alguno puede constituir impedimento para que un particular se presente ante la justicia electoral con miras a oficializar su candidatura como independiente, esto es, sin que esa nominación esté auspiciada o propuesta por un partido político. Desde luego, en presencia del precepto incongruente con la Ley Fundamental, ese justiciable deberá plantear la inconstitucionalidad del artículo 2.º de la ley 23 298.

---

[3] Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, 2.ª ed. aumentada y actualizada, Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 506 y ss. La regulación que tratamos es aplicable a la elección de diputados nacionales y convencionales constituyentes; no así a los senadores de la Nación, respecto de los cuales los partidos políticos continúan teniendo el monopolio de postular a los candidatos —monopolio que en modo alguno importa que esa aptitud de nominación conlleve la de ser dueño de la banca.

[4] Ricardo Mercado Luna: "¿Hacia el final del monopolio de candidaturas partidarias? (artículo 38)", en *Constitución, política y sociedad*, La Rioja: Universidad Nacional de La Rioja, 1997, p. 11.

[5] Ibídem.

A nuestro juicio, lo que cuenta para una correcta exégesis de dicho precepto —más allá de los argumentos gramaticales interpretativos que se han hecho por la doctrina— es en definitiva *la voluntad aperturista del constituyente expresada en la Ley de Leyes*.

La omisión congresional en dictar la ley que aparece implícitamente habilitada no es obstáculo para ejercer un derecho reconocido por la Constitución. La operatividad del derecho nace de la Ley Mayor, no de la ley ordinaria. Ésta podrá precisar pormenores y razonables requisitos, pero, aun en el caso de no hacerlo —como ocurre en la actualidad—, el derecho a ser candidato independiente está habilitado por el ordenamiento argentino desde 1994.

Hacemos especial referencia a los términos de este debate y sus consecuencias en nuestro derecho luego de la reforma. En él se traduce el inequívoco reflejo de una voluntad incontrovertible del reformador de la Ley Fundamental de la Nación, toda vez que *importaría una insalvable contradicción que, al tiempo que el reformador les quita el monopolio de las postulaciones a los partidos políticos, simultáneamente se pretenda suponer que las bancas pertenecen a los partidos políticos.*

3. Regulaciones contenidas en la Ley Mayor que definen la pertenencia de la banca en favor del pueblo

De la tipología ensayada en la sección 1 de estas líneas, resulta incuestionable que la Nación argentina en su Constitución se adscribe a la filiación de aquellas que, en el momento de definir a quién pertenece la banca, se han inclinado por acordarla, implícitamente, al pueblo electoral.

Nuestra afirmación halla asidero en las siguientes normas:

a. "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana […]" (artículo 1.º).
b. "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo y republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional […]" (artículo 5.º).
c. "El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno […]" (artículo 6.º).
d. "El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución […]" (artículo 22).
e. "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio […]" (artículo 28).
f. "Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio del los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia […]" (artículo 37).

g. "Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respecto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, […] la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos electivos […]" (artículo 38).
h. "[…] Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos […] así como a los derechos de incidencia colectiva en general […]" (artículo 43, 2.º párrafo).
i. "Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación" (artículo 44).
j. "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital […] el número de representantes será de uno por […]" (artículo 45).
k. "El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos […]" (artículo 54).
l. "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador" (artículo 68).
m. "Corresponde al Congreso: […] 19. […] Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado […] la promoción de los valores democráticos […]" (artículo 75, inciso 19).
n. "El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo […]" (artículo 94).
o. "La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad […]" (artículo 129, primera parte).

De tan claros preceptos se extraen varias consecuencias. A saber:

1. Que nuestro Estado en su faz organizacional responde al modelo representativo. Es decir, que su sistema político —salvo los supuestos especiales de formas semidirectas o semirrepresentativas como la iniciativa y la consulta popular— no traduce la existencia de una democracia directa en la que el pueblo se gobierne a sí mismo.

2. Pero esa representación conferida por el elector se ejerce dentro de una modalidad específica: la de la república, uno de cuyos contenidos fundamentales es el principio de la soberanía popular.
3. Por ende, el presupuesto de vida política de la sociedad argentina es la sujeción al principio de la soberanía popular, que no es otra cosa que la regla en virtud de la cual el pueblo constituye el origen de todo poder (entiéndase bien: *el pueblo, no los partidos políticos*) y es través del sufragio como materializa sus preferencias escogiendo a quienes investirán la calidad de representantes.
4. Y de remate, el sistema de convivencia ideado responde a un patrón universal que en la jerga política se conoce con el nombre de *democracia*, cuya mejor síntesis conceptual es la de propender a un razonable equilibrio en la relación entre gobernantes y gobernados, a través de las limitaciones que al ejercicio del poder y al efectivo reconocimiento de derechos y garantías de los administrados reconoce la Constitución.

En suma, de la práctica que se sigue, en cuanto a que los partidos políticos proponen candidatos y el pueblo los elige, no puede tan livianamente extraerse la forzosa conclusión de que las bancas pertenecen al partido que propuso al electo.

4. La facultad partidaria está limitada a proponer candidatos

Enseña Loñ que en ese acto complejo que consta de dos momentos, el de la propuesta partidaria y el de la elección por el pueblo, el ciudadano no desempeña un papel pasivo sino de esencial importancia, pues a él le cabe la definición última. De su voluntad depende que uno de los varios candidatos sea ungido para una determinada función pública. La decisiva intervención del ciudadano en la definición de las candidaturas constituye un elemento que avala el concepto de representación política antes indicado, según el cual el representante lo es de todo el pueblo y no del partido. Ello así, porque si lo fuera sólo de la agrupación que lo postuló sería el partido el que tendría que tener la posibilidad de decidir quién accedería a la banca o al puesto electivo. Al no ocurrir de este modo, el acceso a las funciones electivas tampoco puede atribuirse la pertenencia de las bancas a los partidos, pues a aquéllos se llega por voluntad de electorado expresada en los comicios.[6]

En esa línea de pensamiento, Martínez Peroni también ha destacado como cuestión medular la distinción efectuada; esto es, la función del partido de proponer el candidato y la incumbencia del ciudadano para elegir.[7]

---

[6] Félix R. Loñ: *Constitución y democracia*, con prólogo de Augusto Mario Morello y Alberto Antonio Spota, Buenos Aires: Lerner, 1987, pp. 376 ss.

[7] José Luis Martínez Peroni: "Los derechos políticos en las constituciones provinciales recientes", en Pérez Gilhou y otros: *Derecho público provincial*, t. I, Buenos Aires: Depalma, 1990, pp. 541 ss.

A tales razonamientos debe adicionarse que para tutelar el ejercicio de las funciones legislativas la Ley Mayor de la Nación ha instituido la prerrogativa conocida como *inmunidad de opinión*, a través de la cual cubre toda exteriorización del pensamiento: discursos, dictámenes, declaraciones, escritos, actitudes, etcétera. En relación con ellos —aun cuando su contenido fuera injurioso— no cabe acción penal alguna, resarcimiento civil, proceso administrativo, ni siquiera el llamado para prestar declaración en calidad de testigo.

Y, a propósito de sus alcances, es bueno recordar que, conforme a esa directriz, ni siquiera un partido político puede sancionar a un legislador de su bancada cuando la determinación se funda en actitudes a través de las que se cuestionan sus opiniones o votos.[8]

Además, las expresiones vertidas durante el mandato legislativo tienen protección de por vida; de lo contrario, esta protección carecería de toda eficacia, pues permitiría la persecución penal del representante cuyo mandato feneció.

Desde 1864, en el caso *Calvette*, la mismísima Corte Suprema de Justicia ha sostenido invariablemente "[…] que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto; porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se emplearía con frecuencia por los que intentaren coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio y frustrada la Constitución en una de sus más sustanciales disposiciones.[9]

Luego en *Martínez Casas*, reiterando el sentido del privilegio, la Corte volvió a sostener: "[…] abrir un resquicio por el cual se distinga entre opiniones lícitas y opiniones ilícitas de un legislador, podría penetrar la acción sojuzgadora, intimidatoria o simplemente perturbadora de otros poderes del Estado o aun de particulares, con desmedro del fin constitucional perseguido.[10]

Ratificando el sentido absoluto de esta inmunidad, la ley 25 230, que reglamentó las prerrogativas, entre otros, de los legisladores, dispone que, en los casos del artículo que consagra la inmunidad de opinión, el juez que reciba la denuncia debe rechazar *in limine* cualquier solicitud de desafuero (artículo 5.º).

El desarrollo de este argumento debe conectarse a una sesuda reflexión formulada por Gómez Diez. Este autor sostiene que la idea de conferir la propiedad de las bancas a los partidos políticos frustraría la inmunidad de opinión de los legisladores, pues cada vez que éstos actuaran en sentido contrario a las directivas de los dirigentes de un asociación política se verían expuestas a condenas y juicios que la Constitución rechaza por imperio de la disposición referida.[11]

---

[8] Mario A. R. Midón: "Un caso real: Poder disciplinario de un partido vs. Inmunidad de opinión", en *Actualidad La Ley*, 24 de agosto de 1989.

[9] *Fallos* 1-300.

[10] Fallos 248-462.

[11] Ricardo Gómez Diez: *Reforma de la Constitución de la provincia de Salta*, publicación auspiciada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Codex, 1985.

Es que propiciar que la banca legislativa es patrimonio de un partido político importa, ni más ni menos, concebir a los legisladores como decorativas e inanimadas figuras de un museo de cera, donde se limitan a ocupar el espacio físico asignado por sus dueños para ser objeto de la inquieta mirada de ignotos visitantes que hasta podrían admirarse por la perfección de las estatuas. La imaginaria composición de que nos valemos parece grotesca, y lo es, pues lo que está en juego en el caso son las determinaciones que en relación con la suerte de una rama de gobierno se adopten.

Mandato imperativo y revocabilidad del mandato por exclusiva decisión de un partido político son las dos caras de una misma moneda falsa, adulteración que por su tosca envergadura no puede pasar inadvertida en el mercado de los valores institucionales.

Entre otras cosas, este tipo de extravagancias conduce a una seria afección de la *división de poderes* y la *responsabilidad política de los electos*, notas esenciales de la forma republicana. En efecto, al reunir la mayoría en el órgano legislativo y ocupar todos los lugares en el gobierno, el partido establece un lazo muy poderoso entre uno y otro. En ese contexto, sólo el partido ejercería la realidad del poder, y el grado de separación de poderes no pasaría de ser una mera ficción.

Las instrucciones imperativas y la revocabilidad del mandato trasladan la competencia para *decidir* del órgano elegido a la organización partidaria. Tal situación desnaturaliza la democracia republicana, en la medida en que el legislador ya no responde ante el pueblo, sino ante una fracción política no estatal, como es el caso del partido. Vinculado a esto, conviene recordar que el *control político* existe cuando realmente puede exigirse *responsabilidad política*.[12]

El razonamiento vale también para la hipótesis de que un partido político no sea la expresión mayoritaria de un gobierno; esto es, cuando la asociación es opositora al gobierno de turno. Allí puede darse el raro fenómeno de que las mayorías legislativas, en connivencia con los dirigentes de la oposición que representa el legislador reputado como díscolo, se den a la tarea de encubrir como medida disciplinaria del cuerpo, lo que es una abierta expulsión del representante rebelde a los dictados de su partido.

Para evitar estas situaciones, algunas constituciones —destaca García Pelayo— han insertado de modo expreso la prohibición del mandato imperativo, restricción que responde a la inequívoca finalidad, cuando menos, de garantizar jurídicamente la libertad de juicio y de voto del representante.[13]

Todos estos acontecimientos a postre permiten afirmar —con el acompañamiento de los textos constitucionales mencionados— que la banca pertenece al pueblo electoral y no a los partidos políticos.

---

[12] José Luis Martínez Peroni: "Pertenencia de las bancas parlamentarias en la actual democracia de partidos", en *El Derecho*, t. 107, p. 955. También en diario *Los Andes*, Mendoza, 14 de noviembre de 1986.

[13] Manuel García Pelayo: *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, p. 100, cit. por Martínez Peroni: "Pertenencia…", o. cit.

Finalmente, de cuanto llevamos dicho podrá apreciarse que, entre las normas que invocamos como fundamento de la tesis expuesta está incluido el artículo 54, disposición que confiere a los partidos políticos o alianzas electorales la potestad de nominar a quienes van a integrar el Senado de la Nación. La mención del precepto tiene su justificación. Por un lado, consagra una excepción a la regla. Por el otro, la circunstancia de que un partido o alianza nomine con exclusividad un candidato a la cámara alta, no significa que detente la propiedad de esa banca, una vez que el pueblo eligió.

Es decir, en el derecho argentino —a excepción del caso de los senadores, que sólo pueden ser propuestos por un partido o alianza—, en todos los demás supuestos existe la posibilidad de candidaturas independientes, sea para la elección de diputados nacionales, constituyentes —y tratándose de un derecho contenido en la Constitución Nacional, las provincias no pueden sortear aquel mandato, so pena de incumplir el artículo 5.º de la Ley de Leyes de la Nación.

5. ¿Por qué los partidos no reivindican la propiedad del Ejecutivo?

En torno a este debate, que regularmente cobra vigencia cuando un partido político impugna como indebido el comportamiento de un legislador que fue nominado por esa expresión, ocurre un hecho particularmente llamativo. El suceso en cuestión viene dado por la circunstancia de que lo que las asociaciones partidarias reivindican para sí son las bancas legislativas.

Por exclusión, y como reflejo de un dato inobjetable que nos pauta la realidad política —sea en el orden nacional o provincial—, a ninguna organización partidaria se le ha ocurrido reclamar como parte de su patrimonio la titularidad del Poder Ejecutivo cuando se opera su vacante.

Y todos sabemos que la ausencia de esa eventual pretensión partidaria no viene asociada al hecho de que no haya conflictos entre los Ejecutivos y los directivos de la asociación, porque el retrato de cotidianas vivencias entre ambos actores así lo evidencia.

Cierto es que no todas las razones que sirven para vestir la aspiración de la propiedad de las bancas concurren en auxilio argumental de tan hipotético designio.

En efecto, uno de los motivos a que regularmente se echa mano para sustentar el dominio de los escaños está conectado al episodio de que, cuando se opera la vacancia de una banca, sea por muerte, renuncia, remoción o exclusión del legislador titular, quien sucede en ella al fallecido, dimitente, removido o excluido es otro candidato que también fue nominado en tal calidad por el mismo partido y, por no por no haber alcanzado los guarismos necesarios en la respectiva elección, quedó posicionado como primer suplente.[14]

---

[14] La excepción a esta regla la registra la Constitución de la provincia de Santiago del Estero, ámbito en el cual, al quedar vacante una banca, el partido político que nominó al candidato es el órgano llamado a establecer quién de los suplentes ocupa su lugar. Véase al respecto nuestro trabajo "¿El Interventor Federal tiene potestades preconstituyentes?", en *La Ley*, 2004-F.

Desde luego, tras la reforma del 94, en que el patrón genético de la representación no necesariamente está llamado a pasar por los partidos políticos, esta invocación queda desestimada de pleno derecho, pues de competir en la elección una lista compuesta por candidatos independientes, al producirse la vacancia de una banca la cubrirá otro componente de esa misma lista.

De todos modos, para desarrollar el punto del subtítulo es válido el interrogante destinado a precisar por qué razón los partidos políticos —del modo en que muchas veces reivindican la propiedad de las bancas— no tientan análogo requerimiento reputando para sí el Ejecutivo.

Seguramente, quizá con una lectura por demás simplista, la razón central por la que un partido no demanda la conquista del Ejecutivo vacante está conectada con el hecho de que la Constitución ha previsto un mecanismo de sucesión que es inalterable, pues en ausencia de presidente a éste le sucede el vicepresidente y si la acefalía es definitiva corresponde al Congreso determinar qué funcionario desempeñará esa magistratura.

Desde luego que, como en los ámbitos congresionales suele regir la ley del número, y aunque es posible que los representantes del pueblo tuerzan el sentido de la soberanía popular eligiendo a una persona de distinta filiación, parece conveniente que el sucesor —sobre todo con arreglo al modelo vigente en nuestro país, donde éste está llamado a cumplir el resto del mandato del saliente— sea del mismo credo político que el presidente saliente. La sugerencia formulada no lo es en resguardo de un partido, sino de la legitimidad del elegido y, sobre todo, de la masa de ciudadanos que en el momento de votar eligió al más encumbrado magistrado de la República y con él apoyó la vigencia de determinado programa político.

Pero lo expresado en el párrafo es apenas una insinuación a la que no está obligado jurídicamente del Congreso, que podrá hacer lo contrario.

Hasta hoy, nuestras prácticas políticas demuestran que el acceso a tan altas magistraturas ha sido patrimonio exclusivo de los partidos políticos. En esa línea, la vigente ley de partidos políticos acuerda a éstos la "en forma exclusiva la nominación de candidatos a cargos públicos electivos" (artículo 2.º de la ley 23 298).

Sin embargo, las razones dadas en la sección 3 sirven también aquí para afirmar que los alcances del artículo 37 extienden la chance de que los elegibles para las funciones de presidente y vicepresidente no necesariamente sean propuestos por un partido político.

En efecto, en la economía de nuestro sistema constitucional es bien sabido que acceden a la investidura de presidente y vicepresidente los ciudadanos que integran una *fórmula*, expresión que aparece en el artículo 96, para reproducirse luego en el 97 y 98, respectivamente. Del hecho que dos aspirantes integren una fórmula no puede extraerse la conclusión de que ella —fatal y necesariamente— sea el fruto de una oferta partidaria, por lo que, *a contrario sensu*, también los integrantes del binomio pueden no ser impulsados por una asociación política.

Que esto sea conveniente o inconveniente, bueno o malo, prudente o desatinado es —a los fines de estas reflexiones— harina de otro costal. Tal es, hoy por hoy, el régimen político vigente en la materia en la República Argentina.

II. Derecho procesal constitucional

- *Francisco Fernández Segado (España)*
  Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina

- *Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)*
  El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma

- *Aníbal Quiroga León (Perú)*
  El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional

- *Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)*
  Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia

- *Jorge Eduardo Tenorio (El Salvador)*
  Eficacia de la sentencia de amparo en la jurisdicción ordinaria. Reflexiones

- *Humberto Nogueira Alcalá (Chile)*
  El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias

- *Víctor Bazán (Argentina)*
  La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano

- *Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez (Guatemala)*
  La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)

- *Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)*
  El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú

Francisco Fernández Segado (España)*

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina

1. Introducción: la justicia constitucional en Latinoamérica, un devenir evolutivo absolutamente heterogéneo

Si quisiéramos condensar en una idea la contribución de América a la defensa de la Constitución, podríamos decir que en el continente americano surgió la garantía jurisdiccional de la Constitución, en contraste con el continente europeo, donde se intentó primeramente la defensa política de aquélla, una de cuyas manifestaciones más relevantes vendría dada por la posición sustentada por Sieyès acerca de la necesidad de crear un *Jury de Constitution* o *jury constitutionnaire*.[1] En la precedente idea queda ya claro, por lo menos de modo implícito, que, aunque el nacimiento de la garantía jurisdiccional haya tenido lugar en Norteamérica, el resto del continente americano no fue mero sujeto pasivo, simple recipiendario de la técnica del control jurisdiccional surgida en el Norte, formalmente en 1803, a raíz de la celebérrima sentencia dictada por el *Chief Justice* John Marshall, bien que explicada tres lustros antes por Hamilton en el conocido artículo LXXVIII de *The Federalist Papers*,[2] donde se

---

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Messina (Italia). Profesor honorario de catorce Universidades de América Latina, entre ellas la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima y la Universidad Externado de Colombia.

[1] "Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución de un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial —diría el diputado nacido en Fréjus en 1748, en su conocido discurso pronunciado en la Convención del 2 de Thermidor del año III de la República (20 de julio de 1795)—, debemos establecer un *jury constitutionnaire* en la forma que, en su día concretaremos". Cf. al efecto, Enmanuel Sieyès: *Escritos y discursos de la Revolución* (estudio preliminar y notas de Ramón Maiz), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 262 (el discurso en pp. 251 ss.).

[2] Hamilton, Madison y Jay: *El Federalista*, México: Fondo de Cultura Económica, 2.ª reimp. de la 1.ª ed. española, 1974.

sentaban las bases de la revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución,[3] e incluso podría afirmarse que latente siempre en el corazón del sistema jurídico-político norteamericano, pues incluso con anterioridad a la Independencia la idea del carácter supremo, de la primacía normativa de la Constitución, permanecería fuertemente arraigada en el espíritu de las colonias. Kurland y Lerner lo han puesto de relieve con palmaria nitidez, demostrándolo con un impresionante acopio documental.[4] A juicio de estos autores, "*the separate and higher status of the people in their constitutive capacity, as distinguished from the representatives of the people in their ordinary legislative capacity, became a more prominent and insistent theme as the formal break between Britain and her colonies drew near*".[5] En definitiva, surgido en el Norte, el modelo del control jurisdiccional iba a ser enriquecido de resultas de las aportaciones llevadas a cabo en el resto del continente, particularísimamente en Latinoamérica.

En todo caso, no puede ignorarse que América Latina no iba a escapar al influjo europeo, y de modo específico al fuerte impacto revolucionario francés. Por el contrario, los países de esta área se iban a afiliar desde bien pronto al llamado modelo político de control de la constitucionalidad, que se copió de algunas constituciones francesas del período revolucionario, primigeniamente de la Constitución del año VIII (de 13 de diciembre de 1799), que atribuía al llamado *Sénat conservateur* el control de todos los actos denunciados como inconstitucionales.[6]

Algunos sectores doctrinales[7] se referirían asimismo a la Constitución de Cádiz de 1812 como fuente de influencia en la dirección expuesta. Siendo este influjo indiscutible en algunos países, donde la propia Carta gaditana estuvo vigente, habría quizá que precisar, por lo menos a nuestro modo de ver, que no es que la Constitución de

---

[3] Son bien conocidas las afirmaciones de Hamilton: "*A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents*".

[4] Philip B. Kurland y Ralph Lerner (eds.): *The Founder's Constitution*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1987, vol. 1. Véase en particular el punto 17 ("Constitutional Government"), pp. 607-652.

[5] Ibídem, p. 609.

[6] El artículo 21 de la Constitución de 1799, en referencia al Senado conservador, disponía:

"*Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement: les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes*". Puede verse el texto de la Constitución en Maurice Duverger: *Constitutions et documents politiques*, París: Presses Universitaires de France, 6.ª ed., 1971, pp. 111 ss.

[7] Véase, entre todos, Domingo García Belaunde: "La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, n.º 1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991, pp. 183 ss., en particular p. 188.

Cádiz diseñara un control político de la constitucionalidad en la línea de la mencionada Carta francesa de 1799, pues, aunque ciertamente a la Diputación Permanente de Cortes, órgano de extracción parlamentaria, se encomendaba (artículo 160.1.ª) "velar sobre la observancia de la Constitución" para dar cuenta a las siguientes Cortes de las infracciones que notare, lo cierto es que esta función estaba muy alejada de la que para el *Sénat conservateur* contemplaba la Constitución de 1799, aunque no quepa descartar que tal previsión de la Carta de 1812 podría ser entendida en el contexto de la época[8] como una suerte de modalidad particularizada de control político encomendado al órgano legislativo.

En la quinta década del siglo XIX la influencia norteamericana de la *judicial review* se iba a hacer patente en América Latina, bien que, como después veremos, tal control se puede atisbar en precedentes que se remontan al año 1811. Sin embargo, la recepción del modelo de control jurisdiccional estadounidense ni sería general desde el punto de vista territorial, ni coetánea en todos los países desde una óptica temporal, ni mucho menos mimética; por el contrario, se acomodaría a la mencionada atracción ejercida por las Cartas revolucionarias francesas, a la propia tradición hispánica y al hecho realmente condicionante de que el modelo norteamericano había de regir en un sistema jurídico bien alejado del sistema de *common law*, como era el caso del sistema de *civil law* de la totalidad de los países latinoamericanos.[9]

La recepción de la *judicial review* plasmaría en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de cualquier autoridad, con la vista puesta primigeniamente en la salvaguarda de los derechos constitucionales, última *ratio* de dicha recepción en un primer momento (de lo que constituyen ejemplo paradigmático Guatemala y México), lo que ya se nos revela como un elemento diferencial relevante, pues si bajo su presidencia el *Chief Justice* Earl Warren pudo afirmar, como recuerda Choper,[10] que "*the essential function of the Supreme Court in our democracy is to act as the final arbiter of minority rights*" —afirmación que, lejos de poder entenderse como una expresión de voluntad de su presidente, refleja la realidad de la actuación de la Corte Suprema—, tal circunstancia se hallaba muy lejos de ser realidad en la época en que se produjo la recepción en Latinoamérica.

---

[8] Incluso contemporáneamente, un autor tan relevante en el estudio de la historia del control de la constitucionalidad como Battaglini entiende que la Diputación Permanente de Cortes creada en Cádiz representa "*un tentativo di controllo costituzionale sull'attività legislativa del parlamento, dopo che questo era stato disciolto*". Mario Battaglini: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milán: Giuffrè, 1957, p. 114.

[9] Sobre esta mixtura y en relación con el juicio de amparo mexicano, cf. Héctor Fix-Zamudio: "The confluence of common law and continental European law in the Mexican Writ of Amparo", en *The Mexican Forum*, Institute of Latin American Studies, The University of Texas at Austin, 1983, en especial pp. 4-8.

[10] Jesse H. Choper: *Judicial Review and the National Political Process (A functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court)*, Chicago: The University of Chicago Press, 1980 (paperback edition 1983), p. 67.

Por lo demás, de todo lo expuesto se desprende que la recepción latinoamericana de la *judicial review* no supuso una homogeneización de los procedimientos encaminados a la defensa de la Constitución; bien al contrario, nos encontramos con diferencias fundamentales, no ya sólo entre los Estados Unidos y los países latinoamericanos, sino también, y más ampliamente aún, entre estos últimos, que con mucha frecuencia siguieron un camino propio en el curso del cual nos encontramos con aportaciones realmente novedosas y sugestivas, que justifican sobradamente la idea que el constitucionalista norteamericano Grant expuso en el frontispicio de su conocida obra, a modo de subtítulo:[11] la de que todo el continente americano ha realizado aportaciones notables en el diseño del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

El trasplante legal de la *judicial review* norteamericana, forjada en la tradición jurídica del *common law*, a un trasfondo o marco hispánico y portugués de más de tres siglos perteneciente al sistema romano-canónico o, si se prefiere, siguiendo en ello a René David,[12] a los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica, habría de producir instituciones peculiares que se apartan claramente del modelo estadounidense, entre otras razones, por cuanto, como bien señala Fix-Zamudio,[13] dichas instituciones se encauzaron a través de instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales, por lo que la propia revisión judicial se aplicó a través de diversos procedimientos según los países, circunstancia que contrasta de modo frontal con el modelo norteamericano, en el que, como es sabido —y, entre otros varios, advierte Grant—,[14] la *judicial review* debe considerarse como un principio y no como una vía particular.[15]

---

[11] James Allan Clifford Grant: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Una contribución de las Américas a la Ciencia Política)*, México: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

[12] René David y Camille Jauffret Spinosi: *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 11.ª ed., París: Dalloz, 2002, p. 25.

[13] Héctor Fix-Zamudio: "La Justicia Constitucional en América Latina", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, n.º 1, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 11 ss.; en concreto, p. 19.

[14] James Allan Clifford Grant: *El control jurisdiccional...*, o. cit., pp. 34 y 39.

[15] La regla básica del sistema norteamericano de control de constitucionalidad es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Éstas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven. Dicho de otro modo, es un error buscar el sistema norteamericano en cualquier juicio, acción, recurso u otro procedimiento. Ello no significa que el sistema carezca de unidad. Por el contrario, la unidad del sistema se encuentra en la teoría de que cualquier juez tiene el poder y el deber de aplicar las normas constitucionales por encima de cualquier otra regla y, por tanto, ha de considerarse nula y de ningún valor cualquier norma jurídica contraria a la Constitución. Como en análoga dirección afirma Abraham: "[…] *judicial review in the United States comprises the power of any court to hold unconstitutional and hence unenforceable any law, any official action basad on a law, or any other action by a public official that it deems to be in conflict with the basic law – in the United States, its Constitution*". Henry J. Abraham: *The Judicial Process*, 7.ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 1998, p. 300.

Esta heterogeneidad presenta otras facetas, y una de ellas, que no deja de ser muy significativa, es la disparidad cronológica, reveladora de enormes divergencias en lo que atañe al momento concreto de opción en cada país en favor del control judicial, que permite apreciar en los casos extremos una diferencia temporal superior a un siglo, como veremos.

En definitiva, la heterogeneidad, geográfica, temporal, procedimental..., ha sido la pauta común que ha caracterizado a la justicia constitucional en América Latina, rasgo que llega hasta nuestros propios días, si bien en los últimos cinco lustros puede apreciarse ciertamente un proceso de intercambio e influencia recíprocos que ha contribuido no ya a hacer desaparecer esa heterogeneidad, pero sí, desde luego, a propiciar una cierta aproximación con la subsiguiente generalización en ciertos países de determinados rasgos comunes, uno de los cuales es la eclosión de los tribunales constitucionales, circunstancia que ha acentuado la pluralidad y heterogeneidad de modelos de control de constitucionalidad, generando fórmulas e instrumentos procesales realmente sugestivos y originales, que en algunos casos —no en todos, desafortunadamente— funcionan de modo muy satisfactorio. Bien es verdad que la pervivencia, todavía hoy, de ciertas concepciones constitucionales propias del jacobinismo revolucionario francés, presentes en algunos países, contribuye a generar una serie de disfunciones altamente nocivas para la consolidación de los respectivos modelos de control de la constitucionalidad de los actos del poder.

En resumen, Latinoamérica ha sido históricamente y aún hoy es un auténtico laboratorio constitucional en cuanto atañe al control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del poder, y quizá sea éste uno de los aspectos más desconocidos fuera de esa área geográfica.

2. El control político de la constitucionalidad en América Latina

I. El primer constitucionalismo latinoamericano subsiguiente a la Independencia aparece fuertemente impactado por el influjo revolucionario francés en lo que atañe —y no sólo obviamente con relación a ello— al control de la constitucionalidad, lo que tendrá su reflejo en un conjunto de previsiones constitucionales que, de una u otra forma, posibilitarán que pueda hablarse de la existencia de un control político de constitucionalidad de corte francés. Esta regla general no dejará, desde luego, de presentar excepciones. A ellas nos referiremos más adelante, pero valga por todas como ejemplo la Constitución Federal de Venezuela sancionada en 1811, e inspirada, como significa Víctor Andrés Belaunde,[16] en la Constitución norteamericana (al margen ya

[16] Víctor Andrés Belaunde: *Bolívar y el pensamiento político de la Revolución Hispanoamericana (Homenaje al bicentenario del nacimiento del Libertador Simón Bolívar)*, (1.ª ed., Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1938), 5.ª ed., Lima: JOMM Asociados, 1983, p. 115.

de inspirarse asimismo, a juicio del propio autor, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789).

En análoga dirección al texto venezolano habría que situar a las Constituciones que por la misma época se dieron diversas provincias de Nueva Granada, destacando entre ellas las de Cundinamarca y Tunja, Cartagena y Antioquia, quizá porque en esos textos las ideas federalistas tuvieron aún más arraigo y difusión que en Venezuela, hasta el punto de que cuando se trató de unir a estas provincias no se adoptó la forma de un Estado federal, sino la de una simple confederación.[17] Y así, si se coteja el Acta de las provincias de Nueva Granada, expedida en 1812 y obra de Camilo Torres, con el texto de los *Articles of Confederation* de 1777, se puede constatar que aquella acta es casi una copia literal del texto norteamericano.

Quiere todo ello decir que, allí donde las ideas federales se hallaban más arraigadas, la mirada constituyente se volvía más hacia el Norte del propio continente americano que hacia las experiencias constitucionales francesas, con todas sus consecuencias.

En el Sur, el programa federal apareció entre 1811 y 1813. En 1811 la Junta de Gobierno de la antigua Intendencia del Paraguay propuso a los enviados de Buenos Aires un pacto de confederación, y así se enuncia en el tratado que se firmó en Asunción el 12 de octubre de ese año ("federación y alianza indisoluble, que unirán siempre a esta provincia del Paraguay y las demás del Río de la Plata").

Como recuerdan Legón y Medrano,[18] varias fueron las ciudades del interior que dieron a sus representantes, en la Asamblea General de 1813, precisas instrucciones para que abogaran por la fórmula federal (en realidad no se precisaba el concepto de federación o confederación) en la Constitución que debía haberse dictado. Pero las más firmes y concretas fueron las dadas a los diputados enviados a dicha Asamblea por los pueblos de la Provincia Oriental, acaudillados por José Gervasio Artigas. Tanto en estas "Instrucciones" cuanto en las bases para un pacto con las demás provincias, que Artigas firmó con el general José Rondeau, el 19 de abril de 1813, se exige un sistema confederal, y el plan se inspira (y hasta se asemeja muy esquemáticamente) en los artículos de la Confederación de los Estados Unidos de 1777.

Fruto de esta aspiración federal fue el Estatuto Provisional de 1815, que, sin embargo, tras la Declaración de Independencia suscrita por el Congreso reunido en Tucumán el 9 de julio de 1816, se vio por entero desnaturalizada por un nuevo Reglamento provisorio para las Provincias Unidas de Sudamérica, del 3 de diciembre de 1817; en él se abandonaban las concesiones federalistas hechas al orden provincial, y se acentuaba paralelamente la influencia de la Constitución francesa del año VIII.[19]

---

[17] Ibídem, pp. 116-117.

[18] Faustino J. Legón y Samuel W. Medrano: *Las Constituciones de la República Argentina*, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1953, pp. 31-32.

[19] Ibídem, p. 3.

Aunque la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica, sancionada el 22 de abril de 1819, optó por una república unitaria asentada en un gobierno fuerte y centralizado, no deja de tener interés recordar la creación por ésta de una Alta Corte de Justicia, integrada por siete jueces y dos fiscales, muchas de cuyas atribuciones serían análogas a las que semejante órgano tendría en la Constitución argentina de 1853, y para cuyo diseño no cabe duda, a juicio de la mejor doctrina,[20] de que, al igual que sucedería treinta y cuatro años más tarde, se tuvieron muy a la vista los textos de la Constitución norteamericana de 1787.

En definitiva, también en el sur, ya mucho antes de la Constitución argentina de 1853, que consagraría el control jurisdiccional de constitucionalidad, siguiendo quizá más fielmente que en ningún otro lugar el modelo norteamericano, el influjo de los textos constitucionales norteamericanos fue muy fuerte, lo que conduce a establecer una clara simbiosis entre aspiraciones federales y mirada a los textos estadounidenses en detrimento de las Cartas revolucionarias francesas, con las consecuencias que de ello cabe deducir también respecto del instituto del control de la constitucionalidad, cuya percepción, incluso en esta primera época constitucional subsiguiente a la Independencia, respondió a ópticas y modelos divergentes, lo que no hace sino corroborar esa idea ya expuesta de la heterogeneidad.

Por lo demás, innecesario es decir que las Constituciones de Venezuela y de Nueva Granada, al igual que otras, como la Carta mexicana de Apatzingán de 1814 (de clara impronta francesa y no reconocedora del modelo federal), no tuvieron vigencia real; fueron letra muerta, lo que no las priva de una significación simbólica y tampoco de su valor de precedente digno de ser atendido con vistas a la mejor comprensión del futuro desarrollo institucional en esos mismos países, particularmente en Colombia y Venezuela. Es obvio que la exaltación jacobina desencadenó la anarquía y, de resultas, la subsiguiente reacción autoritaria que, como dice Belaunde,[21] opera en forma tan acentuada que no vacila en llegar a la restauración monárquica.

Dicho lo que antecede, hemos de centrarnos ya en la que, con carácter general, puede ser considerada como primera fase del control de constitucionalidad en Latinoamérica: la fase del control político.

II. Hemos de comenzar refiriéndonos a Bolivia, no por ser el país en el que se aprueba la primera Constitución en el tiempo, sino por el enorme, decisivo, impacto que en el diseño de su Constitución Vitalicia de 1826 tuvo Simón Bolívar.

Quizá convenga advertir, con carácter previo, que, mientras en una primera etapa Bolívar parece sentir una enorme admiración por el sistema constitucional británico, que habría podido conocer muy bien con ocasión de su misión diplomática en Londres en 1810,

---

[20] Ibídem, pp. 56-57.

[21] Víctor Andrés Belaunde: *Bolívar y el pensamiento…*, o. cit., p. 120.

y que tendría su proyección natural en la llamada Constitución de Angostura, el año 1826 marca, una vez más a juicio del más lúcido estudioso del pensamiento del Libertador,[22] la decadencia de su pensamiento político. Bolívar cae bajo la seducción napoleónica y por doquier se advierten manifestaciones claras de su deseo de una dictadura fuerte y permanente. Ello es importante de advertir por cuanto la Constitución boliviana de 1826 es incomprensible al margen de la Constitución consular francesa.

Fechado en Lima el 25 de mayo de 1826, Bolívar enviaba al Congreso Constituyente de Bolivia[23] su famoso Mensaje,[24] en el que ofrecía un proyecto de Constitución para Bolivia. En él efectuó una serie de observaciones en torno a la necesidad de instaurar un sistema de control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Y a tal efecto pensó en la creación de un órgano encaminado a la salvaguarda de la Constitución, órgano que, bajo la denominación de Cámara de Censores, se vertebraba como la tercera Cámara del Poder Legislativo (junto con la Cámara de Tribunos y a la Cámara de los Senadores). "Los censores —diría Bolívar— ejercen una potestad política y moral que tiene alguna semejanza con la del Areópago de Atenas y de los censores de Roma. Serán ellos los fiscales contra el gobierno para celar si la constitución y los tratados públicos se observan con religión". Con razón, advierte Villarán[25] que la Cámara de Censores traducía una reminiscencia de aquella cuarta potestad del Estado que, con el nombre de *Poder Moral*, propuso Bolívar al Congreso de Angostura en 1819. Con tal Poder, Bolívar pretendía coronar el edificio constitucional de Angostura, situando en su cima una suerte de Areópago bolivariano, "un tribunal irreprensible y santo (artículo XII) que debe premiar todos los actos de virtud y de civismo o pregonar el oprobio y la ignominia de los viciosos y toda obra de corrupción y de indecencia". Similitudes al margen, es necesario no perder de vista el muy diferente contexto ideológico del Libertador que subyace en su "Discurso de Angostura" respecto del Mensaje al que ahora nos referimos.

La Constitución Política de Bolivia de 1826,[26] haciendo plenamente suya la idea bolivariana, diseñaba un Poder Legislativo tricameral una de cuyas Cámaras, la de Cen-

---

[22] Ibídem, pp. 132 y 174-175.

[23] Establecida *de facto* la independencia de Bolivia, en realidad de las cuatro provincias del Alto Perú (que durante la Colonia habían dependido del virreinato del Perú, primero, y del Río de la Plata, después) tras la decisiva batalla de Ayacucho (9 de diciembre de 1824), el general Sucre, el gran mariscal de Ayacucho, por decreto de 9 de febrero de 1825 convocaba elecciones constituyentes para el 25 de marzo. La Asamblea General quedó finalmente reunida en Chuquixaca (la actual ciudad de Sucre) el 10 de mayo, y suscribió formalmente el Acta de la Independencia el 6 de agosto de 1825.

[24] El mensaje de Bolívar puede verse en Simón Bolívar, *Doctrina del Libertador*, Sucre (Venezuela): Biblioteca Ayacucho, 1976, pp. 230-241.

[25] Manuel Vicente Villarán: "Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar". Inicialmente publicado en *Revista Universitaria*, Lima, diciembre de 1916, pp. 429 ss. Recopilado en la obra de Villarán que manejamos: *Páginas escogidas*, Lima, 1962, pp. 11 ss.; en particular, p. 27.

[26] Puede verse su texto en Ciro Félix Trigo: *Las Constituciones de Bolivia*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 177 ss.

sores, asumía, entre otras (artículo 51), la facultad de "velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos", también con la facultad de acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo hiciera de la Constitución, las leyes y los tratados públicos. La influencia de las ideas francesas es indiscutible, pues hasta la propia estructura tricameral del Poder Legislativo trae a la memoria la Constitución francesa de 1799. En análogo sentido, Fraga[27] aludiría a la indudable inspiración de la Constitución Vitalicia (así denominada por el carácter vitalicio que se reconocía al presidente de la República) de 1826 en la obra de Sieyès y Bonaparte.

Conviene, sin embargo, que hagamos una puntualización que precisamente por ser de carácter general no puede pasar desapercibida si se pretende comprender el primer constitucionalismo latinoamericano, incluso en sus contradicciones. Es obvio que en el diseño de algunas instituciones el influjo de uno u otro modelo (norteamericano o francés) será determinante, pero ello no puede hacernos perder una visión de conjunto, reveladora de la convergencia, de la comunidad de principios del derecho público francés y norteamericano que influirán acentuadamente en la organización constitucional latinoamericana; la propia Bolivia, desde los primeros momentos de tal organización, puede ser invocada, según quizá su mayor constitucionalista,[28] como prueba de esta afirmación.

Aunque no falta quien, como Urcullo,[29] considera que la segunda Carta boliviana, la Constitución de 1831, abre una nueva etapa en lo que al control de constitucionalidad se refiere, al encomendarse éste a un órgano especial, el Consejo de Estado, no lo creemos por nuestra parte así; basta advertir que la Constitución de 1831 no quiebra la tendencia proclive al control político de corte francés iniciada cinco años antes, por cuanto que el Consejo de Estado era un órgano compuesto por siete miembros nombrados por el Congreso de la República (uno por cada departamento de la Nación), que venía obligado a informar documentalmente al Cuerpo Legislativo acerca de las infracciones a la Constitución. Dicho de otro modo, se trataba de un órgano de naturaleza política que limitaba en este ámbito su función a informar al Legislativo de las violaciones constitucionales.

E1 constitucionalismo boliviano ulterior (Constituciones de 1834, 1839, 1843 y 1851) no se separó del control político, bien que sólo el primero de los cuatro textos siguiera atribuyendo tal control al Consejo de Estado, órgano que desaparecía en

---

[27] Manuel Fraga Iribarne, en el Prólogo a la obra de Ciro Félix Trigo: *Las Constituciones de Bolivia*, o. cit., p. XXVII.

[28] Ciro Félix Trigo, en el "Estudio preliminar" de su obra *Las Constituciones de Bolivia*, o. cit., p. 43.

[29] Jaime Urcullo Reyes: "El control constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación y jurisprudencia", en el colectivo *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes* (Lecturas Constitucionales Andinas, n.º 4), Lima: Comisión Andina de Juristas y Fundación Konrad Adenauer, 1995, pp. 39 ss.; en particular, pp. 44-46.

1839. Sin embargo, la Constitución de esta fecha, al igual que la de 1851, incorporaría una previsión que ha llegado a la Carta de 1967, todavía hoy vigente, bien que con un proceso constituyente en perspectiva hoy en Bolivia (escribimos en enero de 2005). La mencionada previsión normativa sustentaba una suerte de control político, al encomendar al Congreso la facultad de resolver cualesquiera dudas que ocurrieran "sobre la inteligencia de alguno o algunos de los artículos de esta Constitución, si se declaran fundadas por los dos tercios de votos de cada Cámara". Una determinación de este tenor, común en otros textos constitucionales de la época, que ha llegado incluso a nuestros días, convertía en intérprete de la Constitución al Poder Legislativo, lo que, unido a la falta de atribución a otros órganos de la función de defensa constitucional, conducía al mantenimiento de un control político de la constitucionalidad más o menos larvado.

La Constitución de 21 de septiembre de 1851 iba, sin embargo, a sentar las bases para un cambio de orientación en el sentido de una recepción del control jurisdiccional. Su artículo 82 encomendaba al Poder Judicial (que se residenciaba en la Corte Suprema, en las superiores y juzgados de la República) la potestad de juzgar y aplicar la Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones. Parecía claro que se estaba constitucionalizando una cláusula de supremacía cuya operatividad se encomendaba al Poder Judicial. El modelo norteamericano parecía, al fin, hacer acto de presencia. Una ley tres días posterior a la Constitución regulaba, como competencia de la Corte Suprema, el recurso de nulidad (luego conocido como recurso directo de nulidad), y un decreto-ley del 31 de diciembre de 1857, por el que se aprobaba el proyecto de Ley sobre Organización Judicial, atribuía a la Corte Suprema el conocimiento de las causas civiles de puro derecho, cualquiera que fuere su cuantía, cuando su decisión dependa únicamente de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución de 1861 daría un paso definitivo en lo que al control jurisdiccional de constitucionalidad se refiere, y ello tanto por la constitucionalización de una *supremacy clause* como por la elevación al máximo rango normativo de la previsión que estableciera el decreto-ley de 1857 con relación a la Corte Suprema, ahora llamada Corte de Casación.

El artículo 86 consagraba el principio de supremacía constitucional —que, recordémoslo, acababa como quien dice de ser establecido por la Constitución Argentina de 1853-1860—[30] al señalar: "Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones". Por otro lado, en su punto segundo, el artículo 65 atribuía a la Corte de

---

[30] La *supremacy clause* fue recepcionada por el artículo 31 de la Constitución para la Confederación Argentina, de 1 de mayo de 1853, como también por el mismo artículo de la Constitución de la Nación Argentina, con las reformas de 1860. Ambos textos pueden verse en Faustino J. Legón y Samuel W. Medrano: *Las Constituciones de la República Argentina*, o. cit., pp. 409 ss. y 437 ss., respectivamente.

Casación "conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes". El control jurisdiccional difuso, como precisa Rivera,[31] con evidente lógica a la vista de la dicción del artículo 86, quedaba instituido, bien que la Corte de Casación asumía un indiscutible protagonismo en este ámbito del control en cuanto que a ella parecía encomendarse en exclusiva el control abstracto o "de puro derecho", lo que, innecesario es decirlo, entrañaba una esencial diferencia respecto de la *judicial review* norteamericana. Es verdad que la doctrina[32] no ha dejado de subrayar, y creemos que con entero acierto, que en aquel momento ni se aceptó ni, lo que aún es peor, se comprendió tal instituto, no obstante lo cual éste se mantendría incólume hasta la Carta de 1967. En definitiva, tras la Carta de 1861, todos los órganos jurisdiccionales venían obligados a inaplicar las normas infraconstitucionales que consideraran contrarias a la Constitución, y la Corte Suprema asumía el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal y fallaba con efectos *inter partes*.

III. La evolución que acaba de exponerse con relación a Bolivia se reproduce, con diferencias cronológicas mayores o menores respecto del momento histórico de agotamiento del control político y la recepción del control jurisdiccional, en otros varios países del área latinoamericana. Nos referiremos tan solo a algunos de ellos.

En Perú, la primera Constitución Política, sancionada en 1823,[33] considerada por Belaunde[34] como una mera declaración teórica, ofrece, en lo que ahora importa, un perfil de clara impronta francesa y también, en buena medida, gaditana. Su artículo 90.1.ª atribuía a un Senado conservador —que, como apostilla Villarán,[35] no representa un principio de dualidad legislativa, pues era un cuerpo meramente consultivo y administrativo— la función de "velar sobre la observancia de la Constitución", encomendando a la par al Congreso, como primera tarea tras la apertura de sus sesiones, el examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieran remediado (artículo 186), en el entendido de que cualquier peruano se hallaba habilitado para reclamar ante el Congreso, ante el Senado o ante el propio Poder Ejecutivo la observancia de la Constitución.

---

[31] José Antonio Rivera Santiváñez: *Jurisdicción constitucional (Procesos constitucionales en Bolivia)*, 2.ª ed., Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2004, p. 118.

[32] Hugo Galindo Decker: *Tribunal Constitucional*, La Paz: Editorial Jurídica Zegada, 1994, p. 28.

[33] Puede verse su texto en Domingo García Belaunde: *Las Constituciones del Perú* (con la colaboración de Walter Gutiérrez Camacho), Lima: Ministerio de Justicia y WG Editor, 1993, pp. 95 ss.

[34] Víctor Andrés Belaunde: *Bolívar y el pensamiento político*..., o. cit., p. 165.

[35] Manuel Vicente Villarán: "La Constitución de 1823", en *El Comercio*, Lima, edición del 12 de noviembre de 1923, p. 2. Recogido en la obra *Páginas escogidas*, que manejamos, o. cit., pp. 33 ss.; en concreto, p. 38.

Con distintos matices y con una única salvedad, las Constituciones que se sancionaron en el Perú durante el siglo XIX (nueve en total: Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1836 —dos Constituciones en realidad: la del Estado Sud-Peruano y la del Estado Nor-Peruano—, 1837 —Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana—, 1839, 1856, 1860 y 1867)[36] reiteraron en buen número de casos (de ahí que pueda hablarse de una regla general) el control político de constitucionalidad al encomendar a un órgano de impronta política la tarea de velar por la salvaguarda de la Norma suprema: en 1826, la Cámara de Censores; en 1828,[37] 1834 y 1839, el Consejo de Estado, órgano que, aunque integrado de modo diferente en cada texto, en todos los casos era de elección por el Congreso, y en 1860, la Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo (órgano que recuerda de cerca la Diputación Permanente de Cortes gaditana), integrada por siete senadores y ocho diputados, órgano que sería suprimido en 1874.

Como decíamos antes, una salvedad se encuentra frente a la pauta expuesta: la hallamos en la Constitución de 1856, de vida fugaz, pues sólo estuvo vigente cuatro años, que acogió en su articulado una norma tan rotunda como la de su artículo 10, de acuerdo con el cual: "Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución". Un enunciado categórico de ese tenor, con independencia ya de que no fuera acompañado de un específico desarrollo procedimental, en otro contexto habría hecho posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Ello hubiera requerido, sin embargo, de unos órganos jurisdiccionales menos apegados al texto escrito de la ley, menos hiperformalistas y más sensibles al verdadero significado de la Constitución. Era, evidentemente, pedir demasiado a los órganos jurisdiccionales del Perú mediado el siglo XIX.

Por lo demás, innecesario es decir que el control de constitucionalidad por parte del órgano legislativo sería realmente ilusorio, pues harto difícil es que un órgano se controle a sí mismo. Sólo en 1945, como recuerda García Belaunde,[38] el Congreso peruano, en forma ostensible, efectuó ese control de constitucionalidad al sancionar la ley n.º 10.334 y derogar a la par de modo explícito la ley n.º 8.929, que había sancionado diversas reformas constitucionales con violación del procedimiento de reforma que la propia Constitución establecía.

---

[36] Todos los textos, como también las Constituciones de 1920, 1933 y 1979, pueden verse en Domingo García Belaunde: *Las Constituciones del Perú*, o. cit., a partir de la p. 125 la Carta de 1826.

[37] Villarán consideraría la Constitución de 1828 como la madre de todas las Constituciones del Perú, entendiendo que para evitar los excesos opuestos de las de 1823 y 1826, la de 1828 volvió la vista al modelo norteamericano. Manuel Vicente Villarán: "La Constitución de 1828", en *La Crónica*, Lima, edición de 1.º de enero de 1932, pp. 5 y 31. Recogido en su obra *Páginas escogidas*, que manejamos, o. cit., pp. 45 ss.; en concreto, pp. 45 y 49.

[38] Domingo García Belaunde: "E1 control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú", en *Ius et Praxis* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da la Universidad de Lima), n.º 13, Lima, 1989, pp. 145 ss.; en particular, p. 147.

Doctrinalmente, la cuestión no pasó, sin embargo, desapercibida. Lanzada la preocupación por Bartolomé Herrera, en 1848, uno de sus discípulos, Felipe Masías, en un Manual publicado en 1855, se inclinaba en favor de que fuera el Poder Judicial el que se encargara del control de la constitucionalidad de las leyes.[39]

El siglo XX no alteraría radicalmente la situación. Una Comisión presidida por el eminente Javier Prado e integrada por diferentes parlamentarios proponía, en 1919, introducir en la que habría de ser la primera Constitución del nuevo siglo, la Carta de 1920, el control judicial de la constitucionalidad a manos de la Corte Suprema de Justicia. El proyecto de 1919 fracasó, tras no haber sido siquiera objeto de discusión en el Pleno de la Asamblea. La Constitución de 18 de enero de 1920, bien lejos de la posición expuesta, encomendaba al Congreso (artículo 83.4.º) "examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores". Si se tiene en cuenta que la Carta de 1920 fundamentó una dictadura de una decena de años, se comprende bien que ninguna opción de éxito tuviera la tesis defendida por la Comisión Javier Prado.

En 1931, la llamada Comisión Villarán, por ser presidida por el notabilísimo constitucionalista peruano Manuel Vicente Villarán,[40] a la que se había encargado por resolución suprema de 7 de agosto de 1931 la elaboración de un anteproyecto de Constitución que había de ser sometido al Congreso Constituyente convocado para fines de ese mismo año, reivindicaba la conveniencia de constitucionalizar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Estamos ante la propuesta más rigurosa formulada en Perú en la dirección expuesta, tanto por la enorme categoría intelectual de los miembros de la Comisión[41] como por la solidez con que se articuló.[42]

---

[39] Cf., al efecto, Domingo García Belaunde: "La jurisdicción constitucional en Perú", en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson (y otras editoriales), 1997, pp. 827 ss.; en particular, pp. 832-833.

[40] Don Manuel Vicente Villarán (1873) accedía en 1896 a la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad de San Marcos de Lima. En 1912 accedería a la cátedra de Derecho Constitucional. Decano de la Facultad de Derecho, llegaría a ser Rector de la Universidad (1922). Como dice Jorge Basadre en el Prólogo de las *Páginas escogidas* de

Villarán, en el anteproyecto de Constitución de 1931 fijó concretamente sus ideas, caudal de aguas límpidas que, en gran parte, se perdió en las arenas. Pero la exposición de motivos de 1931 es ya, según el mismo Basadre (o. cit., pp. XXIX-XXX), un documento clásico de nuestra realidad política. Cf., asimismo, el Estudio preliminar de Pedro Planas Silva para la obra de Manuel Vicente Villarán: *Posición constitucional de los ministros en el Perú*, Lima: Cultural Cuzco Editores, 1994, pp. 9 ss.

[41] Entre otros ilustres miembros, integraban también la Comisión: Víctor Andrés Belaunde, José León Barandiarán, Ricardo Palma y César Antonio Ugarte.

[42] Tomando como punto de partida del razonamiento el artículo 10 de la Constitución de 1856, que ya citamos, en la Exposición de motivos del Anteproyecto se razona que, aunque dicha norma no fuera reproducida ni en 1860 ni en 1920, el principio de la nulidad de las leyes inconstitucionales está, sin embargo, en la teoría, si no en la letra, de estas últimas Constituciones, pues ambas establecen que los que ejercen la función legislativa no pueden salir de los límites prescritos por la Constitución, y que son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas. "La constitucionalidad como régimen

Para soslayar el grave peligro que, según se advierte en la Exposición de motivos del Anteproyecto,[43] plantea la proposición de que toda ley opuesta a la Constitución es nula —esto es, incitar a una forma anárquica de control sobre el legislador que destruye el imperio de la ley—, se dirige la mirada a la solución adoptada en los Estados Unidos y en otros países, consistente en reservar al Poder Judicial la potestad de no aplicar las leyes inconstitucionales en los casos sometidos a su jurisdicción habitual. "En esa forma limitada —se dice—, nuestro proyecto incorpora el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales (artículo 142)".

A modo de necesaria precaución, se dispone que las cuestiones sobre inconstitucionalidad falladas en primera o segunda instancia se eleven siempre a la Corte Suprema por recurso de nulidad o por consulta, y que conozca de ellas la Corte Suprema en Sala Plena. Con ello, en definitiva, todos los jueces disponían de la facultad de pronunciarse, al ejercer su jurisdicción natural, sobre la inconstitucionalidad invocada por los litigantes, cooperando con sus fallos al esclarecimiento de la doctrina jurídica; pero la fijación y unificación de tal doctrina quedaba reservada, por medio de la revisión obligatoria, a la mayor capacidad legal de la Corte Suprema. Ésta, finalmente, podía declarar la inconstitucionalidad de una ley por el voto de los dos tercios de los miembros de su Sala Plena, declaratoria que había de regir tan solo en el caso particular en que hubiere sido dictada.

La Asamblea Constituyente, con increíble estrechez de miras, desechó la propuesta formulada por la Comisión Villarán y optó una vez más por la añeja tradición peruana del control político, pues no otra cosa entrañaba la constitucionalización por el punto cuarto del artículo 123 de la Carta de 1933 de la norma ya acogida por el artículo 83.4.º de la Constitución de 1920, a la que aludimos precedentemente.

Habría pues que esperar a la, por tantos aspectos, novedosa y trascendente Constitución de 1979 para ver normativizado al máximo rango el control jurisdiccional en su doble vertiente de control concreto, con ocasión de la aplicación de la ley, y de control abstracto, al margen ya de toda aplicación, que se encomendaría al Tribunal de Garantías Constitucionales. Ello convierte al Perú en el último país latinoamericano en recepcionar constitucionalmente el modelo de control jurisdiccional, 138 años después de que este control fuese acogido por la Constitución del Estado mexicano del Yucatán, un triste récord.

---

político —se lee en la Exposición de motivos— es la supremacía de la Constitución sobre la ley. La Constitución es ley para el legislador y no puede confiarse del todo en que el Cuerpo Legislativo, por estímulos morales […] guarde invariable respeto a las prohibiciones que la Constitución le impone".

[43] Una selección de la Exposición de motivos del Anteproyecto Villarán de Constitución (hecha por Víctor Andrés Belaunde) puede verse en la obra de aquél, *Páginas escogidas*, o. cit., pp. 207 ss.; en particular, pp. 223-224.

Bien es cierto que por 1a vía de la legalidad ordinaria, aun siendo muy tardía la recepción del control jurisdiccional, éste hizo acto de presencia unos años antes. La norma que parecía posibilitar en un primer momento dicho control fue el Código Civil de 1936. Ya la Comisión Reformadora del citado Código, instalada en 1922, propuso una norma para el futuro Código que establecía el principio de inaplicación de toda norma legal que, a juicio del juez, contrariase la Constitución. En su redacción final, el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 disponía: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

Sin embargo, la entrada en vigor del Código Civil no se tradujo en el inicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El hiperformalismo jurídico, tan común en la época en muchos países de América Latina, se impuso una vez más. La ausencia de disposiciones procesales que marcaran el cauce a seguir en orden a la objetivación de ese control se tradujo en la nimia operatividad del citado artículo XXII, por no decir que en su nula vigencia.

Muy diversas objeciones fueron esgrimidas en orden a inoperativizar el control jurisdiccional. Y así, se adujo que la cláusula normativa de referencia se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado. También se esgrimió que era un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no al del derecho público, siempre minimizado y postergado. Se opuso, finalmente, que el principio del control había sido contemplado por una ley que podía ser modificada por otra ulterior. Con todo ello, el principio fue desvalorizado e inutilizado, y no hubo más remedio que esperar casi seis lustros más, hasta 1963, año en que el decreto-ley n.º 14.605, de 25 de julio, por el que se aprobaba la Ley Orgánica del Poder Judicial, sorprendentemente en plena dictadura militar, desarrollaría procesalmente el control jurisdiccional de constitucionalidad. Éste sería, pues, una realidad jurídica tan solo 16 años antes de la Carta de 1979.

El caso peruano es ilustrativo, si bien con tintes agravados, de una posición bastante arraigada durante más de un siglo en un buen número de países de la zona, no desde luego en todos, como se verá. Esta posición podría compendiarse en el hiperpositivismo de jueces y tribunales que, más atentos al derecho adjetivo que al sustantivo, al derecho privado que al público, contemplan la Constitución no como una norma jurídica, sino como un simple catálogo principial, en línea, dicho sea de paso, con la visión francesa; un catálogo de principios no estrictamente vinculantes en tanto no sean operativizados jurídicamente por medio de su oportuno desarrollo legal. A ello ha de añadirse que el conservadurismo de la gran mayoría de los miembros del Poder Judicial propició una endémica desconfianza hacia la Constitución y sus potenciales virtualidades transformadoras, patentes progresivamente una vez que el constitucionalismo social, que inauguró la Constitución de Querétaro de 1917, se fuera asentando. Finalmente, una trasnochada e hiperrígida visión del principio de la división de poderes, de entre los que el Congreso, de resultas de la visión jacobina subyacente en el fondo, conserva, germinalmente al menos, todo el poder, convergerá con las ante-

riores circunstancias en orden a imposibilitar el control jurisdiccional hasta fechas tan próximas como las antes mencionadas.

IV. La influencia de este modelo de control político, soterradamente, si se quiere, ha llegado hasta nuestros días con diversas manifestaciones que no dejan de resultar, a nuestro juicio al menos, enormemente disfuncionales en países que, como es el caso de los dos mencionados hasta ahora, Bolivia y Perú, cuentan con tribunales constitucionales.

Pensemos, por ejemplo, en la facultad de dictar leyes interpretativas de la Constitución (artículo 234 de la Constitución de Bolivia de 1967, al que ya aludimos) que se reconoce al Congreso boliviano, o en la atribución al Congreso peruano de la facultad de velar por el respeto de la Constitución (artículo 102.2 de la Constitución de 1993), facultades congresuales que no dejan de sorprender si se advierte que Perú y Bolivia cuentan hoy con un Tribunal Constitucional que, en rigor, debería ser el único (o, por lo menos, el supremo) órgano constitucional encargado de velar por la salvaguarda jurídica de la Constitución, y el último y supremo intérprete de ésta.

Consecuentemente, la atribución al Legislativo de facultades que responden a una lógica constitucional diferente no sólo no es de rigor en pura técnica constitucional, sino, lo que aún es peor, puede convertirse en un elemento notablemente disfuncional en cuanto germinador de graves conflictos entre órganos constitucionales del Estado, y, desde luego, no cabe duda de que puede asimismo llegar a ser un elemento reductor del rol constitucional propio de todo Tribunal Constitucional.

V. Chile es otro caso de recepción enormemente tardía del control jurisdiccional. Aun cuando antes la Constitución de 1833 se admite la existencia de otras Cartas materialmente constitucionales de fugaz vigencia, es la citada norma la que viene considerándose como primera Constitución chilena. Durante su dilatada, casi centenaria, vigencia (1833-1924), tanto los tribunales como la propia doctrina científica estuvieron mayoritariamente de acuerdo en que la Corte Suprema carecía de atribuciones para llevar a cabo un control jurisdiccional de constitucionalidad.[44] Tal interpretación se sustentó, de un lado, en que los tribunales no poseían atribuciones expresas que autorizaran una actuación semejante, y de otro, en que el artículo 164 de la citada Constitución encomendaba tan solo al Congreso la resolución de las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de los artículos constitucionales. El Congreso quedaba, pues, habilitado, como dice Gómez Bernales,[45] para dilucidar la "interpretación autén-

---

[44] En tal sentido, entre otros, Teodoro Ribera Neumann: "Función y composición del Tribunal Constitucional de Chile" (Constitución Política de 1980), en *La Revista de Derecho* (Facultad de Derecho, Universidad Central), año II, enero-junio 1988, pp. 37 ss.; en concreto, p. 38.

[45] Gastón Gómez Bernales: "Control de constitucionalidad y Tribunal Constitucional de 1980", en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, n.º 31, Santiago de Chile, 1996, p. 20.

tica" de la Constitución, y ello, en último término, entrañaba de modo inequívoco una opción en favor de un modelo de control político.

La propia Corte Suprema, en un dictamen emitido el 6 de julio de 1848, hacía suya la posición dominante, rechazando la posibilidad de que pudiese corresponderle llevar a cabo un control de constitucionalidad.[46] Ciertamente, algunas decisiones ulteriores de la Corte Suprema (en 1867 y 1876) permiten apreciar, como señala Lösing,[47] la lenta creación jurisprudencial de un espacio para el control constitucional por vía judicial, del cual hizo raramente uso y sólo en asuntos de su propio interés.

En definitiva, en Chile, durante el siglo XIX y el primer cuarto del XX —esto es, hasta la Constitución de 1925—, pese a la existencia de algunos fallos discordantes respecto de la interpretación prevaleciente,[48] la realidad es inequívoca en el sentido de que la Corte Suprema rechazó la adopción de un control jurisdiccional de constitucionalidad, propiciando de esta forma la consolidación del modelo de control político que se concretaba por el propio Congreso Nacional y, durante su receso, por la llamada Comisión Conservadora, que hasta en su denominación es reveladora del fuerte influjo francés.

La Constitución de 1925 cambió la situación al habilitar a la Corte Suprema (artículo 86, inciso segundo) para llevar a cabo un control judicial de constitucionalidad al poder declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por su contradicción con la Constitución con efectos *inter partes*, lo que, si bien no permitía hablar, como con toda razón significaba Tapia Valdés,[49] de una *judicial review* de tipo norteamericano,

---

[46] Vale la pena recordar algunos de los argumentos esgrimidos al efecto por la propia Corte Suprema: "El Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza será superior al legislador mismo, puesto que alcanzaba a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones". El dictamen puede verse, entre otros, en Alcibiades Roldán: *Elementos de derecho constitucional*, Santiago de Chile, 1924, p. 466.

[47] Norbert Lösing: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 276. "*Die Rechtsprechung* —dirá Lösing— *shaffte sich damit langsam Freiraum für die richterliche Verfassungskontrolle, den sie aber selten und dann nur im eigenen Interesse nutzte*". Obra traducida al castellano con el título *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid: Dykinson y Fundación Konrad Adenauer, 2002.

[48] Raúl Bertelsen Repetto, en su obra *Control de constitucionalidad de la Ley* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 136), se refiere a las sentencias de 2 de enero de 1867 y de 1 de marzo de 1876.

[49] Jorge Tapia Valdés: "Jurisdicción constitucional y gobiernos de facto. El caso de la Corte Suprema de Chile", en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 243 ss.; en concreto, pp. 256-257.

sí otorgaba a la Corte Suprema un importante rol de defensa de la supremacía de la Constitución, que, sin embargo, como con posterioridad se verá, tendría un desarrollo mínimo por la propia actitud del mencionado órgano.

VI. En Uruguay, la historia de la jurisdicción constitucional puede dividirse, según Gros Espiell,[50] en dos grandes períodos delimitados por la Constitución de 1934.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1934 no existirían en el constitucionalismo uruguayo —Constitución de 1830, Ley de Reforma Constitucional de 1912, Constitución de 1918 y Leyes de Reforma Constitucional de 1930 y 1932—[51] previsiones que de modo específico regularan un procedimiento relativo a la declaración de inconstitucionalidad.

Si omitimos el proyecto de Constitución de 1814-1815 conocido como *Constitución artiguista*, notabilísimamente influido por la Constitución de Massachusetts,[52] y la Constitución provincial integrada por diferentes leyes dictadas entre 1825 y 1827, elaboradas por los diputados de la llamada Asamblea de la Florida, que, siguiendo a la Constitución de Cádiz, crearía una Comisión Permanente llamada a actuar en los recesos del Legislativo con el fin de supervisar la regularidad jurídica (y por lo mismo constitucional) de los actos del Poder Ejecutivo hasta tanto se constituyera la primera Asamblea Legislativa que había de ser elegida de conformidad con la propia Constitución, la primera Carta constitucional propiamente dicha de la República Oriental del Uruguay es la de 1830.

El silencio constitucional en torno al tema que nos ocupa, con el subsiguiente ostracismo del Poder Judicial —que en el caso del Uruguay resulta aún más chocante si se advierte la intensa relación con la Argentina y la constitucionalización en este país, en 1853-1860, de la cláusula de supremacía y, de resultas, la consolidación de un modelo de control jurisdiccional muy próximo al norteamericano—, quizá pueda encontrar alguna explicación en la infravaloración del Poder Judicial que durante buena parte del siglo XIX fue regla común en Uruguay. Jiménez de Aréchaga lo deja meridianamente claro cuando afirma que, aunque en el Manifiesto expedido a los pueblos los constituyentes de 1830 afirmaron que el Poder Judicial por ellos organizado quedaba equiparado en jerarquía institucional a los otros poderes, lo cierto es que "en el

---

[50] Héctor Gros Espiell: "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, o. cit., pp. 71 ss.; en concreto, p. 73.

[51] Estos textos pueden verse en Héctor Gros Espiell: *Las Constituciones del Uruguay*, 2.ª ed., Madrid: Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, 1978, pp. 205 ss.

[52] Jiménez de Aréchaga señaló que, de sus 64 artículos, 43 habían sido tomados casi al pie de la letra en muchos casos de la Constitución de Massachusetts. Justino Jiménez de Aréchaga: *La Constitución Nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991, p. 54. (Esta obra, en diez volúmenes, relativa a la Constitución de 1942, ha sido reeditada por el Senado de la República a modo de homenaje al conocidísimo profesor Justino Jiménez de Aréchaga, ya desaparecido.)

ánimo de la generalidad de los hombres de la época, y aun de los de épocas posteriores, este principio de la equivalencia institucional entre el Poder Judicial y los otros Poderes todavía no había entrado"; más aún, cuarenta años después, todavía se seguía discutiendo.[53]

La Constitución de 1830, al igual que posteriormente la de 1918, acogió la cláusula constitucional tan común en la época en Latinoamérica por virtud de la cual se atribuía en exclusiva al Poder Legislativo la interpretación auténtica de la Constitución (artículo 152 de la Carta de 1830 y artículo 176 de la Constitución de 1918), lo que, como se ha dicho reiteradamente, coadyuvaba en la dirección del control político. Con todo, la cuestión no fue ni mucho menos pacífica entre la doctrina, ni siquiera entre los jueces.[54]

Jiménez de Aréchaga sostuvo la posibilidad de que los jueces pudieran declarar inaplicables, en una litis concreta, las normas eventualmente viciadas de inconstitucionalidad, no obstante lo cual, y pese al enorme prestigio científico de su defensor, la fórmula de la *judicial review* norteamericana, según Gros Espiell,[55] nunca se aceptó corrientemente en el Uruguay.

No obstante esa tendencia generalizada de rechazo al control jurisdiccional, en 1874, como recuerda Korseniak,[56] se producía la primera sentencia que llevaba a sus últimas consecuencias el control jurisdiccional de constitucionalidad. El juez señor Horacio Gallinal inaplicaba una ley de 1862 por entenderla contraria a la Constitución.[57] Un año después, otro juez, el señor Juan A. Vázquez, optaba asimismo por aplicar la Constitución frente a la ley que a su juicio era incompatible con aquélla. El Poder Legislativo reaccionó expidiendo una ley aclaratoria, y frente a la insistencia del interesado en la desaplicación de la norma, el juez afirmó que la nueva ley, "encontrándose […] en oposición con la ley recopilada y Constitución de la República, ley suprema de la tierra, el Juzgado tiene que hacer prevalecer las disposiciones de esta última, que tiene un carácter permanente sobre los de una ley meramente reglamentaria".

Ya en el siglo XX distintos intentos de reforma constitucional pretendieron recepcionar el instituto del control jurisdiccional, aunque sin éxito. Habría que esperar a

---

[53] Justino Jiménez de Aréchaga: *La Constitución Nacional*, o. cit., tomo I, p. 86.

[54] Cf., al efecto, Eduardo G. Esteva Gallicchio: "La jurisdicción constitucional en Uruguay", en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, o. cit., pp. 897 ss.; en particular, pp. 901-903.

[55] Héctor Gros Espiell: "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", o. cit., p. 73.

[56] José Korseniak: "La justicia constitucional en Uruguay", en *La Revista de Derecho* (Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile), año III, enero-junio 1989, pp. 105 ss.; en concreto, p. 108.

[57] La ley de 1862 establecía que el Estado no tenía que indemnizar a los particulares por los daños que se les hubieran podido producir por perjuicios de guerra. La sentencia entendió tal cláusula contraria a la Constitución, cuyos artículos 144 y 145 establecían el derecho de los particulares a ser indemnizados tanto en caso de que la propiedad particular se destinare a usos públicos, como en el supuesto en que se vieren obligados a prestar auxilios, fueran de la clase que fueren, para los ejércitos.

la Constitución de 1934, que curiosamente fue fruto del golpe de Estado del 31 de marzo de 1933, para ver al fin constitucionalizado el control jurisdiccional de constitucionalidad, que se encomendaba como competencia privativa a la Suprema Corte de Justicia, cuyo fallo circunscribía sus efectos al proceso contradictorio en que fuera pronunciado (artículo 234). Ello se enmarcaba, según Gros Espiell,[58] en uno de los rasgos más característicos de aquella Constitución: la institucionalización de un sistema de "contralores" sobre la acción de los diversos órganos constitucionales.

VII. Durante la época del Imperio, Brasil seguiría de cerca el modelo que venimos comentando. Bien es verdad que el llamado Proyecto de Antônio Carlos en la Constituyente de 1823, que Bonavides considera como un monumento liberal para la época,[59] admitía, de modo implícito al menos (en su artículo 266), el control de constitucionalidad de las leyes.[60]

Sin embargo, la Constitución del Imperio, de 1824,[61] claramente inspirada en la doctrina de Benjamín Constant, propició la conformación de un Poder Moderador ("O Poder Moderador —dirá su artículo 98— é a chave de tôda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador"), lo que a su vez asentó la creencia de que a los jueces no debía serles permitido manifestarse en torno a la constitucionalidad de las leyes. Por lo demás, en cuanto al Poder Moderador le correspondía mantener la independencia, armonía y equilibrio de los demás poderes, al asignársele una suerte de inspección suprema de todos ellos, sólo a dicho Poder Moderador podría corresponder, según Afonso da Silva,[62] el control de constitucionalidad, lo que no se llevaría en realidad a cabo salvo en cuanto a los proyectos de leyes que el emperador devolvía al Parlamento para nuevo examen. En todo caso, este Poder Moderador en realidad no respondía en rigor a la doctrina de Constant del poder neutro, pues, a la vista de la regulación dada a tal Poder por la Carta de 1824, de hecho, lo que venía a entrañar era el absolutismo.[63]

---

[58] Héctor Gros Espiell: *Las Constituciones del Uruguay*, o. cit., pp. 116-117.

[59] Paulo Bonavides y Paes de Andrade: *História Constitucional do Brasil*, 4.ª ed., OAB Editora, Brasília, 2002, p. 89.

[60] En tal sentido, Luiz Pinto Ferreira: *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª ed., San Pablo: Editora Saraiva, p. 488.

[61] Puede verse su texto en T. B. Cavalcanti: *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 267 ss.

[62] José Afonso da Silva: "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, o. cit., pp. 387 ss.; en concreto, p. 391.

[63] Paulo Bonavides y Paes de Andrade: *História Constitucional do Brasil*, o. cit., p. 106.

Por lo demás, en línea con otros muchos textos constitucionales de la época, el punto noveno del artículo 15 de la Constitución del Imperio encomendaba al Poder Legislativo la función de "velar na guarda da Constituição".

Un esbozo más nítido de control político de constitucionalidad se encuentra en la llamada Acta Adicional a la Constitución, que formalizaría la ley n.º 16, de 12 de agosto de 1834.[64] Encaminada a consagrar una relativa autonomía a las Provincias, se ha dicho[65] que el Acta vino a establecer un control preventivo de naturaleza política. Su artículo 16 facultaba al presidente de la Provincia para negar su sanción a un proyecto cuando considerara que "ofende os direitos de alguma outra Província" "ou os Tratados feitos com as Nações Estrangeiras". Si la Asamblea Provincial juzgase lo contrario por dos tercios de sus votos, el proyecto, con los argumentos alegados por el presidente provincial, había de ser llevado al conocimiento del Gobierno y de la Asamblea Generales, que habrían de decidir con carácter definitivo.

La proclamación de la República vino a dar un giro decisivo en la materia, que posibilitó la introducción del control jurisdiccional de la constitucionalidad, con una nítida influencia del modelo norteamericano. Es opinión común[66] que ello se debió en buena medida a la influencia del derecho estadounidense sobre algunas de las más notables personalidades de la época, particularísimamente el gran jurista Rui Barbosa.

Ya el decreto n.º 510, de 22 de junio de 1890, que publicaba la Constitución formulada por el Gobierno provisional, suponía un notabilísimo cambio de orientación con relación al Tribunal Supremo. Con la mirada puesta en el antiguo *writ of error* del derecho anglosajón, en su formulación por la *Judiciary Act*, la figura fue recogida en el artículo 59 del mencionado decreto, de donde pasó al artículo del mismo número de la Constitución de la República de los Estados Unidos del Brasil, de 24 de febrero de 1891.[67] Con la Constitución republicana el Supremo Tribunal Federal vino a asumir las funciones de guardián de la Constitución y del propio orden federal, lo que lo llevaría a convertirse, según Cavalcanti,[68] en el intérprete máximo de la Constitución y de las leyes federales.

Poco tiempo después, la ley n.º 221, de 1894, completó el modelo de control jurisdiccional constitucionalizado tres años antes, al atribuir a los tribunales la potestad de inaplicar las leyes que entendieran contrarias a la Constitución.

---

[64] Puede verse en T. B. Cavalcanti: *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, o. cit., pp. 307 ss.

[65] Paulo Napoleão Nogueira da Silva: *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, San Pablo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 18.

[66] Así, Gilmar Ferreira Mendes: *Controle de constitucionalidade* (Aspectos jurídicos e políticos), San Pablo: Editora Saraiva, 1990, pp. 170-171.

[67] Su texto puede verse en T. B. Cavalcanti: *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, o. cit., pp. 325 ss.

[68] Ibídem, p. 208.

VIII. En Ecuador, ya desde la Constitución de 1830, los primeros códigos constitucionales (Constituciones de 1830, 1835, 1843 y 1845) otorgaron al Poder Legislativo la facultad de interpretar la Constitución en última instancia, con lo que ello presuponía de opción en favor de un modelo político.

Quizá por influjo del Perú, la Carta de 1851 creó un Consejo de Estado al que otorgaba como primera atribución la de "velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión" (artículo 82). El control, que era tanto de constitucionalidad como de legalidad, se verificaba, pues, frente al Ejecutivo exclusivamente, reduciéndose a una reclamación ante él por dos ocasiones y, en caso de no ser atendido, dando cuenta de ello al Legislativo, cuyas normas, por contra, no eran objeto de control alguno.

La Constitución de 1869 iba a dar un giro radical en la materia, no ya por optar por el control jurisdiccional, encomendándolo a la Corte Suprema, sino por establecer un control preventivo de constitucionalidad de las leyes que, en lo que habría de ser uno de los rasgos peculiares del control de constitucionalidad en América Latina, se vincula con los conflictos y divergencias surgidos entre el Legislativo y el Ejecutivo con ocasión del procedimiento de elaboración de las leyes.

A tenor del artículo 43 de la citada Constitución, "si a pesar de la insistencia de ambas Cámaras, el Ejecutivo sostuviere que el proyecto es contrario a la Constitución, lo pasará a la Corte Suprema, la cual se limitará a declarar si es o no contrario. En el último caso se promulgará y tendrá fuerza de ley". En definitiva, la negativa a la sanción de un proyecto de ley por parte del presidente con base en su consideración como inconstitucional, con la subsiguiente posición contraria del Legislativo, desencadenaba un conflicto que había de cerrar desde parámetros estrictamente jurídicos la Corte Suprema.

Con mayor claridad aún, como bien dice Salgado Pesantes,[69] la Constitución de 1878 incorporó el mismo mecanismo. De conformidad con su artículo 60: "Si el proyecto de ley fuere objetado como contrario a la Constitución, y las Cámaras legislativas insistieren en él, el Poder Ejecutivo lo remitirá inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia, para sólo el efecto de que declare si es o no contrario a la Constitución, y si se resolviere no serlo, se pondrá en ejecución en el acto".

Lejos de quedar asentado definitivamente este control jurisdiccional, la Constitución de 1906 lo ignoró y, en línea con la Carta de 1851, retornó a la creación del Consejo de Estado, una especie de órgano consultor del Ejecutivo de impronta francesa,[70] al que se encomendaba de nuevo "velar por la observancia de la Constitución y las leyes", función a la que ahora se añadía la de "proteger las garantías constitucio-

---

[69] Hernán Salgado Pesantes: "El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador", en *Una mirada a los tribunales constitucionales,* o. cit., pp. 167 ss.; en concreto, p. 168.

[70] Ibídem, p. 170.

nales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda".

La mixtura e hibridación que han venido caracterizando la justicia constitucional en Ecuador encontraría adecuada manifestación en la Constitución de 1929, que, por un lado, en sintonía con los textos de 1851 y 1906, mantuvo la institución del Consejo de Estado y su función de velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, a la que se añadió la de declarar la nulidad de los decretos y reglamentos inconstitucionales e ilegales, mientras que, por otro, siguiendo lo previsto en las Cartas de 1869 y 1878, restableció el control jurisdiccional de la Corte Suprema respecto de los proyectos de ley tachados de inconstitucionales por el presidente de la República, o también por el propio Consejo de Estado, frente a la opinión contraria del Congreso.

Por todo lo expuesto, parece claro que en Ecuador es más dificultoso que en cualquier otro país latinoamericano proceder a discernir unas fases o etapas más o menos coherentes en relación con el control de constitucionalidad. Las alternativas radicales no se limitarían al siglo XIX, sino que se reiterarían en las Cartas constitucionales del XX; ejemplo paradigmático de ello sería la temprana recepción del Tribunal Constitucional que, con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, aparecería en la Constitución de 1945 para tener una vida efímera de apenas un año. La gran paradoja vendría dada por el hecho de que la variedad de mecanismos de control que, por ejemplo, contemplaría la Carta de 1929 no se traduciría en la efectividad del control de constitucionalidad. Como bien advierte Lösing,[71] sucedería todo lo contrario: el control de constitucionalidad y la protección de los derechos continuarían siendo por entero inefectivos.

IX. En Centroamérica, también el control político fue pauta común en los primeros textos constitucionales, por más que nos ofrezca algunos perfiles propios que tienen que ver con la acusada sensibilidad existente en esta parte del continente respecto de la salvaguarda de los derechos. Recordemos como prueba significativa de ello la propuesta del diputado por Guatemala en las Cortes de Cádiz don Manuel de Llano, tendente a la elaboración de una Ley de Hábeas Corpus del tenor de la que regía en Inglaterra, encaminada al aseguramiento de la libertad individual de los ciudadanos. También podría aportarse como ejemplo de la mencionada sensibilidad la elaboración por el Ayuntamiento de la ciudad de Guatemala de las Instrucciones dadas a su diputado a las Cortes de Cádiz, don Antonio Larrazábal, Instrucciones que incluían una "Declaración de los derechos del hombre", la primera de la América española, y que se sustentaban, como señala García Laguardia,[72] en el espíritu de la ilustración francesa y del liberalismo inglés.

---

[71] Norbert Lösing: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, o. cit., pp. 293-294.

[72] Jorge Mario García Laguardia: *La reforma liberal en Guatemala*, 3.ª ed., Guatemala: Editorial Universitaria USAC, 1985, pp. 18-19.

En este marco, la Constitución Federal de 1824 encomendaba al Congreso (artículo 69, número 29) "velar especialmente sobre la observación de los artículos contenidos en los títulos X y XI[73] y anular, sin las formalidades prevenidas en el artículo 194, toda disposición legislativa que los contraríe". Dicho de otro modo, toda ley que vulnerara derechos o garantías individuales constitucionalmente reconocidas debía ser anulada de plano, esto es, sin las formalidades previstas por el artículo 194 para que el propio Congreso se pronunciara acerca de si la Asamblea de un Estado había traspasado límites constitucionales. La estructura federal otorgaba una lógica añadida a esa atribución del Poder Legislativo de la Federación, que parecía pensada frente a las posibles disposiciones legislativas vulneradoras de derechos que proviniesen de los Legislativos de los cinco estados integrantes de la Federación (Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala).

Gallardo[74] se ha referido a la probabilidad de que los constituyentes centroamericanos de 1824 pensaran que bastaba reproducir con una cierta semejanza los términos del artículo 3.º, sección segunda, punto uno, de la Constitución norteamericana (norma que contempla la competencia del Poder Judicial federal, y que en teoría encontraría su equivalente en el artículo 136 de la Carta de 1824) para que la Suprema Corte de Justicia centroamericana pudiese llevar a cabo un control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, el marco normativo era bien distinto, y no sólo por las evidentes diferencias entre las dos normas mencionadas, sino por la inexistencia en la Carta de 1824 de una *supremacy clause* y por el propio significado que entrañaba la atribución que al Congreso hacía el artículo 69, n.º 29, antes comentado.

Es de interés, sin embargo, señalar que el 13 de febrero de 1835, en San Salvador, se suscribía un texto de reformas a la Constitución de la República Federal de Centroamérica,[75] cuya novedad más significativa, en lo que ahora importa, era la introducción en el artículo 189 de una cláusula de supremacía que era casi una copia literal de la norteamericana.[76] Es más que probable que, de haberse aprobado definitivamente estas reformas, el control jurisdiccional de constitucionalidad habría pasado a ser una realidad en Centroamérica; sin embargo, la reforma constitucional de 1835 no entró en vigor al no alcanzar el requisito exigido por el artículo 202 de la Carta de

---

[73] Tales títulos contemplaban derechos y garantías individuales. El texto de la Constitución puede verse en Ricardo Gallardo: *Las Constituciones de la República Federal de Centro-América*, tomo II, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 703 ss.

[74] Ibídem, tomo I, p. 322.

[75] El texto de reformas de 1835 puede verse en Ricardo Gallardo: *Las Constituciones...*, o. cit., tomo II, pp. 739 ss.

[76] A tenor del artículo 189: "Esta constitución y las leyes federales que se hagan en virtud de ella; y todos los tratados, hechos o que se hicieren bajo la autoridad federal, serán la suprema ley de la República, y los jueces, en cada uno de los Estados, están obligados a determinar por ellas, no obstante cualesquiera leyes, decretos u órdenes que haya en contrario en cualquiera de los Estados".

1824 para que una reforma constitucional fuese acordada: aceptación por la mayoría absoluta de los estados por el voto de los dos tercios de los miembros de sus respectivas asambleas legislativas. Las desavenencias entre los cinco estados no eran sino el presagio de la ruptura definitiva de la Federación, para la que resultaría determinante el decreto del Congreso Federal de 30 de mayo de 1838.[77] Tres años después, El Salvador, primer país en adherirse al Pacto Federal, le ponía punto final al aprobar, el 18 de febrero de 1841, su propia Constitución como Estado soberano, siendo el último de los cinco países en abandonar tal Pacto.

X. En México, las influencias de los textos constitucionales franceses y del Código gaditano, por un lado, y de la Constitución norteamericana por otro, se van a suceder e incluso a solapar en la primera mitad del siglo XIX, desde el primer documento de naturaleza constitucional que encontramos en este país, la llamada Constitución de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814,[78] hasta la Constitución yucateca de 1841, en la que encontró carta de naturaleza definitiva el control jurisdiccional de constitucionalidad.

El Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, conocido por lo general como la Constitución de Apatzingán, inspirado en el conocidísimo texto de José María Morelos "Sentimientos de la Nación", expedido en 1813, aun no estando en vigor ni un solo día, supuso, como reconoce Rabasa,[79] un esfuerzo notable para institucionalizar la independencia. En lo que ahora importa, este texto, siguiendo el precedente normativo del artículo 373 de la Constitución de Cádiz, vigente en varias ocasiones en la Nueva España tras su promulgación,[80] que otorgaba a todo español el derecho de representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución, acogía en su artículo 237 un inciso a cuyo tenor "cualquier ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare" (innecesario es decir que del propio decreto constitucional). Aunque la norma no contemplaba la autoridad ante la que podía formularse la reclamación ni el procedimiento para tramitarla, si se atiende, como hace Fix-Zamudio,[81] a su fuente de inspiración, la Constitución gaditana,

---

[77] La Federación, dice Gallardo, expiró por muerte constitucional si se quiere, pues por decreto de 30 de mayo de 1838 el Congreso Federal, reunido en San Salvador, declaró: "Son libres los Estados para constituirse del modo que tengan por conveniente, conservando la forma republicana popular, representativa y división de poderes". Ricardo Gallardo: *Las Constituciones...*, tomo I, o. cit., p. 268.

[78] Su texto puede verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales de México. 1808-1998*, 21.ª ed., México: Porrúa, 1998, pp. 32 ss.

[79] Emilio O. Rabasa: *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 13.

[80] Cf., al respecto, Manuel Ferrer Muñoz: *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

[81] Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3.ª ed., México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 471.

puede concluirse que la denuncia habría podido hacerse tanto ante el Congreso como ante el Supremo Gobierno, poder ejecutivo colegiado previsto por el artículo 132 de la Constitución de 1814.

La influencia francesa se hizo presente con meridiana nitidez en el llamado Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana,[82] ya en el México independiente.[83] Este documento fue presentado al Congreso de Diputados el 16 de mayo de 1823, como un aporte previo a la discusión del proyecto de Constitución federal de 1824, estando entre sus firmantes personajes tan destacados como José del Valle, Servando Teresa de Mier y Lorenzo de Zavala. En su base octava y última se contemplaba la institución del Senado al que, entre otras atribuciones, se le encomendaba "celar por la conservación del sistema constitucional" y "reclamar [al Cuerpo Legislativo o Congreso Nacional] las leyes que sean contrarias a la Constitución o no fuesen discutidas o acordadas en la forma que prescriba ella misma". Ello significaba tanto como la creación de una suerte de Senado conservador de impronta francesa, circunstancia en la que, como recuerda Fix-Zamudio,[84] se basaría Servando Teresa de Mier para fundamentar su voto particular contrario a tal visión del Senado, pues le traía a la memoria el Senado napoleónico, opción que rechazaba para inclinarse por un Senado concebido como segunda Cámara legislativa.

La convergencia de influjos, del modelo político de corte europeo y del modelo jurisdiccional de impronta norteamericana, se produjo en mayor medida que en ningún otro texto mexicano en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824, y en cierto modo también en el Acta Constitutiva de la Federación, suscrita el 31 de enero de 1824.[85] Quizá, como apostilla Fix-Zamudio,[86] la adopción de esta combinación de instituciones para la tutela de las normas constitucionales responda a la falta de una clara comprensión de su alcance.

El influjo norteamericano es bien visible en los dos textos constitucionales precedentes en lo que atañe al Poder Judicial federal. El artículo 18 del Acta dispone que la Federación deposita el ejercicio del Poder Judicial en una Corte Suprema de Justicia y en los tribunales que se establecerán en cada Estado, mientras que el artículo 123 de la Constitución, con más precisión, dispone: "El Poder judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito y en los juzgados de distrito". Esta organización judicial federal se inspiraba sin lugar a dudas en la organi-

---

[82] El Plan puede verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales...*, o. cit., pp. 147-152.

[83] Recordemos que el Acta de la Independencia Mexicana fue suscrita el 28 de septiembre de 1821 en la capital del imperio.

[84] Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, o. cit., p. 472, nota 6.

[85] Ambos textos pueden verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales de México...*, o. cit., pp. 154-161 y 167-195.

[86] Héctor Fix-Zamudio: "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en el colectivo *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, pp. 107 ss.; en concreto, p. 112.

zación judicial norteamericana que en desarrollo del artículo 3.º de la Constitución de 1787 estableciese la *Judiciary Act* de 1789. Bien es verdad que, al insertarse el modelo de origen, la fuente de inspiración, en un contexto histórico secular bien distinto, la Corte Suprema, pese al origen de su diseño, iba a convertirse en la heredera de la Audiencia de México y del Consejo de Indias, en cuanto a sus atribuciones de carácter judicial.[87]

No obstante, el modelo norteamericano se iba a hacer patente de nuevo en el artículo 137 de la Constitución de 1824, cuyo punto V, párrafo sexto, atribuía a la Corte Suprema el conocimiento "de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley", lo que obviamente recordaba la previsión del artículo 3.º, sección segunda, número 1, de la Constitución estadounidense.[88] Ello, en definitiva, suponía institucionalizar el control jurisdiccional, bien que concentrándolo en la Corte Suprema. La realidad, sin embargo, revela que el precepto no llegó a desarrollarse y por lo mismo no tuvo aplicación, no obstante algún intento realizado en orden a que la Corte ejerciera tal competencia constitucional. Así, en 1826, dos magistrados cesantes del Tribunal Superior del Estado de Oaxaca, cuyo cese era el resultado de una ley estatal que redujo la composición de dicho Tribunal, reclamaron ante la Corte Suprema con apoyo en la atribución constitucional que le otorgaba el mencionado punto V del artículo 137. La Corte, de acuerdo con el artículo 165 de la propia Carta de 1824, al que nos referiremos más adelante, consultó al Congreso general, que se pronunció en el sentido de que dentro de las atribuciones de la Corte Suprema no se hallaba comprendida la de conocer de las demandas promovidas contra las leyes de las legislaturas de los estados, de resultas de lo cual, según Tena Ramírez,[89] el control de constitucionalidad quedó sustraído, *de facto*, de la órbita del Poder Judicial federal en general y, en particular, de las atribuciones de la Corte Suprema.

El influjo español de la Constitución de Cádiz está también muy presente en la Carta federal de 1824. Es paradigmático al efecto su artículo 164, a cuyo tenor: "El Congreso dictará todas las leyes y decretos que crea conducentes, a fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten esta Constitución o la Acta constitutiva", norma que recuerda de cerca el artículo 272 de la Carta de 1812. Asimismo, el artículo 165 de la Constitución de 1824 preveía que: "Sólo el Congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de esta Constitución y de la Acta constitutiva". El control político quedaba, pues, firmemente incorporado.

---

[87] Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo,* o. cit., p. 473.

[88] *"The Judicial Power* —reza la cláusula en cuestión— *shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority* […]".

[89] Felipe Tena Ramírez: "El control de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* n.º 46, México, abril-junio 1950, pp. 34-36.

Y, por si las normas inmediatamente precedentes no fueran suficientemente reveladoras de la influencia del modelo gaditano, la Carta de 1824 creaba un denominado Consejo de Gobierno, llamado a actuar durante el receso del Congreso general e integrado por la mitad de los individuos del Senado, órgano al que, en clara concomitancia con la Diputación Permanente de Cortes de Cádiz, se le encomendaba (artículo 116.I) "velar sobre la observancia de la Constitución, de la Acta constitutiva y leyes generales, formando expediente sobre cualquier incidente relativo a estos objetos".

La recepción de modelos tan divergentes no condujo a una mixtura sino, lisa y llanamente, al predominio del modelo político de control, pues fue el Congreso de la Unión el órgano que, con apoyo en el artículo 165 de la Carta federal, terminó asumiendo todo el protagonismo, anulando, como recuerda la doctrina,[90] entre los años 1827 y 1829, varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, por considerarlas contrarias a la Constitución federal.

Otra faceta de la justicia constitucional que por claro influjo norteamericano[91] fue recogida por el artículo 137.I de la Carta Federal de 1824 fue la relativa a las controversias constitucionales entre estados de la Federación. El mencionado precepto atribuyó a la Corte Suprema "conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la Federación, siempre que las reduzcan a un juicio verdaderamente contencioso en que daba recaer formal sentencia, y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro […]".

La conversión del Congreso ordinario convocado para 1835-1836 en Congreso constituyente a fin de "resolver sobre las públicas manifestaciones de cambio de la forma de gobierno" reflejaba fehacientemente el fracaso del sistema federal y abría un nuevo período de corte centralista, cuya formalización quedaría plasmada en las Bases constitucionales expedidas por el Congreso constituyente el 15 de diciembre de 1835, primero, y en las leyes constitucionales del 29 de diciembre de 1836, después.[92]

Como subraya Fix-Zamudio, las leyes constitucionales del 29 de diciembre de 1836 se inspiraron esencialmente en el constitucionalismo francés,[93] y por este motivo introdujeron como órgano básico de la justicia constitucional al Supremo Poder Conservador, deudor hasta en su denominación del *Sénat conservateur* de la Constitución revolucionaria del año VIII. A tal órgano se dedicó la segunda de las siete leyes

---

[90] Jorge Carpizo, José Ramón Cossío Díaz y Héctor Fix-Zamudio: "La jurisdicción constitucional en México", en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* o. cit., pp. 743 ss.; en concreto, p. 750.

[91] A tenor del punto primero de la sección 2.ª del artículo 3.º de la Constitución de 1787: "*The judicial Power shall extend* […] *to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State* […]".

[92] Puede verse el texto de ambos documentos constitucionales en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales...,* o. cit., pp. 202 ss.

[93] Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo,* o. cit., p. 474.

constitucionales. A este órgano, integrado por cinco miembros que no eran responsables sino ante Dios y ante la opinión pública (artículo 17), se le encomendaron atribuciones absolutamente desmedidas, de entre las que, por lo que ahora interesa, cabe recordar la de (artículo 12.I) "declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el supremo Poder Ejecutivo, o la Alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo, en representación que firmen dieciocho por lo menos".[94]

Las resoluciones del Supremo Poder Conservador requerían de la conformidad de tres de sus cinco miembros y tenían validez *erga omnes*.

El carácter desorbitado de sus atribuciones condujo, a juicio de Burgoa,[95] a la conversión de sus miembros en una verdadera oligarquía. La consecuencia de todo ello fue que, no obstante la desobediencia a sus resoluciones era considerada (artículo 15) como un crimen de alta traición, éstas fueron ignoradas o no acatadas por los órganos del Poder Legislativo y del Ejecutivo, con lo que este instrumento de control político de la constitucionalidad se convirtió en uno de los fracasos más rotundos de la historia constitucional mexicana.

La prevalencia del influjo francés no impidió, sin embargo, que se constitucionalizara un instrumento de protección jurisdiccional de uno de los derechos establecidos en la Ley Constitucional primera: el derecho a no ser privado de la propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella, en todo ni en parte (artículo 2.º, III). Tal derecho sólo podía ceder por razón de general y pública utilidad, previa calificación por quienes el propio precepto habilitaba para ello. En todo caso, dicha calificación podía ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la capital, y en los departamentos, ante el Superior Tribunal respectivo, teniendo como efecto el reclamo la suspensión de la ejecución hasta tanto se produjere el fallo judicial pertinente. Este instituto procesal del "reclamo" subsistió en otros ordenamientos posteriores hasta su sustitución por el amparo.

A partir de este momento, se advirtió una clara tendencia a conferir a los tribunales federales y, en particular, a la Suprema Corte de Justicia la facultad de conocer y decidir sobre los conflictos constitucionales, incluyendo los derivados de la violación de derechos constitucionales, y en este sentido Fix-Zamudio[96] señala como un primer paso la proposición de reforma de las Leyes Constitucionales de 1836 contenida en el voto particular atribuido al diputado José Fernando Ramírez y formulado el 30 de junio de 1840.[97]

---

[94] Correspondía asimismo al Supremo Poder Conservador la declaración de nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando fueren contrarios a la Constitución o a las leyes, como también la declaración de nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia en el caso de usurpación de facultades.

[95] Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, 20.ª ed., México: Porrúa, 1983, p. 111.

[96] Héctor Fix-Zamudio: Ensayos *sobre el derecho de amparo*, o. cit., p. 476.

[97] El texto del voto particular puede verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales de México...*, o. cit., pp. 286 ss.

En su voto, el citado diputado se manifiesta en contra de la existencia de "un Poder tan privilegiado como el Conservador", al que califica de "monstruoso y exótico en un sistema representativo popular".

En la parte que en el voto se dedica a la Suprema Corte de Justicia se propugna, como alternativa frente a la supresión del Supremo Poder Conservador, la concesión a la Suprema Corte de una nueva atribución por mor de la cual pase a conocer de aquellas reclamaciones que un cierto número de diputados, senadores o juntas departamentales hagan contra alguna ley o acto del Ejecutivo en cuanto opuesto a la Constitución; dando a esas reclamaciones el carácter de contencioso, se proponía que se sometiesen al fallo de la Corte Suprema de Justicia.

No deja de tener interés alguno de los fundamentos que el diputado José Fernando Ramírez utiliza para sustentar la nueva atribución que pretende se dé a la Corte. A su juicio, la idea ni es enteramente nueva, ni carece de sólidos fundamentos; antes se encuentra apoyada en la razón y en la experiencia. "Una obra moderna, que hizo mucho ruido en Francia (que obviamente no es otra que 'La democracia en América' de Alexis de Tocqueville), casi se ocupa toda en demostrar que la paz y la tranquilidad de la República del Norte no se debe a otra cosa que a la influencia que ejerce en ella su Corte de Justicia. Además de que esta experiencia es una prueba de bulto, sobran razones en que apoyarla". En el aislamiento y la excentricidad respecto de los negocios públicos de los órganos judiciales encuentra el diputado José Fernando Ramírez el mejor fundamento de la imparcialidad de estos órganos, que en la calma de las pasiones resuelven escuchando tan solo la voz de la justicia.

Aunque la implantación del recurso concebido por Ramírez en su célebre voto no pasó de ser un deseo, éste era demostrativo, según Burgoa,[98] de la tendencia cada vez más marcada a establecer un medio de control de la constitucionalidad, un medio —añadiríamos por nuestra cuenta— jurisdiccional.

El fracaso del intento de reforma constitucional de 1840 y la subsiguiente anarquía darían paso a las elecciones a diputados del 10 de abril de 1842 y al inicio, dos meses después, del Congreso general que iba a tener carácter constituyente. El fracaso de este Congreso, disuelto *de facto* el 19 de diciembre por el general Nicolás Bravo, presidente desde el 26 de octubre, como sucesor del general Santa Anna, verdadero mentor de la situación, no obsta en lo más mínimo para reconocer la trascendencia de algunas de las ideas planteadas en este Congreso en relación con el nacimiento en el ámbito federal del juicio de amparo, pues en el ámbito estatal ya era una realidad en el Yucatán desde la Carta Yucateca de 16 de mayo de 1841. Nos detendremos por tanto en los documentos presentados en ese Congreso.

El 26 de agosto se daba lectura al Proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Constitución, como también al voto particular (en realidad, un segundo

---

[98] Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, o. cit., p. 114.

proyecto) elaborado por la minoría de la Comisión (por tres de sus siete miembros: Juan José Espinosa de los Monteros, Mariano Otero y Octaviano Muñoz Ledo). A modo de acuerdo transaccional, los miembros de la Comisión procedían a redactar un segundo proyecto de Constitución (que en realidad era el tercero), que era leído en la sesión del día 3 de noviembre.[99]

El primero de los tres proyectos, en esencia, encomendaba a los órganos políticos la protección de la Ley Fundamental, bien que entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia el artículo 112.V acogía la de conocer de las infracciones de la Constitución y de las leyes, "según se prevenga por ley", cláusula prácticamente idéntica a la del artículo 137.V de la Carta Federal de 1824.

Es, sin embargo, en el voto particular suscrito por la minoría de la Comisión de Constitución donde encontramos las más sugestivas ideas en relación con el instituto procesal del juicio de amparo y la subsiguiente jurisdiccionalización del control; en gran parte, tales ideas provenían de don Mariano Otero, el gran jurista y político de Jalisco, que reiteraría en su conocidísimo voto particular de 1847.

De inspiración federal (frente a la concepción unitaria del Estado del primer Proyecto), el Proyecto de la minoría otorgaba un destacadísimo rol constitucional en orden a la tutela de los derechos individuales reconocidos en los artículos 4.º al 6.º, a la Suprema Corte de Justicia. A tenor del artículo 81.I, todo acto de los poderes Legislativo o Ejecutivo de alguno de los estados dirigido a privar a una persona de alguna de las garantías otorgadas por la Constitución podía ser reclamado por el ofendido ante la Suprema Corte de Justicia, la cual, por mayoría absoluta de votos, habría de decidir definitivamente del reclamo o recurso. La mera interposición del recurso habilitaba a los tribunales superiores respectivos a suspender la ejecución del acto en cuestión. El reclamo debía hacerse dentro de los quince días siguientes a la publicación de la ley u orden, en el lugar de residencia del ofendido.

Como advierte Fix-Zamudio,[100] en este precepto se descubren algunos de los lineamientos esenciales de la creación del derecho de amparo en el Acta de Reformas de 1847, puesto que, con el nombre de *reclamo* (ya utilizado, como se dijo, para calificar la instancia judicial en 1836 y en el proyecto de reformas de 1840) se estableció un medio de impugnación ante la Suprema Corte de Justicia, de manera específica, para que decidiera sobre la violación de los derechos individuales de carácter constitucional realizada por los órganos Legislativo y Ejecutivo de los estados o entidades federativas, excluyendo las de carácter federal.

Junto con el control judicial al que acaba de aludirse, el propio proyecto de la minoría contemplaba otro mecanismo de control de constitucionalidad, bien que de

---

[99] El texto de los tres proyectos de Constitución puede verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales de México. 1808-1998*, o. cit., pp. 304-402.

[100] Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo*, o. cit., pp. 478-479.

naturaleza política, respecto de las leyes del Congreso general, esto es, de las leyes federales. Si dentro del mes posterior a la publicación de una de estas leyes ella fuere reclamada como anticonstitucional por el presidente de acuerdo con su Consejo, por 18 diputados, por seis senadores o por tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que debía hacerse el *reclamo*, había de mandar la ley a la revisión de las legislaturas de los estados, que disponían de tres meses para dar su voto, el cual había de ser remitido a la Corte Suprema al solo efecto de que ésta publicara el resultado, de acuerdo con la decisión de la mayoría de las legislaturas estatales.

El control político de constitucionalidad de las leyes federales no dejaba de ser un tanto incongruente con el control jurisdiccional a que se sujetaban las leyes estatales. Burgoa,[101] al comparar el modelo de control diseñado básicamente por Otero en 1842 con el que el año anterior había esbozado en el Yucatán Manuel Crescencio Rejón, llega, con razón, a la conclusión de la inferioridad del primero respecto del segundo, pues en el sistema propuesto por Otero en 1842 quedaban fuera del control jurisdiccional de la Suprema Corte los actos del Poder Judicial local y de los tres poderes federales, todo ello al margen ya del hecho de que en el proyecto de 1842 el *reclamo* se contraía tan solo a las violaciones de las garantías individuales, a diferencia del sistema diseñado por Rejón, que lo hacía extensivo a toda infracción constitucional.

El tercero de los proyectos de Constitución, elaborado transaccionalmente por todos los miembros de la Comisión de Constitución, partiendo de una orientación unitaria o centralista, vino a recoger los dos sistemas de garantías contemplados por los dos primeros proyectos, lo que le dio una enorme complejidad.

En resumen, en la etapa analizada, México nos muestra posiblemente la más heterogénea sucesión de fórmulas de control de constitucionalidad, la más decidida vocación, por lo menos en ciertos momentos, de jurisdiccionalizar el control de constitucionalidad y, conjuntamente con Guatemala, la más acusada sensibilidad en la búsqueda de instrumentos procesales de garantía de los derechos constitucionales. Por todo ello, no sería casual ni mucho menos que el control jurisdiccional de constitucionalidad y la salvaguarda asimismo jurisdiccional de los derechos, por intermedio del celebérrimo y fundamental instituto procesal del juicio de amparo, hicieran su acto de aparición en este país, primero en el nivel estatal y más tarde en el nivel federal.

3. El control jurisdiccional de la constitucionalidad en América Latina

I. El modelo estadounidense de la *judicial review* fue conocido en Latinoamérica tanto por la difusión de los famosos textos reunidos bajo el rótulo de *The federalist papers* como, muy especialmente, por la rápida divulgación de la clásica obra de Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cuya primera edición caste-

---

[101] Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, o. cit., p. 119.

llana, traducida por Sánchez de Bustamante, se publicó en París en 1836, tan solo un año después de la primera edición francesa del primer volumen (el segundo aparecería en 1840).

Innecesario es recordar el fundamental capítulo sexto de la parte primera, que Tocqueville dedica al Poder Judicial en los Estados Unidos y a su acción sobre la sociedad política, en el que subraya el inmenso poder político de los jueces americanos, lo que fundamentará en una única causa: "los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales". Encerrado en sus límites, tal poder para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes constituiría, para Tocqueville, "una de las más poderosas barreras jamás levantadas contra la tiranía de las asambleas políticas".[102]

Autor tan relevante como Reyes Heroles ha refutado[103] la tesis tradicional durante mucho tiempo de la poca influencia de *El Federalista* en la evolución constitucional de México,[104] significando, por el contrario, que el conocimiento de *El Federalista* es, tomando en cuenta las magnitudes de la época, hasta popular para la clase política dirigente. Más aún, para Reyes Heroles,[105] Hamilton influyó en el segundo proyecto de Constitución de 1842 (el del voto de la minoría) mucho más de lo que se supone, pues por las mismas fechas Mariano Otero, uno de sus tres firmantes, publicaba unos artículos periodísticos en los que se ponía de relieve el conocimiento que tenía de *El Federalista*. Y otro tanto se puede decir de la obra de Tocqueville. Sabemos, añade Reyes Heroles,[106] que Otero, al igual que Rejón, maneja a Tocqueville por lo menos desde 1841.

En último término, para el connotado historiador mexicano, el primer volumen de *De la democracia en América* influirá decisivamente en la evolución jurídico-política mexicana, ayudando al federalismo mexicano en cuanto, entre otros aspectos: 1) facilita la comprensión del papel y sentido de la Constitución federal; 2) explica la acción del Poder Judicial en el régimen federal, y 3) en unas cuantas páginas resume el juicio constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos.[107]

---

[102] Cf., al efecto, Alexis de Tocqueville: *La democracia en América*, vol. 1, 2.ª reimpr. de la 1.ª ed., en El Libro de Bolsillo, Madrid: Alianza, 1989, en particular pp. 92-97.

[103] Jesús Reyes Heroles: *El liberalismo mexicano*, vol. III ("La integración de las ideas"), 2.ª reimpr. de la 3.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 343-344.

[104] Esta tesis es defendida, por ejemplo, por Gustavo R. Velasco, en el Prólogo de la edición española de *El Federalista* (l.ª edición española de 1943), 1.ª reimpr. de la 2.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1974, particularmente pp. XV-XVII.

[105] Jesús Reyes Heroles: *El liberalismo mexicano*, vol. III, o. cit., pp. 351-352.

[106] Ibídem, p. 353.

[107] Ibídem, pp. 353-354.

II. Es opinión comúnmente admitida, como en su día se encargó de divulgar el gran tratadista norteamericano Eder,[108] excelente conocedor del derecho latinoamericano, que el primer documento constitucional que en esta área geográfica estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes fue la Carta del Estado mexicano del Yucatán, de 16 de mayo de 1841, que a su vez tiene su origen en el proyecto suscrito el 23 de diciembre de 1840 por los diputados yucatecos Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante, bien que la intervención decisiva provenga de Rejón, autor principal, si no único, del proyecto y de la propia institución del amparo.[109]

Rejón diseñó los rasgos fundamentales del juicio de amparo, posteriormente recogidos a escala nacional o federal en el Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso extraordinario constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847,[110] texto que venía a reformar la Carta Federal de 1824; de la citada Acta la institución pasó a la Constitución Federal de 1857, para llegar finalmente a la Constitución de Querétaro de 1917, hoy vigente, como es sabido.

Por todo lo expuesto, está fuera de cualquier duda la influencia norteamericana, del instituto de la *judicial review* en el nacimiento del amparo. Fue incluso —dice Fix-Zamudio—[111] la citada revisión judicial la que se pretendió trasplantar al ordenamiento constitucional mexicano, aunque el nombre de la institución derivara de la influencia hispánica, en concreto, de la figura del *amparo colonial*,[112] un instituto jurídico de la familia de los interdictos posesorios, que encontramos en los textos legales más antiguos tanto de Castilla como de Aragón —en Aragón, en el llamado *procedimiento foral de manifestación de las personas*, similar al hábeas corpus, inglés—,[113] que se transfiere al derecho indiano y pervive en México, según Barra-

---

[108] Phanor J. Eder: "Judicial Review in Latin America", en *Ohio Law Journal*, otoño 1960, pp. 572-573.

[109] Ignacio Burgoa (en *El juicio de amparo*, o. cit., pág. 115) destaca que Manuel Crescencio Rejón juzgó conveniente la inserción en su Carta Política de varios preceptos que instituyeran diversas garantías individuales, si bien su mayor aportación fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o "amparo" como él lo llamó, ejercido por el Poder Judicial, con la ventaja de que tal control se extendía a todo acto *lato sensu* anticonstitucional.

[110] El texto del acta puede verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales de México...*, o. cit., pp. 472-477.

[111] Héctor Fix-Zamudio: Ensayos *sobre el derecho de amparo*, o. cit., p. 482.

[112] Respecto del interdicto de amparo en México, cf. Andrés Lira González: *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México: Fondo de Cultura Económica, 1972. Asimismo, Domingo García Belaunde: "El amparo colonial peruano", en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 2, abril-junio 1996, pp. 95 ss.

[113] Cf., al efecto, Víctor Fairén Guillén: "Consideraciones sobre el proceso aragonés de 'manifestación de las personas' en relación con el 'habeas corpus' británico", en su obra *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Madrid: Tecnos, 1969, pp. 131 ss. Del mismo autor, cf. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México: UNAM, 1971.

gán,[114] nada menos que hasta los años de 1890. En definitiva, parece clara la existencia de una cierta hibridación de influencias.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes estatales bajo la forma procesal del amparo se instrumentalizó ante la Corte Suprema de Justicia del Estado del Yucatán, lo que ya revelaba una más que notable diferencia con la *judicial review* estadounidense: la concentración del control en el supremo órgano jurisdiccional del Estado, también competente para amparar en el goce de sus derechos a quienes demandaran amparo contra los decretos de la legislatura estatal o frente a las providencias del gobernador del estado o del Ejecutivo reunido.[115] Y junto con la diferencia advertida, otra de no menor entidad, resultante del hecho de que, como dice Grant,[116] la regla básica de la *judicial review* es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Éstas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven. Dicho de otro modo con Burgoa,[117] mientras en Estados Unidos el control se verificaba por vía de excepción, en el amparo mexicano se optó por la vía de la acción.

Bien es verdad que a los jueces de primera instancia también se les otorgó una cierta competencia de control de constitucionalidad al declarárselos competentes para conocer de los amparos frente a actos de autoridades distintas del gobernador y de la legislatura que violaran las garantías individuales, y correspondía a su vez a los superiores jerárquicos de los propios jueces conocer de los amparos interpuestos contra sus actos por análogas violaciones constitucionales.

La Carta yucateca también adoptó, sin embargo, el modelo de la *judicial review* norteamericana; su artículo 75, en efecto, estableció: "En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del Congreso del Estado". Conviene subrayar, sin embargo, ya desde este mismo momento, la similitud de tal norma con la previsión del artículo 2.º de un decreto de febrero de 1838, sobre el que volveremos más adelante, de la Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala, que venía a desarrollar procesalmente el principio de supremacía constitucional de los derechos que había sido reconocido por otro decreto, de septiembre de 1837.

En definitiva, la primera recepción que habría de perdurar (pues, como habrá de verse, en rigor, no es la primera cronológicamente hablando) del control jurisdiccional

---

[114] José Barragán Barragán: "Los reales amparos", en su obra *Temas de derechos humanos en las Cortes Españolas de 1810-1813*, Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2.ª ed., 1997, pp. 165 ss.; en particular, p. 167.

[115] Aunque en esta materia el texto del proyecto apenas fue alterado, el texto definitivo de la Constitución vino a exigir algo no previsto en el proyecto: que la infracción de la Carta Suprema por parte de la legislatura o del gobernador contrariara el "texto literal" de las disposiciones fundamentales.

[116] James A. C. Grant: *El control jurisdiccional...*, o. cit., p. 34.

[117] Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, o. cit., p. 118.

de constitucionalidad muestra bien a las claras que está lejos de ser una mímesis del modelo norteamericano, que si bien es visible en la idea en sí, no lo es en modo alguno, por muchas y muy buenas razones, en su articulación procesal. En ésta, hallamos una serie de aportaciones que en algunos casos encuentran, como veremos, antecedentes más remotos en la propia Latinoamérica, y que, desde luego, a nuestro juicio, contribuyen, por así decirlo, a enriquecer y dar una mayor complejidad al modelo de origen.

III. Nos acabamos de referir a la existencia de antecedentes en la recepción del control jurisdiccional. Ya hemos visto que los hay claramente en México, pero también fuera de este país. ES en Guatemala donde apreciamos similitudes notables en un período muy próximo, por otra parte, al momento de la constitucionalización del control jurisdiccional en el Yucatán.

Hemos de comenzar recordando que en las reformas de 1835 a la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 se incluía una *primacy clause* a la que ya nos referimos. Ciertamente, esas reformas no llegaron a entrar en vigor, pero el tema del control jurisdiccional de las leyes encaminado a salvaguardar la primacía de la Constitución preocupaba en amplios sectores de la clase política.[118]

En su Mensaje a la Asamblea Legislativa, al inicio de sus sesiones en 1833, el jefe del estado guatemalteco, doctor Mariano Gálvez, en el marco de un agudo conflicto entre Legislativo y Ejecutivo, afirmaba que la paz "es inconcebible mientras la Constitución política sea un simulacro burlado en nombre de las leyes secundarias, emanadas de tronos corrompidos erigidos en tiempos de barbarie".

En este marco contextual, la Asamblea Legislativa del estado de Guatemala, el más importante de la Federación, promulgaba el 11 de septiembre de 1837 la "Declaración de los derechos y garantías que pertenecen a todos los ciudadanos habitantes del estado de Guatemala",[119] primera declaración de derechos de la historia republicana guatemalteca. Su artículo 5.º disponía de modo rotundo lo que sigue: "Que toda determinación sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si ataca alguno o algunos de los derechos naturales del

---

[118] Buen reflejo de esta preocupación son los párrafos que transcribimos de la carta que el doctor Mariano Gálvez, jefe del Estado de Guatemala, escribía el 19 de noviembre de 1837 a don Pedro Molina, anterior jefe de Estado: "Ha leído Usted 'La Democracia en América' , que he puesto en sus manos, y Usted habrá visto en ella el remedio que tienen todos los Estados Unidos del Norte para anular el efecto de las leyes inconstitucionales, remedio eficaz, y sin los inconvenientes gravísimos de que el Ejecutivo se haga superior al Cuerpo Legislativo. Los jueces y tribunales, en cada caso, a reclamación de parte, juzgan por la Constitución y no por la ley contraria a ella. ¿No podremos nosotros hacer lo mismo, cuando hemos querido imitar las instituciones del Norte?". Citado por Jorge Mario García Laguardia: *La defensa de la Constitución*, Guatemala y México: Universidad de San Carlos de Guatemala y UNAM, 1983, pp. 52-53.

[119] El texto de la declaración puede verse en Jorge Mario García Laguardia: *La defensa de la Constitución*, o. cit., pp. 83-86.

hombre, o de la comunidad, o cualquiera de las garantías consignadas en la ley fundamental es *ipso iure* nula, y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla".

Unos meses después, en febrero de 1838, la propia Asamblea Legislativa aprobaba otro decreto encaminado a articular procesalmente la defensa de la primacía constitucional, particularísimamente de su contenido material más importante: los derechos y garantías de los ciudadanos. El artículo l.º del nuevo decreto significaba: "Ninguna ley contraria a la Constitución puede ni debe subsistir". A partir de esta cláusula, los dos preceptos subsiguientes articulaban el procedimiento que debía seguirse frente a las leyes cuya inconstitucionalidad no ofreciese duda (artículo 2.º) y frente a aquellas otras en las que se plantease como dudosa (artículo 3.º).

Cuando se presentase una ley notoriamente contraria a la Constitución, "los tribunales deberán arreglarse en sus juicios al sentido claro de lo fundamental, informando enseguida al Cuerpo Legislativo". La cláusula, anticipo en alguna medida del artículo 75 de la Constitución del Yucatán, como ya se dijo, es claro que faculta a los jueces para inaplicar las leyes que consideren notoriamente contrarias a la Constitución, pues no en otro sentido ha de entenderse que el juicio debe acomodarse al sentido claro de lo fundamental, que es tanto como decir *de lo constitucional*. Cierto es que, pronunciada la correspondiente sentencia, el juez debe informar en seguida al cuerpo legislativo, lo que es perfectamente coherente con el papel protagónico que el Poder Legislativo seguía teniendo a la hora de velar por la Constitución en general y, muy particularmente, como ya se dijo en su momento respecto a la Carta Federal Centroamericana de 1824 y a las reformas de 1835, por la observancia de aquellos títulos constitucionales que acogían los derechos y garantías individuales. En último término, todo ello era tributario de la mixtura de influencias, francesa y norteamericana, que en muchos casos se solaparon en esa época e incluso en etapas muy posteriores en distintos países del área.

En los casos dudosos, el artículo 3.º habilitaba a los tribunales y a cualquier ciudadano para pedir a la Asamblea la declaratoria correspondiente, "sin perjuicio de que dichos tribunales resuelvan desde luego, según entienden de justicia, y por su propio convencimiento". Es decir que, aunque correspondía al cuerpo legislativo aclarar la duda correspondiente, haciéndolo *pro futuro*, "sin que pueda tener jamás un efecto retroactivo" (decía el artículo 4.º del propio decreto de 1838), ello no obstaba en lo más mínimo para que los tribunales resolviesen "en justicia" —esto es, inaplicando la ley inconstitucional por su contradicción con los derechos, si así la consideraban.

El control jurisdiccional de constitucionalidad fue una realidad entre 1838 y 1845, es decir, durante los años de vigencia del régimen liberal; con la caída de éste, que presenta cierta coincidencia en el tiempo con la quiebra de la Federación Centroamericana, la idea fue abandonada. Como advierte García Laguardia,[120] los gobiernos de

---

[120] Jorge Mario García Laguardia: *La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional de Guatemala. Orígenes y Competencias*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y

la restauración conservadora desconfiaban de la revisión judicial, lo que da pleno sentido a una norma tan peculiar como el decreto de 27 de septiembre de 1845, que de modo explícito veda todo conocimiento fiscalizador de los actos del Ejecutivo y del Legislativo por parte de jueces y tribunales. "Ningún acto del Poder Legislativo ni Ejecutivo —señalaba tajantemente su artículo 1.º— está sujeto a la revisión de los tribunales de justicia, los cuales no pueden conocer de la nulidad o injusticia que aquéllos contengan".

Desgraciadamente, habrían de transcurrir más de tres cuartos de siglo para ver de nuevo recepcionado el control jurisdiccional de constitucionalidad en Guatemala, pues la reforma liberal de la década de los setenta, que tendría su reflejo en las Asambleas Constituyentes de 1872 y 1876,[121] plasmaría finalmente en la Constitución de 1879, la de mayor permanencia en la historia guatemalteca, que, asentada en una concepción absolutamente rígida del principio de la división de poderes, ignoró toda referencia al control de constitucionalidad. Habría que esperar a las reformas introducidas en esa Constitución en 1921 para ver incorporado, ya con carácter definitivo, el control jurisdiccional de constitucionalidad.

En efecto, el artículo 93, inciso *c*, de la Constitución, tras su reforma de marzo de 1921, establecía que "dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República, pero de esta facultad sólo podrán hacer uso en las sentencias que pronuncie".

Cabe señalar que en los intentos constitucionales de federalizar Centroamérica que tuvieron lugar a fines del XIX y principios del XX se encuentra asimismo el control jurisdiccional de constitucionalidad. La Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1898,[122] en su artículo 130, disponía que: "los Tribunales en sus resoluciones aplicarán de preferencia la Constitución a las leyes y éstas a cualquier otra disposición". Y la Constitución Política de la República de Centroamérica de 1921,[123] que integra a Guatemala, El Salvador y Honduras, no sólo reitera en su artículo 129 la cláusula acogida en Guatemala, en marzo de 1921, en el artículo 93.*c* de la Constitución reformada, sino que en su artículo 130, dando un paso más, prevé la posibilidad de entablar ante la Corte Suprema de Justicia Federal el recurso de inconstitucionalidad de una ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los tribunales, por

---

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, n.º 8, 1994, pp. 29 ss.; en concreto, p. 32.

[121] Cf., al efecto, Jorge Mario García Laguardia: *La reforma liberal en Guatemala*, 3.ª ed., Guatemala: Editorial Universitaria USAC, 1985, pp. 39 ss., y 149 ss., respectivamente.

[122] El texto de la Constitución de 1898 puede verse en Ricardo Gallardo: *Las Constituciones de la República Federal de Centro-América*, o. cit., tomo II, pp. 773 ss.

[123] El texto de la Constitución Política de la República Centroamericana puede verse en Ricardo Gallardo: *Las Constituciones...*, o. cit., tomo II, pp. 809 ss.

toda persona a quien se perjudique en sus legítimos derechos, por su aplicación en un caso concreto.

Las dos Constituciones federales no fueron sino intentos parciales (pues en ningún caso pasaron de estructurar federalmente más de tres Estados centroamericanos: Honduras, Nicaragua y El Salvador, la Carta de 1898; Guatemala, El Salvador y Honduras, la de 1921) y fallidos de vertebración federal de Centroamérica. En todo caso, el último de los textos no deja de presentar interés al contemplar, en lo que ahora interesa, un recurso directo de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia Federal.

En lo que se refiere a Guatemala, las líneas generales del control difuso e incidental se mantendrían en las distintas reformas y textos constitucionales (reformas constitucionales de diciembre de 1927 y julio de 1935 y Constituciones de 1945 y 1956). La mayor novedad se suscitaría en la Constitución de 1945, cuyo artículo 50, en la línea que ya se había adelantado en 1837-1838, estableció la nulidad *ipso iure* de las disposiciones legales, gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados, cuando los disminuyan, restrinjan o tergiversen. Asimismo, eran declarados nulos *ipso iure* los actos o contratos violatorios de las normas constitucionales. Ello planteaba de modo frontal, como bien dice García Laguardia,[124] la cuestión relativa al control de oficio de la constitucionalidad. Y hacía revivir a su vez lo que había sido una pauta característica del constitucionalismo guatemalteco desde el siglo XIX: la preocupación por la tutela y salvaguarda de los derechos constitucionales frente a todos los actos de cualesquiera poderes públicos que se entendieran violatorios de aquéllos.

En este marco normativo nos situamos ante la Constitución de 1965, que contemplaría uno de los primeros, si es que no el primero propiamente dicho por su estructura orgánica y funciones, tribunales constitucionales de Latinoamérica, inequívoco signo revelador de la sensibilidad guatemalteca en lo que a la búsqueda de mecanismos procesales de defensa constitucional se refiere.

IV. Junto con el antecedente guatemalteco hay que situar las Cartas constitucionales de Venezuela de 1811 y de Cundinamarca del mismo año.

En la Constitución monárquica de la provincia de Cundinamarca, de 4 de abril de 1811, considerada por un amplio sector doctrinal[125] como la primera en el ámbito territorial de lo que más tarde vendría a denominarse *República de Colombia*,[126] se

---

[124] Jorge Mario García Laguardia: *La defensa de la Constitución*, o. cit., p. 55.

[125] Entre otros, Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres ideas constitucionales*, Universidad Externado de Colombia, 1.ª reimpr., Bogotá, 1988, p. 11.

[126] No faltan autores que consideran como primer código constitucional colombiano la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro, suscrita el 15 de agosto de 1810. Cf., al efecto, Horacio Rodríguez Plata: *La antigua Provincia del Socorro y la Independencia*, Bogotá: Biblioteca de Historia Nacional, vol. XCVIII, 1963, p. 50.

estableció el primer precedente de uno de los institutos procesales de control jurisdiccional de la constitucionalidad más sugestivos de Latinoamérica: la acción popular de inconstitucionalidad.

La conformación de este instituto refleja la mixtura de influjos que se van a proyectar sobre el primer constitucionalismo latinoamericano, principios que, a juicio de Uribe,[127] provienen tanto del constitucionalismo norteamericano como de la Constitución francesa del Directorio.

La Carta de Cundinamarca[128] crea un llamado *Senado de Censura y Protección* (artículo 9.º del Título I), compuesto de un presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, "para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquier infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución".

El Senado de Censura y Protección podía parecer un órgano político, pero, como bien subraya Restrepo,[129] no lo era, por cuanto ocupaba el primer lugar en la jerarquía del Poder Judicial. Era en el título VII, relativo al Poder Judicial, donde aparecía contemplado. Su artículo 3.º lo definía como "el primer Tribunal de la Provincia, preferente a todos los demás".

En cuanto órgano encargado de "velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano" (artículo 4.º del título VII), el Senado venía obligado a tomar en consideración cualquier queja o aviso documentado que se le diera, por cualquier poder, funcionario público o ciudadano, de que alguno de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) o alguno de sus miembros hubiera usurpado las facultades de otro u otros, o quebrantado notoriamente alguno o algunos de los artículos de la Constitución.

La Constitución de Cundinamarca venía de esta forma a diseñar una auténtica acción popular que habilitaba a cada ciudadano, con independencia de que ostentara o no un interés subjetivo, para denunciar ante el Senado de Censura, un órgano con funciones jurisdiccionales aunque de integración política, todas aquellas infracciones constitucionales en que incurriera cualquiera de los poderes de la Provincia.

Por otro lado, la Carta de 1811 establecía un nuevo mecanismo de control de constitucionalidad que se vinculaba estrechamente con el procedimiento de elaboración de las leyes. El artículo 24 de su título V (relativo al Poder Ejecutivo) facultaba al Poder Ejecutivo para devolver al Poder Legislativo por inconstitucional toda ley que le fuera presentada por este último para su promulgación y puesta en práctica, cuando

---

[127] Diego Uribe Vargas: *Las Constituciones de Colombia*, vol. 1, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 2.ª ed., 1985, p. 64.

[128] Su texto puede verse en Diego Uribe Vargas: *Las Constituciones de Colombia*, vol. II, 2ª ed., Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985, pp. 349 ss.

[129] Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres ideas constitucionales*, o. cit., p. 15.

considerase que ella se oponía directa o indirectamente a la Constitución, bien por razones sustantivas, bien por vicios formales. En último término, el artículo 25 disponía que "si la ley fuere derogatoria de algún artículo o artículos de esta Constitución", "el Senado tomará la mano para impedir su ejecución". Se establecía de esta forma una suerte de control preventivo de constitucionalidad que se desencadenaba con ocasión de los conflictos entre Legislativo y Ejecutivo suscitados en el procedimiento legislativo, control éste que, como ya tuvimos oportunidad de señalar al referirnos al Ecuador, encontramos de modo muy difuso (geográfica y temporalmente) en América Latina.

La acción popular seguiría siendo contemplada por la segunda Constitución de Cundinamarca, de 1812,[130] bien que ahora se incardinaba de lleno en un modelo de control político, al habilitar a la primera Cámara de la Legislatura, el Senado, como "conservadora de la Constitución" (artículo 76 del título IV), y tal Cámara, ahora sí un órgano político, había de conocer de todas las quejas presentadas por los ciudadanos por supuestas violaciones constitucionales. La vertiente jurisdiccional de la acción popular se había perdido y tardaría bastantes lustros en reverdecer.

La reaparición de la acción popular en Colombia tendría lugar en 1850, bien que en el plano legislativo, y no sería constitucionalizada sino hasta 1910.

La Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850, encomendaba a la Suprema Corte de Justicia de Colombia el conocimiento de las causas directas, abiertas y ciudadanas contra las normas de las cámaras provinciales y de los cabildos parroquiales, por razones de inconstitucionalidad. Los efectos del fallo declaratorio de la inconstitucionalidad se proyectaban *erga omnes,* pues lo que se solicitaba era la anulación de la norma inconstitucional, no su mera inaplicación.

Algún sector de la doctrina[131] ha destacado la similitud material y proximidad temporal entre el modelo acuñado en Colombia en 1850 y el institucionalizado en Suiza en la Constitución de 1848. Sin embargo, a nuestro modo de ver, esa semejanza es muy relativa. Ciertamente, el artículo 105 de la Constitución Federal de ese año facultó al Tribunal Federal para juzgar sobre la violación de los derechos garantizados por la Constitución, cuando las acusaciones le fueran remitidas por la Asamblea Federal. Este recurso indirecto o mediato, que la Constitución de 1874 convertiría en directo (el *staatsrechtliche Beschwerde*, *recours de droit public* o recurso de derecho público), careció de toda eficacia práctica, como recordara Cappelletti,[132] pues sólo una vez, entre 1848 y 1874, la Asamblea remitió al Tribunal una acusación de violación de derechos. Junto con ese recurso, se afirmó en Suiza también un general *richter-*

---

[130] Su texto puede verse en Diego Uribe Vargas: *Las Constituciones de Colombia,* vol. II, o. cit., pp. 581 ss.

[131] Julio César Ortiz: "El sistema de control constitucional en Colombia", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XXIV, n.º 71, mayo-agosto 1991, pp. 481 ss.; en concreto, pp. 492-493.

[132] Mauro Cappelletti: *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale),* Milán: Giuffrè, 1955, pp. 22-23.

liches Prufungsrecht, limitado a las leyes cantonales. Este poder-deber general de los jueces suizos (de corte difuso o norteamericano) de no aplicar las leyes cantonales contrarias a la Constitución Federal era, sin embargo, como destaca de nuevo Cappelletti,[133] la consecuencia implícita del principio *Bundesrecht bricht kantonales Recht*. Es decir, mientras en Suiza el control de federalidad se situaba en la línea del control difuso norteamericano, en Colombia, a nuestro modo de ver, sucedía justamente lo contrario: la Corte Suprema pasaba a monopolizar el control de las normas territoriales (de las provincias y los municipios) con el efecto de que la declaratoria de inconstitucionalidad entrañaba la nulidad de la norma con efectos generales, lo que claramente nos situaba ante un modelo de control concentrado, bien diferenciado del sistema difuso norteamericano.

La acción popular colombo-venezolana de inconstitucionalidad (y la denominamos así porque, por la misma época, sería recepcionada constitucionalmente en Venezuela) se presenta por todo lo expuesto como una de las aportaciones más originales y atractivas de la justicia constitucional latinoamericana. Colombia fue, como corrobora Grant,[134] la primera jurisdicción latinoamericana que permitió acciones populares contra leyes, directamente ante la Corte Suprema, lo que a su vez, como ya se ha dicho, se separaba frontalmente del modelo norteamericano y de algunos otros modelos latinoamericanos, como el mexicano, caracterizados por conceder a la Corte Suprema tan solo un aspecto limitado de jurisdicción original.

Las Constituciones colombianas posteriores a la ley que consagró la acción popular ignoraron este instituto y pusieron el acento en la facultad ejecutiva de objeción por causa de inconstitucionalidad frente a los proyectos de leyes aprobados por las Cámaras (Constitución liberal de 1853, Constitución de la Confederación Granadina de 1858 y Constitución Federal de los Estados Unidos de Colombia de 1863), bien que en los tres casos el conflicto entre Legislativo y Ejecutivo por causa de la supuesta inconstitucionalidad de un proyecto se resolvía sin intervención de ningún otro órgano. Habría que esperar a la importante y longeva Constitución Política del 4 de agosto de 1886,[135] que estuvo en vigor hasta 1991, para ver constitucionalizado un control preventivo que aparece como resultante del veto ejecutivo frente a un proyecto de ley del Congreso sobre el que debe pronunciarse la Corte Suprema. Esta modalidad de control, que se remonta a la Carta de Cundinamarca, aparecería también en Ecuador, en las Constituciones de 1869 y 1878, como ya vimos, y también la encontramos en

---

[133] Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 7.ª reimp., Milán: Giuffrè, 1978, p. 54.

[134] James A. C. Grant: *El control jurisdiccional*..., o. cit., pp. 79-80. Cf., asimismo, del propio autor, "Judicial control of the constitutionality of statutes and administrative legislation in Colombia: nature and evolution of the system", en *Southern California Law Review*, tomo 23, 1950, p. 10.

[135] Su texto puede verse en Carlos Restrepo Piedrahita: *Constituciones Políticas nacionales de Colombia*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 341 ss.

algunas Constituciones venezolanas, a partir de la de 1864, todo lo cual ha llevado a Grant[136] a considerar que el control jurisdiccional preventivo es peculiar de los países que en un tiempo formaron la Gran Colombia. Más allá de ello, creemos que esta modalidad de control ha sido incorporada por otros países, a veces, como sucedería en Chile, con consecuencias tan trascendentales como la creación de un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional,[137] con el único fin de resolver los conflictos entre Legislativo y Ejecutivo suscitados con ocasión del procedimiento de elaboración de las leyes.

La Constitución de 1886, siguiendo el Programa conservador de 1876, que, como recuerda Restrepo,[138] proponía como necesario "hacer de la Corte Suprema federal un verdadero poder moderador y guardián de la Constitución", vino a reactivar a la Corte Suprema, cuyo rol había quedado seriamente devaluado en las Cartas de 1858 y 1863, en las que se le atribuyó tan solo, en lo que ahora importa, la facultad de suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los estados, en cuanto fueran contrarios a la Constitución (en 1863 se precisaba que por unanimidad de votos y a petición del procurador general o de cualquier ciudadano); al Senado, al que había de dar cuenta de la suspensión, le correspondía la decisión definitiva sobre la validez o nulidad de dichos actos. La reactivación de la Corte Suprema se canalizó por intermedio del llamado *plan de veto* que Miguel Antonio Caro, el padre de la Carta de 1886, diseñó.

En un primer momento, el propio Caro redactó un artículo en la más pura tradición norteamericana, de acuerdo con el cual los estatutos o leyes contrarios a la Constitución serían nulos y, consecuentemente, no tendrían validez en los tribunales. Sin embargo, en un segundo momento, el propio Caro optó por el citado *plan de veto*, muy arraigado en Colombia y en otros países, como ya se dijo. De acuerdo con esta fórmula de control, si un proyecto de ley del Congreso fuese objetado por el presidente de la República por inconstitucional y las Cámaras insistieran en él, el proyecto había de pasar a la Corte Suprema para que, en el plazo de seis días, decidiera sobre su "exequibilidad" (artículo 90). El fallo afirmativo de la Corte obligaba al presidente a sancionar la ley, mientras que el negativo conducía al archivo del proyecto. La Corte Suprema quedaba, pues, facultada para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales (artículo 151.4.ª).

Aunque la Constitución omitió toda norma que pudiera conducir a los tribunales a la inaplicación de aquellas leyes que consideraran contradictorias con la Norma suprema, lo cierto es que nada impedía que tal facultad pudiese ser establecida en

---

[136] James A. C. Grant: *El control jurisdiccional...*, o. cit., pp. 73-74.

[137] El Tribunal Constitucional surgió por primera vez en Chile de resultas de la Ley de Reforma de la Constitución de 1925, aprobada el 23 de enero de 1970. El Tribunal quedó constituido el 10 de septiembre de 1971.

[138] Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres ideas constitucionales*, o. cit., p. 28.

desarrollo de la Constitución. Y así, la ley n.º 57, de 15 de abril de 1887, dispuso en su artículo 5.º que "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla". Con ello, la norma estaba consagrando el control difuso, pero la vigencia de tal norma sería enormemente fugaz. La ley n.º 153, de 24 de agosto de 1887, sentó justamente el criterio contrario, al eliminar toda posibilidad judicial de inaplicación de una ley dictada con posterioridad a la Constitución por su contradicción con ésta y exigir, por el contrario, su aplicación "aun cuando parezca contraria a la Constitución". El control difuso quedó de esta forma vigente sólo respecto de las leyes preconstitucionales, lo que en realidad, como dice Brewer-Carías,[139] consistía en un ejercicio interpretativo sobre el poder derogatorio de la Constitución respecto de las leyes precedentes.

Con el siglo XX se iba a gestar un proceso que habría de culminar con la constitucionalización de la acción popular. Con fundamento en el acto reformatorio n.º 9, de abril de 1905, era convocada una Asamblea Nacional que cinco años después llevaba a cabo la reforma de la Constitución. La Asamblea Nacional, a través del acto legislativo n.º 3, de 31 de octubre de 1910,[140] procedía a una profunda modificación constitucional que, en lo que ahora interesa y según Restrepo,[141] venía a culminar todo el proceso de noventa y nueve años abierto con la Constitución de Cundinamarca de 1811, orientado a la afirmación constitucional explícita del principio de supremacía constitucional, íntimamente unido al establecimiento de un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad.

El artículo 40 del título XV, tras la reforma, prescribía de modo rotundo: "En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Y el artículo 41, tras confiar a la Corte Suprema de Justicia "la guarda de la integridad de la Constitución", le confería la facultad de: "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

La acción popular de inconstitucionalidad quedaba de esta forma constitucionalizada en Colombia en 1910. Su advenimiento, como ha señalado Grant, nulificó en la práctica la importancia real del procedimiento de veto. Baste señalar que en el medio siglo subsiguiente la Corte Suprema conoció de casi dos centenares de acciones po-

---

[139] Allan R. Brewer-Carías: *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 11.

[140] Su texto puede verse en Carlos Restrepo Piedrahita: *Constituciones Políticas nacionales de Colombia,* o. cit., pp. 416 ss.

[141] Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres ideas constitucionales,* o. cit., p. 55.

pulares contra leyes, con el resultado de que en más de la cuarta parte de los casos el actor logró de la Corte la anulación total o parcial de la norma legal impugnada.[142]

El modelo colombiano, siempre bajo la vigencia de la Carta de 1886, fue modificado en distintos momentos, como en 1945, 1960 y 1968, pero, en su esencia, continuó caracterizado por ser un control jurisdiccional que, según los casos, se encomendaba a la Corte Suprema, al Consejo de Estado o a todos los órganos jurisdiccionales de la República, y por abarcar de forma integral todos los actos del Estado. Como instituto más peculiar perduró la acción popular (que, según los supuestos, se conoce como pública o ciudadana), que habilita a todo ciudadano para impugnar ante la Corte Suprema, por la vía principal de acción pública, directa o abierta, y sin necesidad de demostrar interés subjetivo alguno o de hallarse vinculado a un proceso, cualquier ley o decreto con fuerza de ley que estime contraria a la Constitución; la Corte Suprema decidirá con carácter definitivo, esto es, con fuerza de cosa juzgada y con efectos *erga omnes*.

V. En los antecedentes históricos a que aludíamos hemos de incluir la Constitución de Venezuela de 1811.[143] Su artículo 227 no sólo contempló una *supremacy clause* en la línea de la Constitución norteamericana, sino que, yendo incluso más allá, estableció la consecuencia de tal primacía: "las leyes que se expidieren contra el tenor de ella (de la Constitución) no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción".

La sanción de nulidad de toda ley contraria a la Constitución se consagró en términos aún más rotundos por el artículo 199, norma de cierre del capítulo VIII, relativo a los derechos del hombre, respecto de aquellas leyes que expidieran la legislatura federal o las provincias en contradicción con la declaración constitucional de derechos.

Si a todo ello se añade que el artículo 115 atribuía al Poder Judicial de la Confederación el conocimiento de todos los asuntos contenciosos (civiles o criminales) derivados del contenido de la Constitución, se podían considerar sentados los fundamentos para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad. La Roche llegó a hablar de un período de control implícito que iría de 1811 a 1858.[144]

---

[142] James A. C. Grant: *El control jurisdiccional...*, o. cit., p. 77. Del propio autor, cf., asimismo, "El control de la constitucionalidad de las leyes a petición del Ejecutivo previamente a la promulgación: la experiencia de Colombia", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, enero-marzo 1947. Grant subraya (p. 262) la mucho mayor variedad de materias abarcada por las acciones respecto a los casos de veto.

[143] El texto puede verse en Allan R. Brewer-Carías: *Las Constituciones de Venezuela*, San Cristóbal (Venezuela) y Madrid: Universidad Católica del Táchira, CEC e IEAL, 1985, pp. 179 ss.

[144] Humberto J. La Roche: "La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (Universidad Externado de Colombia), o. cit., pp. 495 ss.; en concreto, p. 503.

Es verdad que, paralelamente, y en sintonía con lo que sería la pauta general de la primera etapa del constitucionalismo latinoamericano, la Carta de 1811 estableció también un sistema de control político respecto de las leyes provinciales, que habían de someterse siempre al juicio del Congreso "antes de tener fuerza y valor de tales en sus respectivos departamentos" (artículo 124 en conexión con el artículo 71).

Obviamente, la Carta de 1811 no tuvo aplicación significativa, lo que no obsta para que constituya un importante precedente al que atender.

La constitucionalización de la acción popular en Venezuela tiene mucho que ver con la conformación constitucional en 1858 de una suerte de *federalismo moderado*, en expresión de Ayala,[145] que hizo renacer y ampliar la autonomía de las provincias, lo que lógicamente se tradujo en el incremento de las facultades de las asambleas provinciales, circunstancia que propició, según Ruggeri,[146] que los constituyentes temieran, no sin cierto fundamento, que tales asambleas invadieran competencias propias del poder nacional. En este contexto encuentra su última *ratio* la atribución a la Corte Suprema de la facultad de conservar incólume el pacto constituyente. A tal efecto, el artículo 113.8.ª de la Constitución de 1858 atribuyó a la Corte Suprema la facultad de "declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución".

Se institucionalizaba así una acción en vía principal, abierta a su presentación por cualquier ciudadano y de la que había de conocer en exclusiva la Corte Suprema, teniendo por objeto asimismo exclusivo los actos legislativos provinciales. La Constitución venezolana de 1858 se convertía así, como bien señala Brewer-Carías,[147] en pionera en la consagración del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, control que, aunque no iba a corresponder a un órgano *ad hoc*, sí se concentraba en un único órgano, la Corte Suprema, que pasaba a monopolizarlo.

La acción popular, no obstante su utilidad, tuvo vida efímera, como destaca Andueza,[148] lo que no es sino la consecuencia de que la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 28 de marzo de 1864,[149] que consolidó la estructura federal

---

[145] Carlos M. Ayala Corao: "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela", en el colectivo *Una mirada a los tribunales constitucionales*, o. cit., pp. 241 ss.; en concreto, p. 246.

[146] Pablo Ruggeri Parra: *La supremacía de la Constitución y su defensa (Jurisprudencia del Alto Tribunal Venezolano, 1870-1940)*, Caracas, 1941, p. 30.

[147] Allan R. Brewer-Carías: *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, Caracas: Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, n.º 2 (Universidad Católica del Táchira), Editorial Jurídica Venezolana, 1994, p. 16.

[148] José Guillermo Andueza Acuña: *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974, p. 46.

[149] El texto de la Constitución puede verse en Allan R. Brewer-Carías: *Las Constituciones de Venezuela*, o. cit., pp. 411 ss.

del Estado, vino a invertir los términos de la Carta de 1858, no sólo al establecer un sistema de protección de la autonomía y de los derechos garantizados a los Estados miembros de la Federación, frente a las posibles invasiones del poder federal o nacional, sino también al suprimir la acción popular, pues, aunque la Alta Corte Federal seguía siendo competente (artículo 92) para declarar la nulidad de todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional violatorio de aquellos derechos, la iniciativa procesal era atribuida ahora a la mayoría de las legislaturas estatales o provinciales.

La Constitución de 1874 atribuyó a la Alta Corte Federal una competencia general para "declarar cuál sea la ley vigente, cuando se hallen en colisión las nacionales entre sí, o éstas con las de los Estados o las de los mismos Estados" (artículo 89.9.ª), previsión que se mantuvo en las Cartas de 1881 y 1891, siendo la Constitución de 1893 la que introdujo mayores innovaciones en la materia, entre ellas: a) la ampliación de los actos objeto de control: toda ley, decreto o resolución inconstitucional, y b) la específica declaración de inconstitucionalidad, y subsiguiente carencia de toda eficacia, de las leyes reglamentarias de derechos constitucionales que los menoscabaren o dañaren.

El diseño dado a la justicia constitucional en 1893, con la sola excepción del período que media entre 1901 y 1904, se mantendría en los textos constitucionales ulteriores, complementándose por el establecimiento cuatro años después, por intermedio del Código de Procedimiento Civil del 14 de mayo de 1897, del control difuso de constitucionalidad, al establecer una suerte de poder-deber de los jueces de acordar la desaplicación de las leyes inconstitucionales al caso concreto sujeto a su decisión.

El control difuso fue ratificado constitucionalmente por la Carta de 1901, que vino además a complementarlo con la facultad que a los jueces concedía de someter a consulta de la Corte Suprema la cuestión de constitucionalidad, facultad que sería eliminada por la Constitución de 1904.

VI. Analizados *in extenso* estos antecedentes del control jurisdiccional de constitucionalidad recepcionado en el Yucatán, que no nos hemos limitado a estudiar en su momento histórico concreto (los decretos guatemaltecos de 1837 y 1838, la Constitución de Cundinamarca de 1811, y la de Venezuela de la misma fecha), sino que hemos proyectado históricamente con ánimo de tener una visión más amplia de las instituciones a las que condujeron, particularmente en el área colombo-venezolana, nos circunscribiremos ahora a la recepción federal del amparo en México, que nos revela las diferencias que pueden derivar de la inserción de un instituto procesal determinado en el ámbito de un sistema jurídico diferente de aquel en el que viene operando dicho instituto.

Por sendos decretos de 22 de agosto de 1846 se convocaba al Congreso a la par que se le otorgaban facultades constituyentes. El 6 de diciembre abría sus sesiones, designando una Comisión de Constitución integrada por cinco miembros, Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero entre ellos. Con fecha de 5 de abril de 1847, la mayoría

de la Comisión formulaba su dictamen,[150] en el que se declaraba que la Carta de 1824 era la única Constitución legítima del país, por lo que su observancia era de cumplimiento obligatorio "mientras no se publiquen todas las reformas que determine hacer el presente Congreso". Frente al dictamen, Mariano Otero formulaba su famoso voto particular. En él, en síntesis, propugnaba que el Acta Constitutiva y la Constitución Federal sancionadas en 1824 fueran observadas, como única Constitución Política de la República, modificadas por un Acta de Reformas integrada por 22 artículos.

Con ligeras variantes, el voto de Otero fue aprobado por el Congreso bajo el rótulo de Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada el 18 de mayo de 1847 y promulgada el día 21.

Aun admitiendo con Burgoa[151] lo incompleto del modelo de control constitucional diseñado por Otero en comparación con el esbozado por Rejón poco tiempo antes, lo cierto es que el voto de Otero no sólo es un valiosísimo documento en la historia del Derecho constitucional mexicano, sino que encierra muy importantes enseñanzas en esta rama jurídica. En todo caso, la más relevante novedad que introduce el voto de Mariano Otero en el constitucionalismo mexicano es la consagración del amparo como instrumento protector de los derechos individuales, cuyo conocimiento se atribuiría a los órganos del Poder Judicial federal. A tenor del artículo 19 del proyecto que se anexa en el voto, incorporado en su literalidad, como artículo 25, al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847:

> Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales [referencia ésta que se explica por el hecho de que la Carta de 1824 no contenía una declaración de derechos], contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos Tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Una comparación del precepto transcrito con el artículo 81.I del proyecto de Constitución de la minoría en el Congreso de 1842, suscrito, como ya se dijo, entre otros, por el propio Mariano Otero, revela, además de la sustitución del vocablo *reclamo* por el, en términos de Tena Ramírez,[152] castizo, evocador y legendario de *amparo,* la ampliación del ámbito de la protección (cabe ahora interponer un amparo cuando la afectación de derechos provenga no sólo de los poderes de los Estados, sino asimismo de los poderes de la Federación) y la atribución del conocimiento del amparo no sólo

---

[150] El dictamen de la mayoría, el "voto particular" de Otero y el acta de 18 de mayo de 1847 pueden verse en Felipe Tena Ramírez: *Leyes Fundamentales de México,* o. cit. pp. 442 ss.

[151] Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo,* o. cit., p. 122.

[152] Felipe Tena Ramírez: *Derecho Constitucional Mexicano,* 19.ª ed., México: Porrúa, 1983, p. 492, nota 7.

a la Corte Suprema de Justicia, sino, mucho más ampliamente, a los tribunales de la Federación.

Con todo, quizá la más significativa aportación de Otero resida en lo que se dio en llamar la *fórmula Otero*. Es decir, Otero diseñó la fórmula jurídica que encierra los efectos de la sentencia recaída en un juicio de amparo: efectos *inter partes*, fórmula que pasó a las Constituciones de 1857 y 1917. Es obvio que la finalidad de tal fórmula no era otra que la de evitar que el órgano judicial efectuase declaraciones generales de inconstitucionalidad.

En los fundamentos de su voto, Otero, muy influido por el pensamiento de Tocqueville,[153] deja meridianamente clara su inspiración en el modelo de la *judicial review* norteamericana. Pretende evitar los conflictos que pudieran surgir entre los poderes de la Federación y, de modo específico, impedir la irrupción del juez en la escena política censurando al Legislativo. "Allí —dice Otero en un determinado pasaje de los fundamentos de su voto, refiriéndose a Norteamérica— el juez tiene que sujetar sus fallos antes que todo a la Constitución; y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con una ley secundaria, aplica aquélla y no ésta, de modo que sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el Poder Legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso particular en que ella debía herir, la hace impotente […]".

A Otero, sin embargo, se le escapa un aspecto importante que tiene que ver no tanto con la *judicial review* cuanto con el sistema jurídico de *common law* en el que aquella se inserta. La base de todo el derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*the rule of precedent*), que fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales (*stare decisis et quieta non movere*). De este modo, aunque formalmente los efectos se circunscriban a las partes de la litis, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo. La vinculación del precedente se acentúa aún más en relación con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. La existencia de un Tribunal Supremo único y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los tribunales jerárquicamente superiores otorga al sistema norteamericano, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, que termina, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente de la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos sea nuevamente aplicada. Como afirma Cappelletti,[154] ciertamente, si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo

---

[153] Héctor Fix-Zamudio: Ensayos *sobre el derecho de amparo*, o. cit., p. 488.

[154] Mauro Cappelletti: "Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé", en la obra de recopilación de artículos del propio autor, *Le pouvoir des juges*, París: Economica y Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 179 ss.; en concreto, pp. 202-203.

norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. Y en igual sentido Grant[155] afirma que en los Estados Unidos una decisión definitiva del Tribunal Supremo por la que declara que una ley es inconstitucional tiene virtualmente idéntico efecto que la abrogación.

El carácter casi sacramental que, como dice Fix-Zamudio,[156] ha tenido la *fórmula Otero*, vino a introducir, *de facto*, un elemento diferencial muy importante respecto del modelo norteamericano. Baste recordar que para formación de jurisprudencia la Ley de Amparo exige, tratándose de la actividad judicial de la Suprema Corte en Pleno, la uniformidad interpretativa y considerativa en cinco ejecutorias o sentencias acerca de una o varias cuestiones jurídicas determinadas, no interrumpidas aquéllas por otra en contrario. Hoy, la mejor doctrina[157] viene reclamando insistentemente la declaración general de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas por conducto del amparo (puesto que ya existe en México esa posibilidad en el artículo 105 de la Constitución, por conducto tanto de la acción abstracta de inconstitucionalidad como de las controversias constitucionales). Pero, en cualquier caso, la cuestión deja planteado el problema de cómo un instituto procesal puede operar de modo diferenciado en función del sistema jurídico en el que se acople.

4. Reflexión final

La evolución histórica, parcial desde luego, que acaba de exponerse es suficientemente expresiva de algunos de los aportes que a la justicia constitucional ha hecho América Latina.

a. La estrecha conexión entre el control judicial de constitucionalidad y la protección de los derechos constitucionales es un primer rasgo a destacar, que va a propiciar el nacimiento de un instituto procesal de garantía de los derechos de tan universal relevancia como es el amparo, que, siendo tributario de la *judicial review* norteamericana, también lo es de la existencia, particularmente en el área geográfica guatemalteco-mexicana, de una preocupación, históricamente muy arraigada, por la búsqueda de instrumentos garantes de los derechos,[158] que encuentra sus fuentes de

---

[155] James A. C. Grant: *El control jurisdiccional...*, o. cit., p. 62.

[156] Héctor Fix-Zamudio: Ensayos *sobre el derecho de amparo*, o. cit., p. 488.

[157] Cf., al efecto, Héctor Fix-Zamudio: "La Justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (Universidad Externado de Colombia), o. cit., pp. 439 ss.; en particular, pp. 461 ss.

[158] En el Preámbulo de la Declaración de los derechos y garantías que pertenecen a todos los ciudadanos y habitantes del Estado de Guatemala, de 1837, se afirma: "Que el primer objeto de todo sistema de administración pública es el de mantener la paz entre los hombres, protegiéndolos en el tranquilo goce de sus derechos naturales".

inspiración en los principios revolucionarios franceses (asimismo en los norteamericanos), pero también en algunos institutos de garantía de origen medieval existentes en los tiempos de la Colonia. Esta mixtura de influencias propició la conformación de este instituto procesal radicalmente nuevo que es el amparo, que durante mucho tiempo (al menos desde 1936 y hasta la reforma constitucional de diciembre de 1994) ha sido en México el único instrumento procesal para combatir, en vía de acción, las disposiciones legales contrarias a la Constitución federal (amparo frente a leyes).

b. El protagonismo que en muchos países latinoamericanos ha asumido la Corte Suprema en lo que al control jurisdiccional se refiere, que permite hablar en muchos de ellos de un verdadero monopolio del control jurisdiccional de constitucionalidad por tal órgano, es otra de las aportaciones significativas que a la justicia constitucional ha dado América Latina. Si se tiene en cuenta que en algunos casos los fallos de la Corte Suprema producen efectos *erga omnes*, se capta en toda su amplitud la trascendencia de tal innovación, que nos sitúa ante el origen del control concentrado de constitucionalidad, el cual puede ubicarse a mediados del siglo XIX en Colombia y Venezuela. El contraste con el modelo norteamericano es patente por cuanto en éste, al igual que en México o en algunos otros países latinoamericanos, sólo se concede a la Corte Suprema una competencia jurisdiccional originaria muy limitada.

Este protagonismo de la Corte Suprema tendría alguna otra consecuencia de enorme relevancia, como el hecho de que propiciaría, y no nos cabe duda alguna de ello,[159] el nacimiento en Cuba del primer Tribunal Constitucional (en sentido material al menos) de Latinoamérica, en 1949. Ese Tribunal se conformó orgánicamente, en la Constitución cubana de 1940, como una Sala de la Corte Suprema, si bien ni por su denominación (Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que recuerda al órgano análogo de la Constitución Española de la Segunda República, de 1931) ni por su estatuto jurídico se presentó como una Sala más del Tribunal Supremo cubano. Tampoco lo fue en modo alguno por sus funciones. Baste ahora recordar que su ley reguladora, la ley n.º 7/1949, de 31 de mayo, le atribuía, entre otras competencias, el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad contra las sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo o por cualesquiera de sus otras tres Salas. El protagonismo de la Corte Suprema, que Cuba acogió del modelo colombiano, condujo a ubicar orgánicamente en su seno el Tribunal de Garantías, aunque éste se halle mucho más próximo a un Tribunal Constitucional que a una Sala de una Corte Suprema.

c. La vinculación en ciertos países del control jurisdiccional de constitucionalidad al enfrentamiento entre Legislativo y Ejecutivo, producido con ocasión de la elaboración de las leyes y formalizado mediante un veto u objeción presidencial por razón

---

[159] Cf., al respecto, Francisco Fernández Segado: "El control de constitucionalidad en Cuba" (introducción a la ley n.º 7, de 1949, de creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales)", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, 2001, pp. 669 ss.

de inconstitucionalidad rechazado por el Congreso, desencadenó una modalidad de control preventivo que, aunque inicialmente circunscrita a Colombia, Venezuela y Ecuador, con posterioridad se expandió geográficamente, y fue precisamente esta modalidad de control la que propició el nacimiento del Tribunal Constitucional en Chile en 1970.

d. La legitimación que se reconoce ya desde mediados del siglo XIX, en Colombia y Venezuela, y que con el tiempo se amplió a otros varios países del área, a cualquier ciudadano, con independencia de que ostentara o no un interés subjetivo, para impugnar todo tipo de actos de carácter general por su supuesta inconstitucionalidad, se tradujo en uno de los institutos procesales más característicos de América Latina: la acción popular de inconstitucionalidad.

e. La pervivencia de elementos propios del modelo de control político de corte francés en países que, sin embargo, se decantaron por el control jurisdiccional de tipo norteamericano, ha posibilitado la existencia de instituciones y procedimientos híbridos, cuando no, lisa y llanamente, la coexistencia de ambos tipos de control.

f. Finalmente, el trasplante de la *judicia1 review* estadounidense, forjada en la tradición jurídica del *common law*, a unos sistemas romano-canónicos anclados en un trasfondo hispánico y portugués de más de tres siglos, no sólo ha producido instituciones peculiares, como es el caso del amparo, sino que ha generado, *de facto*, diferencias incluso en aspectos formalmente indiferenciados (pensemos en lo ya expuesto en cuanto a los efectos de las sentencias de inaplicación, con la relevante diferencia señalada entre, por seguir con el ejemplo, México y los Estados Unidos).

Estas aportaciones latinoamericanas, lejos de agotarse con el paso del tiempo, se han mantenido y aun incrementado con el devenir histórico. La recepción muy generalizada de los tribunales constitucionales nos da ocasión para comprobarlo, al constatar que el control concentrado en estos órganos, por vía principal, coexiste en varios países (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia o Ecuador) con un control difuso que puede realizar cualquier órgano jurisdiccional en virtud de su poder-deber general de inaplicar las normas que, siendo de aplicación en una litis de la que esté conociendo, considere contradictorias con la Constitución. En algún otro país, como es el caso de Chile, el control se concentra en dos órganos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, y diverge en el hecho de que al Tribunal Constitucional le corresponde un control preventivo y a la Corte Suprema un control reparador, esto es, un control con ocasión de la aplicación de la ley.

Cuanto hasta aquí se ha expuesto creemos que justifica sobradamente que pueda hablarse de los notables aportes latinoamericanos a la justicia constitucional y que, asimismo, hayamos considerado con anterioridad que América Latina es un verdadero laboratorio para la justicia constitucional.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) *

El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma **

1. Los prolegómenos del estudio sistemático de la defensa jurídica de la Constitución

Entre la abundante bibliografía que se ocupa de la temática de los instrumentos de control de la constitucionalidad y los órganos orientados a la solución de conflictos de naturaleza constitucional, pueden encontrarse títulos con las más variadas expresiones como *justicia constitucional*, *control constitucional*, *jurisdicción constitucional* o *defensa constitucional*, terminologías que encontraron cierto arraigo a lo largo del siglo XX en muchos países, fundamentalmente europeos.

La expresión *derecho procesal constitucional* fue empleada, a mediados del siglo pasado, por Niceto Alcalá Zamora y Castillo en sus clásicas obras *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional* (1944) y *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947). Sin embargo, dicha expresión no alcanzó una consolidación suficiente sino hasta tiempos relativamente recientes para sistematizar las instituciones y principios jurídico-procesales relacionados con las garantías de la Constitución.

Puede afirmarse que el estudio sistemático de la disciplina, siguiendo la tesis de Alcalá-Zamora, se inicia con el establecimiento de los primeros tribunales constitucionales europeos debido al pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, que en el año de 1928 publicó su ensayo denominado *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justicie constitucionnelle)*, ocho años después de la introducción de la Alta

---

* Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. ‹eferrerm@mail.scjn.gob.mx›.

** El presente trabajo constituye la actualización de la ponencia presentada en el Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, 23 a 25 de septiembre de 2004).

Corte constitucional de Austria (1920), estudio que tuvo un impacto importante en la doctrina europea.

Sin ser Kelsen un cultivador del procesalismo científico, se le atribuye la paternidad de la disciplina no sólo por haber sido el promotor para el establecimiento de la Corte Constitucional en la Constitución austriaca —con lo cual se lo considera fundador del modelo de control concentrado de constitucionalidad—, sino también por haber establecido los lineamientos, principios e instituciones del derecho procesal constitucional, en sus aspectos generales, que con anterioridad no se habían estudiado de manera sistemática. Después de este acontecimiento, la polémica acerca del órgano del Estado que debería realizar la función de protector o defensor de la Constitución, surgida entre Kelsen y Carl Schmitt, agudizó el interés científico por la materia y empezaron a multiplicarse los estudios doctrinales especializados.

No obstante que, en gran medida, el estudio sistemático de la disciplina parte del pensamiento de Kelsen, ya en los albores del siglo XIX se había instituido la revisión judicial norteamericana, que con el célebre caso *Marbury versus Madison*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y redactado por su presidente, John Marshall, en el año de 1803, constituye el paradigma de los sistemas de justicia constitucional y, específicamente, del modelo difuso de control de la constitucionalidad.

En este contexto, desde el punto de vista genérico, existen dos sistemas de solución de los conflictos constitucionales. El primero, que se denomina *austriaco*, *continental europeo* o *concentrado*, parte del criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad, y se caracteriza por encomendar a un órgano especializado denominado Corte o Tribunal Constitucional para decidir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos de autoridad. El otro modelo, denominado americano o d*ifuso, sur*gió en los Estados Unidos —de ahí su nombre— y ha predominado prácticamente en todo el continente americano, aunque con varias modalidades. De acuerdo con este sistema, todos los jueces y tribunales pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, especialmente de las disposiciones legislativas.

En la práctica, los elementos de ambos sistemas aparecen matizados, y en la actualidad no pueden encontrarse en forma pura en virtud de que existe la tendencia a su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos, y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, por lo que se han creado sistemas mixtos que han ido introduciéndose de manera creciente en Latinoamérica. Un claro ejemplo de la aproximación de los dos modelos es la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal federal de mayor jerarquía en el sistema difuso tradicional, pero por conducto de su competencia discrecional denominada *certiorari*, introducida en 1925, se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional, debido a que la mayoría de los asuntos de que conoce tienen carácter eminentemente constitucional —especialmente en materia de derechos humanos— y resuelve menos de cien asuntos por año.

Ahora bien, aun cuando los primeros cimientos del derecho procesal constitucional, según se ha mencionado, fueron aportados por Kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti —que desde perspectivas diferentes se acercaron al derecho constitucional—, no fue sino con los aportes de Héctor Fix-Zamudio cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos, en el año de 1956, la disciplina empezó a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a la luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la Constitución.

Desde sus primeros trabajos, el jurisconsulto mexicano se ocupó de analizar el juicio de amparo mexicano desde la perspectiva de los fundamentos de la teoría general del proceso, destacando que se trata de una institución jurídica de naturaleza y estructura esencialmente procesal. Una de las más importantes aportaciones de Fix-Zamudio respecto de este tema ha sido su tesis acerca de que el juicio de amparo en realidad configura un genuino y auténtico proceso jurisdiccional, la cual se apoya en teorías publicistas, que postulan al proceso como una relación jurídica, cuando esta centenaria institución se venía estudiando esencialmente desde la óptica del derecho constitucional.

Como derivado de sus pioneros ensayos, Fix-Zamudio se ocupa también de la acción y la jurisdicción, los otros dos conceptos fundamentales de la ciencia procesal, adaptándolos a la perspectiva del derecho de amparo. Afirma que la llamada *acción de amparo* constituye una verdadera acción procesal genérica en la cual se formula, por supuesto, una pretensión, entendiendo por tal —apoyándose en la doctrina del procesalista español Jaime Guasp— la declaración de voluntad por medio de la cual se insta la actuación de un órgano jurisdiccional en contra de una persona determinada y diversa del autor de dicha declaración. En relación con la jurisdicción, el investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México advertía desde entonces la existencia de una auténtica jurisdicción constitucional mexicana, en virtud de que, por un lado, el proceso de amparo sólo puede realizarse a través del ejercicio de la acción correspondiente y, por el otro, debido a que la función jurisdiccional constitucional, en principio, se ve realizada por los tribunales de la Federación, toda vez que la intervención de los tribunales comunes sólo puede verificarse, según la propia ley fundamental, en los casos en que sea reclamada la violación de derechos fundamentales relacionados con la libertad personal, y solamente se realiza en auxilio de la justicia federal.

Dadas sus innovadoras consideraciones, se reconoce en Fix Zamudio la reivindicación procesal del juicio de amparo, al introducir en su estudio los conceptos y los principios fundamentales que ofrece la ciencia procesal contemporánea, así como al estudio sistemático de las demás garantías constitucionales, es decir, los instrumentos predominantemente procesales para la defensa de la Constitución.

2. La justificación del derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma

En nuestros días, la aceptación del derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma es cuestionada por importantes juristas, como Gustavo Zagrebelsky o Peter Häberle, quienes estiman que en realidad representa un sector del derecho constitucional. Sin embargo, aunque comparte los principios y estructuras de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del derecho procesal constitucional (tan autónomo como, por ejemplo, el derecho procesal civil lo es del derecho civil), desde cuatro ópticas distintas, a saber: la legislación, la magistratura especializada, la doctrina y el sentido común.

2.1. La legislación

En México, a partir de la reforma al artículo 105 constitucional en diciembre de 1994 y con la expedición de su ley reglamentaria en mayo de 1995, el tradicional juicio de amparo dejó de tener el monopolio de la defensa de la Constitución, al consolidarse un sistema integral de instrumentos procesales para su tutela.

El juicio de amparo tuvo su nacimiento en México (Constitución yucateca de 1841) y fue trasladado y adoptado de manera progresiva por la mayoría de los textos fundamentales iberoamericanos, aunque en algunos de ellos con denominaciones distintas: Argentina (artículo 34), Bolivia (artículo 19), Brasil (*mandado de segurança*, artículo 5.º), Chile (recurso de protección, artículo 21), Colombia (tutela jurídica, artículo 86), Costa Rica (artículo 48), El Salvador (artículo 182.1), España (artículo 53.2), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), Nicaragua (artículo 188), Panamá (artículo 50), Paraguay (artículo 134), Perú (artículo 200), Uruguay (artículo 7.º) y Venezuela (artículo 27).

En la realidad actual, el amparo mexicano, como lo ha afirmado Héctor Fix-Zamudio, comprende cinco instrumentos distintos, que en otros países se prevén de manera autónoma: a) la protección de la libertad e integridad personal (hábeas corpus); b) la impugnación de la inconstitucionalidad de leyes; c) el amparo contra resoluciones judiciales o *amparo casación*; d) el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal o local, y e) el amparo en materia social agraria.

No obstante esta amplia estructura, el tradicional juicio de amparo mexicano resulta hoy insuficiente para lograr una adecuada, completa y eficaz tutela de los derechos fundamentales, lo que ha motivado recientes iniciativas de reforma constitucional y legal, como la que versa sobre derechos humanos presentada por el ejecutivo federal, en abril de 2004, y la de nueva Ley de Amparo (que de aprobarse abrogaría a la actual legislación de 1936), que fundamentalmente abriga el proyecto elaborado por una comisión de juristas (1999-2001) designada por el tribunal pleno de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación para esa finalidad, y convertida en proyecto de ley en 2004.

Entre los novedosos aspectos que contiene ese proyecto de nueva Ley de Amparo destacan cuatro que se prevén en otros ordenamientos iberoamericanos:

a) La ampliación del ámbito de protección del juicio de amparo no sólo a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, sino a "los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado" (artículo 1.º). Lo anterior deriva de lo que se ha denominado el *bloque de la constitucionalidad*, lo que daría una nueva jerarquía normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento mexicano, tendencia que han seguido varios países latinoamericanos.

b) La incorporación del *interés legítimo*, que rompe con el tradicional *interés jurídico* y abre las ventanas a la protección de los denominados *intereses o derechos difusos o transpersonales*. En México se ha avanzado muy poco en esta materia, si se tienen en cuenta las modificaciones que en los últimos años han sufrido los textos constitucionales y legales de varios países latinoamericanos. La protección jurisdiccional de esos derechos sólo se regula en dos Códigos de Procedimientos Civiles locales (de los estados de Coahuila y Morelos), y tibiamente, sin un adecuado tratamiento procesal, para los consumidores (Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1992), en materia ambiental (Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de enero de 1988, así como las diversas leyes sobre la materia expedidas con posterioridad en las distintas entidades de la República mexicana), o las que algunos autores sostienen existen en materia electoral. En esta dirección destacan los esfuerzos por la elaboración del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, presentado en el marco de las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo, 2002), en el que se establecen bases generales que pudieran adoptar los países de la región, sobre los distintos aspectos procesales de esta compleja temática. Resulta relevante que el Código Modelo quedó finalmente aprobado en el marco de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y V Congreso Venezolano de Derecho Procesal (Caracas, octubre de 2004).

c) La declaración general de inconstitucionalidad es una propuesta que Fix-Zamudio realizó desde el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México en 1975, y que quedó reflejada en la conclusión quinta: "La realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas, de la desaplicación concreta de la ley, para consignar en la *declaratoria general de inconstitucionalidad*, tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle una verdadera eficacia práctica".

En la actualidad, la desaplicación de las disposiciones legislativas en el caso concreto y sólo en relación con las partes "viola el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley, que es uno de los valores básicos en un régimen democrático, en cuanto dichos efectos particulares implican que, frente a una ley constitucional, únicamente las personas que cuentan con recursos económicos para obtener el asesoramiento de abogados expertos están excluidas de la obligación de cumplirla en caso de haber obtenido un fallo favorable al haber figurado como partes en los propios juicios de amparo. En tanto que un número generalmente mucho mayor de personas, las que por su limitación de recursos económicos y por su inadecuada preparación cultural no han contado con ese asesoramiento, deben acatar las disposiciones legales contrarias a los preceptos fundamentales" (Fix-Zamudio).

La ley de amparo vigente sólo protege al caso particular, no obstante que en la acción de inconstitucionalidad y en la controversia constitucional los efectos de la sentencia pueden ser *erga omnes*, para lo que se requiere una votación calificada (8 de 11 miembros del pleno).

d) Incorporación de la interpretación conforme de la constitucionalidad de normas generales, que surgió en la legislación y jurisprudencia alemanas, y que actualmente siguen varios tribunales constitucionales latinoamericanos. Si bien este instrumento lo practican los juzgadores constitucionales, en ocasiones no lo realizan de manera consciente, por lo que es preciso introducirlo de manera expresa en la legislación. De este modo se salvaría la constitucionalidad de la norma impugnada mediante la interpretación que al respecto realizara la Suprema Corte de Justicia.

Aunque del proyecto de nueva Ley de Amparo se desprenden importantes avances en materia de protección procesal de los derechos humanos y de defensa jurisdiccional de la Constitución, desde la aludida reforma constitucional de 1994 se estableció en México un sistema integral de control constitucional, que se vio cristalizado en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 11 de mayo de 1995, en la que se crea la *acción de inconstitucionalidad* que tiene por objeto la impugnación abstracta de las normas de carácter general, de competencia exclusiva del pleno de la Corte, semejante a las acciones europeas; y, por otra parte, se ampliaron los supuestos de procedencia de la *controversia constitucional*, que resuelve los conflictos competenciales y de atribuciones entre entidades, poderes u órganos del estado, al ampliarse la legitimación procesal a los municipios.

Este panorama de pluralidad de instrumentos de control de constitucionalidad como el que ahora presenta México es más amplio en algunos ordenamientos iberoamericanos contemporáneos (además de instrumentos similares a los existentes en nuestro país se encuentran regulados otros, como el hábeas data, la cuestión de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión, el control previo de constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, etcétera) y se refleja y desarrolla en leyes procesales específicas.

Incluso, en algunos países existen Leyes o Códigos Procesales Constitucionales que, de manera unitaria y general, regulan los procesos constitucionales, como son los casos de Argentina (ley n.º 8 369 de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos y Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán), Costa Rica (ley nacional n.º 7 135 de Jurisdicción Constitucional), Guatemala (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), y el Perú (Código Procesal Constitucional); además, existen anteproyectos de leyes de jurisdicción constitucional en otros países, como El Salvador y Honduras.

En el ámbito local mexicano, aunque la reforma de 1994 a la Constitución del estado de Chihuahua (artículo 200) ratificó la existencia de un instrumento de control constitucional llamado *recurso de queja* (amparo local), la tendencia de producción de cuerpos unitarios reguladores de la jurisdicción constitucional ha cobrado fuerza a partir del año 2000, al haberse verificado reformas a las Constituciones de los estados de Veracruz (2000), Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el estado de México (2004), en virtud de las cuales se instituyeron diversos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al poder judicial estatal. Particularmente, en los estados de Guanajuato (Ley Reglamentaria de la Fracción XV del Artículo 89 de la Constitución), Tlaxcala (Ley del Control Constitucional), Chiapas (Ley de Control Constitucional) y el estado de México (Ley Reglamentaria del Artículo 88 bis de la Constitución), existen sendas leyes de control constitucional. Este movimiento de unidad legislativa induce a la reflexión sobre la necesidad de crear un Código Procesal Constitucional federal en México.

2.2. La magistratura especializada

De manera progresiva se ha establecido una magistratura especializada en la resolución de los conflictos o litigios constitucionales que realiza una función interpretativa de la normativa constitucional. En América Latina existen órganos *ad hoc* que cumplen dicha función, siguiendo el modelo europeo de control constitucional, denominados cortes o tribunales constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú). En otros casos se han creado salas constitucionales dependientes de las propias cortes supremas (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela). Incluso, en algunos países donde no existen estos tribunales o salas constitucionales, el máximo órgano jurisdiccional ordinario desempeña funciones de control constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, México, Panamá y Uruguay).

En nuestro país, las trascendentes reformas constitucionales y legales, primero de 1987-1988 y después de 1994-1995, incorporaron elementos fundamentales para la configuración de un sistema de magistratura constitucional especializada, al haberse acercado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde un punto de vista material, a un tribunal constitucional.

Por virtud de las reformas que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se modificó el sistema anterior en el que la Suprema Corte de Justicia funcionaba de forma predominante como tribunal de casación, para encomendarle la última instancia de los juicios de amparo y de otras controversias de carácter estrictamente constitucional, y se trasladó a los tribunales colegiados de circuito la decisión de los juicios de amparo en los cuales se plantearan cuestiones de mera legalidad.

Con la mencionada reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, la Suprema Corte de Justicia sufrió una profunda transformación tanto en su estructura orgánica como en su esfera competencial, al haberse aproximado notoriamente a la estructura de los tribunales constitucionales europeos, al reducirse su número de miembros (de 26 a 11) y suprimirse la inamovilidad de los ministros para establecer un periodo de quince años en la duración de su cargo. Dicha reforma también significó la creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano del Poder Judicial de la Federación, dirigido a la realización de las funciones de administración de ese Poder y para velar por el sistema de carrera judicial, lo cual significó descargar las tareas que en materia administrativa tenía la Suprema Corte, que la distraían de sus funciones sustanciales.

Por otro lado, como se ha dicho, con el otorgamiento a la Corte de la atribución exclusiva para conocer de las acciones abstractas de inconstitucionalidad, y la confirmación de la que ya tenía en materia de controversias constitucionales, se introdujo la posibilidad de que emita resoluciones con efectos generales futuros.

Posteriormente, mediante reforma constitucional de 21 de agosto de 1996, junto con la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, se diseñan dos nuevos procesos constitucionales, orientados a la materia electoral: el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, con los cuales se continuó delineando el vigente sistema de control de constitucionalidad mexicano.

Asimismo, la Constitución prevé otros instrumentos, como el juicio político, la facultad de investigación de la Suprema Corte y los procedimientos ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, que si bien no comparten la naturaleza jurisdiccional de los anteriores, representan procedimientos específicos configurados para la defensa de la normativa constitucional, lo que, en principio, impone sean estudiados de manera conjunta y sistemática con los referidos procesos jurisdiccionales.

El 11 de junio de 1999 se verifican otras reformas constitucionales que confirman la tendencia de fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional, al establecerse, en la fracción IX del artículo 107 constitucional, que las resoluciones que se dicten en materia de amparo directo por los tribunales colegiados no admiten recurso alguno, con excepción de los casos en que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y, además, a juicio de la Suprema Corte y conforme a los acuerdos

generales que emita su pleno, entrañen la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo es este específico caso resulta procedente el recurso de revisión, cuya materia se limita exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales; en caso contrario se desecha el recurso. Como puede advertirse, en este último supuesto de amparo directo, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión, a semejanza del *writ of certiorari* estadounidense.

En ejercicio de la facultad que le concede el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución federal, la Suprema Corte de Justicia ha emitido diversos acuerdos generales a través de los cuales ha definido reglas y lineamientos delimitadores de su esfera competencial. Así, por ejemplo, pueden mencionarse los importantes acuerdos plenarios 5/1999 y 5/2001. En el primero se establecen las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo, mientras que en el segundo se determinan los asuntos que conservará para su resolución el Tribunal pleno y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito.

A través de acuerdos generales como los mencionados, la Suprema Corte ha logrado depurar todavía más su carácter de órgano jurisdiccional especializado en materia constitucional.

Aunado al fenómeno de la configuración de una magistratura especializada en el nivel federal, resultan también relevantes las jurisdicciones especializadas en materia constitucional que se están forjando en las entidades federativas de la República mexicana. Realizan dicha función el pleno de los tribunales superiores de justicia (Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala y Nuevo León), o bien una sala superior (Chiapas), o una sala constitucional (Veracruz, Quintana Roo y estado de México).

Además de esta vertiente local de la magistratura constitucional experimentada en México, con el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1998, se inició la configuración de una vertiente internacional o supranacional, al establecerse dicha Corte como órgano jurisdiccional concentrado e intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José —suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969—, que viene a constituirse, junto con sus protocolos adicionales, como una suerte de *lex superior* para los países sometidos al sistema interamericano, la cual sirve como parámetro de control al que puede recurrir el promovente de la queja respectiva. Se caracteriza así un verdadero *amparo interamericano* como un instrumento procesal de defensa de los derechos fundamentales que convive con los sistemas existentes a escala federal y, en su caso, en el ámbito local (estatal).

2.3. La doctrina

A partir del nacimiento de los tribunales constitucionales europeos, en la segunda década del siglo XX, se inició el estudio sistemático de los procesos constitucionales y

de la magistratura especializada para resolverlos. Especialmente en las últimas tres décadas, constitucionalistas y procesalistas han enfocado sus esfuerzos en establecer la denominación, el contenido y los límites del *derecho procesal constitucional* como nueva disciplina jurídica. Hubo avances importantes con la aparición de libros con esta denominación en varios países como Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, Chile, España, México, Nicaragua, Panamá y Perú; al margen de las múltiples monografías sobre procesos constitucionales específicos o, en general, sobre justicia, jurisdicción, control o defensa constitucional. En esta dirección de fomento y proliferación de la literatura sobre la materia se inscribe la recién creada *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (México: Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004).

Asimismo, el *derecho procesal constitucional* se ha venido incorporado con inusitada fuerza a los planes y programas de estudio de diversas facultades, escuelas y departamentos de derecho en México y América Latina, y se han multiplicado los cursos, diplomados, seminarios y coloquios académicos dedicados al estudio y el análisis de sus instituciones.

Derivado de la progresiva importancia de la disciplina en la región, en agosto de 2003 fue creado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el marco del Primer Encuentro sobre la materia, celebrado en la ciudad de Rosario, Argentina. Su antecedente inmediato, el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, había sido instituido desde la década de los ochenta, con los auspicios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Rosario, impulsado por el destacado jurista Néstor Pedro Sagüés, actual presidente del Instituto. La inquietud de sus miembros, en esos primeros meses posteriores a su refundación, se ha patentizado con la organización del Segundo Encuentro, que se celebró en la ciudad de San José de Costa Rica en julio de 2004.

Es previsible que, en los próximos años, se instituyan asociaciones nacionales; clara muestra de ello es la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional, que en el mes de septiembre de 2004 celebró sus VIII Jornadas Académicas, y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, que fue creado dentro del marco del Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional, celebrado en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, los días 23 a 25 de septiembre de 2004, al que asistieron juristas de la más reconocida autoridad en la materia.

2.4. El sentido común

Los anteriores elementos mencionados de legislación, magistratura especializada y doctrina específica, en confluencia con un elemento metajurídico como lo es el *sentido común*, tan precisamente explicitado por Álvaro d'Ors, robustecen la consagración del *derecho procesal constitucional* como disciplina jurídica autónoma, con un objeto de estudio propio e independiente. Apelando a las ideas de este insigne

iusfilósofo, el derecho es ante todo sentido común, pues éste "no se determina por estadísticas plebiscitarias, sino por una simplicidad de la razón individual de cada uno: no es el sentir de las multitudes, sino el de cada hombre no-demente con el que nos podemos encarar a solas. No podrá negarnos que unas cosas vienen de otras por su naturaleza y que por eso mismo tienen una finalidad […]".[1] Basta entonces para un jurista ver sencillamente las cosas como son.

La tesis de D'Ors es útil para afirmar que, si se ha producido una legislación dirigida a la regulación de procesos y jurisdicción constitucionales, si es evidente la expansión de órganos especializados en la resolución de los conflictos constitucionales, y si es ostensible que la doctrina es cada vez más creciente sobre estos temas, la sistematización de ese conocimiento habrá de desembocar en una disciplina jurídica, en este caso, correspondiente con el derecho procesal constitucional. Así como al lado del derecho civil existe un derecho procesal civil, o como al lado del derecho penal hay un derecho procesal penal, es de sentido común pensar que paralelamente al derecho constitucional existe también el derecho procesal constitucional, como parcela jurídico-procesal en la que habrán de sistematizarse los instrumentos, predominantemente de carácter procesal, tendentes a la salvaguarda de las reglas, principios y valores de la normativa fundamental.

3. Los sectores del derecho procesal constitucional

Siguiendo las ideas del maestro Fix-Zamudio, que ha desarrollado notablemente el pensamiento de Mauro Cappelletti, el derecho procesal constitucional 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, por aquellos mecanismos 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.

c) *Derecho procesal constitucional transnacional*. Constituye un sector que cada día adquiere mayores dimensiones debido a la importancia creciente de los pac-

---

[1] Álvaro d'Ors: *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid: Civitas, 1995.

tos y compromisos internacionales, y de la creación de tribunales supranacionales, especialmente aquellos 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 los tribunales constitucionales en el ámbito interno.

d) *Derecho procesal constitucional local*. En la actualidad es posible afirmar la configuración de un nuevo sector del derecho procesal constitucional que puede denominarse *local*, que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Si bien en ciertos países como Argentina y Alemania ha tenido un desarrollo considerable, también en España, mediante la ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, se ha introducido una nueva competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los conflictos en defensa de la autonomía local.

En Alemania 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*".

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, la Constitución yucateca de 1841 (artículos 8.º, 9.º y 62), gracias al pensamiento preclaro de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, y que luego se consagró en el ámbito federal en el Acta de Reformas de 1847 (artículo 25) y en las Constituciones de 1857 (artículos 101 y 102) y en la actual de 1917 (artículos 103 y 107). Como se ha dicho, en la actualidad, el pensamiento de Rejón se ha reivindicado con la creación de instrumentos de control constitucional en algunos estados debido a reformas recientes a los ordenamientos de Veracruz (2000), Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el estado de México (2004).

4. El derecho procesal constitucional mexicano

4.1. El juicio de amparo

En el derecho procesal constitucional mexicano, el juicio de amparo es la garantía constitucional por antonomasia y el instrumento más importante. Hasta antes de la reforma constitucional de diciembre de 1994, el proceso de amparo era el único medio de defensa constitucional con aplicación práctica efectiva.

El juicio de amparo se configuró como el instrumento jurídico-procesal sometido al conocimiento de los tribunales de la Federación y, en última instancia, de la Suprema Corte de Justicia, contra leyes o actos de autoridad que violasen los derechos individuales de índole fundamental, o bien contra leyes o actos de la autoridad federal que invadiesen la autonomía de los estados o viceversa, siempre que se verificase la afectación de un derecho individual. Su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 103 y 107, los cuales se hallan pormenorizados en la Ley de Amparo, reglamentaria de dichos preceptos.

El amparo mexicano se ha ido transformando y ampliando de modo considerable frente a la manera en que se encontraba regulado en la Constitución de 1857. En la actualidad ha llegado a adquirir una estructura jurídica sumamente compleja y, bajo su aparente unidad, comprende diversos instrumentos procesales que, si bien siguen principios generales comunes, tienen aspectos que los particularizan. Como se ha mencionado, los cinco sectores en los que puede clasificarse el estudio del juicio de amparo mexicano son: el amparo para la tutela de la libertad personal, el amparo contra leyes, el amparo casación o contra sentencias judiciales, el amparo administrativo y el amparo en materia agraria.

4.2. La controversia constitucional

Esta garantía constitucional está consagrada en la fracción I del artículo 105, y se encuentra desarrollada por el título II, artículos 10 a 58, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con motivo de la reforma constitucional de diciembre de 1994 se introdujeron importantes modificaciones al texto del artículo 105, al ampliar los supuestos de procedencia de las controversias, las cuales ya se encontraban previstas desde el texto original de la Constitución de 1917 y aun en anteriores textos constitucionales vigentes en el país, pero nunca se significaron en un efectivo medio de control constitucional debido a factores fundamentalmente de índole político-estructural.

Las posibilidades de las controversias, de acuerdo con el puntual análisis que de dicho artículo ha realizado José Ramón Cossío, pueden agruparse en tres hipótesis: a) en primer lugar, los conflictos entre diversos órdenes jurídicos con motivo de la constitucionalidad o legalidad de una norma general o de un acto, como acontece

cuando controvierten la Federación y un estado y el Distrito Federal; el Distrito Federal y un municipio y dos municipios de diversos estados; b) en segundo lugar, aquellos conflictos entre los órganos de diversos órdenes jurídicos por la constitucionalidad o la legalidad de normas generales o de actos, es decir, los surgidos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, o entre un estado y un municipio perteneciente a un estado diverso; c) finalmente, también existen los conflictos entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurídico, cuando se plantee exclusivamente la constitucionalidad de las normas generales o de los actos entre dos poderes de un estado, de un estado y uno de sus propios municipios o entre dos órganos del Distrito Federal.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 105 constitucional, las controversias constitucionales pueden referirse a actos concretos o bien a disposiciones normativas generales de cualquier naturaleza, entendiendo por *disposiciones generales*, desde un punto de vista material, a los tratados internacionales, leyes y reglamentos. Según lo dispone el propio precepto constitucional, las controversias constitucionales no pueden plantearse respecto de leyes o actos de naturaleza electoral.

El conocimiento y la resolución de las controversias constitucionales corresponden, en única instancia, al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyas resoluciones que declaren inválidas las disposiciones generales examinadas pueden tener efectos generales siempre que sean aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos y, en caso contrario, sólo tendrán efectos entre las partes, según se dispone en la mencionada ley reglamentaria.

4.3. La acción de inconstitucionalidad

Un instrumento de control constitucional adoptado por la trascendental reforma constitucional de diciembre de 1994, sin precedentes en la tradición del sistema jurídico mexicano, es la acción abstracta de inconstitucionalidad. Consiste esta garantía en una acción de carácter *abstracto*, lo que quiere decir que para su promoción no se requiere de la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico.

De acuerdo con lo establecido por la fracción II del artículo 105 constitucional, y 62 de la ley reglamentaria, se encuentran legitimados para ejercer dicha acción el equivalente al treinta tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados, de la Cámara de Senadores, de la Asamblea de Representantes (ahora Legislativa) del Distrito Federal, así como de las legislaturas de los estados. También se le reconoce legitimación al procurador general de la República y, después de la reforma constitucional de agosto de 1996, que admitió la impugnación de las leyes electorales, también se otorgó legitimación exclusiva en la materia a las dirigencias nacionales y estatales de los partidos políticos.

El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer y resolver este instrumento procesal en instancia única. Al igual que en las controver-

sias constitucionales, en las acciones de inconstitucionalidad cabe la posibilidad de que las sentencias surtan efectos generales, llegado el caso de que éstas declaren la invalidez de las normas impugnadas y fuesen aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos; en caso contrario, se desestima la acción ejercitada y se ordena el archivo del asunto.

4.4. El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia

Este instrumento de garantía constitucional está previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 97 de la Constitución federal. Según dispone este precepto, la Suprema Corte de Justicia se encuentra facultada para designar a alguno o algunos de sus miembros, o a algún juez de distrito o magistrado de circuito, o bien a uno o varios comisionados especiales, cuando lo juzgue conveniente o lo solicite el Ejecutivo federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de alguna entidad federativa, únicamente con el propósito de que averigüe algún hecho o hechos que se presuman como una grave violación de alguna garantía individual. En virtud de esta facultad, la Suprema Corte también puede solicitar al Consejo de la Judicatura Federal la averiguación de la conducta de algún juez o magistrado del Poder Judicial de la Federación.

Asimismo, esta atribución constitucional de la Corte se extiende a la materia electoral en tanto se encuentra facultada para practicar de oficio la investigación de algún hecho o hechos que se estimen violatorios del voto público, siempre que a su juicio pueda ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión.

El ejercicio de esta facultad de la Suprema Corte se traduce en un simple procedimiento y no en un verdadero proceso, y el resultado de la investigación respectiva culmina con un dictamen elaborado por la Corte, el cual debe hacerse llegar con oportunidad a los órganos competentes.

4.5. El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano

Este medio de control constitucional fue introducido debido a las reformas constitucionales de 1996 (artículo 99, fracción V), y se encuentra reglamentado en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral publicada en el *Diario oficial de la Federación* en noviembre de ese mismo año. Como se desprende de su denominación, la finalidad del juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos es la de tutelar procesalmente esos derechos ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por lo que respecta a la competencia para conocer de este instrumento, éste puede presentarse ante la Sala Superior, en única instancia, cuando se trate de la

violación a los derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, asociarse individual y libremente para tomar parte en los asuntos políticos del país; y, durante el periodo electoral, ante las Salas Regionales del mismo Tribunal, cuando no se entregue al afectado el documento necesario para ejercer el voto, o no aparezca, o se lo haya excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio.

4.6. El juicio de revisión constitucional electoral

Este otro medio de control constitucional en materia electoral fue introducido por el artículo 99 constitucional y por la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral con el objeto de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas, para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante ellos. Se configura como una especie de juicio de amparo en materia electoral.

El conocimiento de este proceso de revisión constitucional corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como del jefe de gobierno, los diputados a la Asamblea Legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal.

Sólo los partidos políticos, por conducto de sus representantes legítimos, pueden promover este juicio, siempre que dichos representantes estén registrados formalmente ante el órgano electoral responsable cuando éste haya dictado el acto o la resolución impugnados; cuando hayan interpuesto el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución impugnada; los que hayan comparecido con el carácter de tercero interesado en el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución combatida; o, finalmente, los que tengan facultades de representación de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo.

4.7. El juicio político

Es una garantía constitucional que consiste en el enjuiciamiento por la Cámara de Senadores, previa acusación que formule ante ella la Cámara de Diputados, a los altos funcionarios de los tres órganos de gobierno por la comisión de infracciones de tipo político, especialmente a la Constitución federal. La consecuencia del fallo condenatorio implica únicamente la destitución o inhabilitación del responsable. Su fundamento constitucional se encuentra, principalmente, en el artículo 110.

De acuerdo con este precepto constitucional, pueden ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de

despacho, los jefes de departamento administrativo, los diputados a la asamblea legislativa del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, el procurador general de Justicia del Distrito Federal, los magistrados de circuito y jueces de distrito, los magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal, los consejeros de la judicatura del Distrito Federal, el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos. Los gobernadores de los estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales sólo pueden ser sujetos de juicio político por violaciones graves a la Constitución federal y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, casos en los que la resolución tendrá únicamente carácter declarativo y se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan en consecuencia.

El procedimiento se encuentra regulado en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que fue parcialmente derogada por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, de marzo de 2002, en lo que se refiere a las responsabilidades de naturaleza administrativa, aunque subsisten los títulos correspondientes a la responsabilidad política y al procedimiento ante el Congreso de la Unión en materia de juicio político.

4.8. El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos (ombudsman)

Si bien, en rigor, los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos no tendrían cabida dentro de la disciplina del derecho procesal constitucional, por cuanto no constituyen instrumentos de carácter procesal, su análisis tiene que incorporarse debido a su estrecha vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos.

Como instrumentos de control constitucional, las funciones de las comisiones de derechos humanos se materializan a través de la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos en el ordenamiento mexicano. De estas atribuciones la más significativa es la de realizar investigaciones, ya sea a petición de los afectados o de oficio, sobre las violaciones de los derechos humanos por actos u omisiones de carácter administrativo de cualquier autoridad o funcionario público (exceptuando por tanto las derivadas de las materias electoral, jurisdiccional o laboral).

Como resultado de la investigación efectuada se deriva la formulación, sea de recomendaciones públicas autónomas o de acuerdos de no responsabilidad. Cuando

el procedimiento culmina con una recomendación, que no tiene carácter obligatorio, la autoridad respectiva debe comunicar al organismo si la acepta, y entregarle posteriormente las pruebas de su cumplimiento. Por otra parte, el propio órgano debe notificar inmediatamente al promovente los resultados de la investigación, la recomendación respectiva, su aceptación y ejecución, o bien, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad.

4.9. Otras garantías constitucionales en el sistema jurídico mexicano

En la actualidad se discute, en atención a un criterio flexible de clasificación, si otros mecanismos podrían ser considerados como auténticas garantías constitucionales en tanto se dirigen a la defensa jurídica del propio ordenamiento constitucional y que, por razón de sistemática y de conveniencia doctrinal, deben ser estudiados en el marco del derecho procesal constitucional. Ejemplos de esos mecanismos son la responsabilidad patrimonial del estado introducida por la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de junio de 2002 (artículo 113, párrafo segundo), en la que se establece que el estado será responsable por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa; o la facultad exclusiva del Senado para resolver las cuestiones políticas que surgieren entre los poderes de un estado cuando alguno de ellos ocurriere con ese fin ante esa Cámara legislativa, o cuando con motivo de ellas se hubiere interrumpido el orden constitucional (artículo 76, fracción VI), caso en el cual el Senado habrá de dictar su resolución con sujeción a la Constitución federal y a la particular del estado de que se trate.

5. Retos y desafíos del derecho procesal constitucional

En el ámbito latinoamericano no puede negarse que el *derecho procesal constitucional* es una realidad en el concierto de las disciplinas jurídicas, y que en el presente se encuentra transitando hacia una nueva etapa, consistente ya no en la mera discusión sobre su existencia o el debate terminológico (justicia o jurisdicción constitucional), sino en definir y delimitar con exactitud lo que habrá de constituir su objeto de estudio.

Dos posiciones antagónicas pueden advertirse: una que defiende un criterio restringido o rígido, y otra que sustenta uno amplio o flexible. Para la primera concepción, el contenido del *derecho procesal constitucional* se limitaría a considerar dentro de su esfera de estudio únicamente los procesos jurisdiccionales de naturaleza constitucional, excluyendo la posibilidad de que en ella queden comprendidos otros instrumentos o procedimientos, es decir, mecanismos no procesales (en estricto rigor del término) de protección constitucional. La segunda concepción admite el estudio tanto de los genuinos instrumentos procesales, cuanto de los procedimientos, siempre que se

encuentren previstos constitucionalmente y la finalidad de todos ellos se dirija a la salvaguarda y la protección del propio ordenamiento supremo.

En el marco del sistema jurídico mexicano, el contenido del *derecho procesal constitucional*, desde el punto de vista restringido, comprendería sólo los instrumentos del juicio de amparo, las controversias constitucionales y los procesos constitucionales en materia electoral (el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral). En cambio, desde el punto de vista flexible o amplio, que podemos afirmar es el que ha venido postulando incansablemente Héctor Fix-Zamudio a lo largo de las últimas décadas, dentro del *derecho procesal constitucional* se encontrarían comprendidos no sólo los acabados de enunciar, sino también otras garantías constitucionales como el procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio político —incluso de estos dos últimos instrumentos cabría plantearse, en primer término, si son genuinos procesos o bien procedimientos—. Desde esta óptica, tanto los procesos como los procedimientos mencionados se encuentran orientados hacia un mismo objeto y guardan una afinidad estrecha, circunstancia que impone su estudio en un mismo contexto disciplinario.

Bajo el prisma del enfoque flexible, conviene reflexionar si cabría la posibilidad de incorporar otros institutos distintos que, previstos constitucionalmente, finalmente redundan en instrumentos protectores de la normativa constitucional, como puede ser, según se ha mencionado, la facultad exclusiva del Senado para resolver contiendas de carácter político entre los poderes de un estado o cuando con motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional local (artículo 76, fracción VI), o bien la responsabilidad patrimonial del estado por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa (artículo 113, segundo párrafo).

Ante estos problemas de indefinición, el *derecho procesal constitucional* tendrá que enfrentar otros no menos importantes que algunos autores, como Domingo García Belaunde, han puesto de relieve; por ejemplo, la existencia de otra disciplina paralela y limítrofe como lo es el *derecho constitucional procesal*, el diálogo de sordos entre procesalistas y constitucionalistas, o la preferencia en denominar a la materia *justicia constitucional* o *jurisdicción constitucional* en el continente europeo, en el que no termina de permear la idea de denominar a la disciplina con la precisa expresión científica de *derecho procesal constitucional*. Éstos son sólo algunos de los múltiples desafíos que habrá de enfrentar y superar la disciplina en los próximos años.

6. Bibliografía especializada

La bibliografía sobre los temas de justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional, o acerca de procesos constitucionales en particular, resulta abrumadora. Con inde-

pendencia de la pionera obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional* (1944), es partir de la década de los ochenta del siglo pasado cuando han venido apareciendo obras que emplean la denominación expresa de *derecho procesal constitucional*. Esta tendencia se ha incrementado de manera notable en los últimos años, especialmente en países latinoamericanos como Argentina, México y Perú. A continuación aparecen esas obras por orden alfabético del país.

6.1. Alemania

BENDA, Ernst, y KLEIN, Eckart: *Lehrbuch des Verfassungsprozssrechts*, 1991.
PESTALOZZA, Christian: *Verfassungsprozessrecht*, 3.ª ed., Múnich: C. H. Beck, 1991.

6.2. Argentina

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires: Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.
GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
— *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales (decreto 15558/2001)*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.
— *Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
— *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.
— *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 1999.
RIVAS, Adolfo A. (dir.) y MACHADO PELLONI, Fernando M. (coord.): *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.
SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional*, tomos I y II: "Recurso extraordinario", 4.ª ed., Buenos Aires, 2002; tomo III: "Acción de amparo", 4.ª ed., Buenos Aires, 1995; tomo IV: "Hábeas corpus", 3.ª ed., Buenos Aires, 1998.
SAGÜÉS, Néstor Pedro, y SERRA, María Mercedes: *Derecho procesal constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.

6.3. Brasil

CATTONI, Marcelo: *Directo processual constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Introdução ao directo processual constitucional*, Porto Alegre: Síntese, 1999.
GONÇALVES CORREIA, Marcus Orione: *Direito processual constitucional*, San Pablo: Saraiva, 1998.

ROSAS, Roberto: *Direito processual constitucional*, San Pablo: Revista dos Tribunais, 1983.

6.4. Costa Rica

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *Derecho procesal constitucional*, San José: Juricentro, 1995.

6.5. Colombia

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., Santa Fe de Bogotá: Temis, 2002.

HENAO HIDRÓN, Javier: *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá: Temis, 2003.

REY CANTOR, Ernesto: *Derecho procesal constitucional, Derecho constitucional procesal, Derechos humanos procesales*, Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 2001.

— *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali: Universidad Libre, 1994.

6.6. Chile

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: *Temas de derecho procesal constitucional*, pról. de Juan Colombo Campbell, Santiago de Chile: Fallos del Mes, 2002.

6.7. España

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho procesal constitucional*, Madrid: Civitas, 1980.

6.8. México

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, pról. de Domingo García Belaunde, México: Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

— *Compendio de derecho procesal constitucional. Legislación, prontuario y bibliografía*, 2.ª ed., México, Porrúa, 2004.

— (coord.), *Derecho procesal constitucional*, pról. de Héctor Fix-Zamudio, 4.ª ed., México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 tomos, 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al derecho procesal constitucional*, pról. de Andrés Garrido del Toral, presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor,

México: -Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundap, 2002.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández, pról. de José F. Palomino Manchego, México: Fundap, 2004.

GIL RENDÓN, Raymundo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, presentación de Luis Ponce de León Armenta, pról. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México: Fundap, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México: UNAM, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, pról. de Domingo García Belaunde, México: Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

Colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México: Porrúa, (2004-)

Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México: Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (n.º 1, enero-junio 2004, y n.º 2, julio-diciembre 2004).

6.9. Nicaragua

ESCOBAR FORNOS, Iván: *Derecho procesal constitucional*, Managua: Hispamer, 1999.

6.10. Panamá

BARRIOS GONZÁLEZ, Boris: *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., Panamá, Portobelo, 2002.

6.11. Perú

CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.): *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2 tomos, 2004.

ETO CRUZ, Gerardo: *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo: Derecho y Sociedad, 1992.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, pról. de José F. Palomino Manchego, 4.ª ed., Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2003.

— *Derecho procesal constitucional*, estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Trujillo: Marsol, 1998.

LANDA ARROYO, César: *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima: Palestra, 2003.

PALOMINO MANCHEGO, José F., ETO CRUZ, Gerardo, SÁENZ DÁVALOS, Luis R. y CARPIO MARCOS, Edgar: Syllabus *de derecho procesal constitucional*, liminar y pról. de Domingo García Belaunde, Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 1999.

Aníbal Quiroga León (Perú) *

El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional **

A Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor de México, Osvaldo A. Gozaíni de Argentina y Domingo García Belaunde del Perú, generosos maestros del derecho procesal iberoamericano y, por sobre todo, amigos; con gratitud.

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de lo más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.

Eduardo García de Enterría: *La invención norteamericana de la 'Judicial Review' y su papel en el sistema*.

Durante el periodo que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix-Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o "jurisdicción

---

* Profesor principal de la Facultad de Derecho y ex editor general de la revista *Derecho-PUC* de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, y codirector de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Abogado en ejercicio. <facderecho@pucp.deu.pe>

** Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Constitucional, organizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario.

constitucional orgánica" y de "jurisdicción constitucional de las libertades", o de la "libertad", como prefiere Fix-Zamudio. Y dentro de esa línea, se agrega a "jurisdicción constitucional transnacional", para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario. […].

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida en que hablemos de "jurisdicción" o "justicia constitucional" o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un "derecho procesal constitucional".

Domingo García Belaunde: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*.

A solución análoga ha de llegarse respecto de Derecho procesal constitucional. Partiendo de la unidad fundamental del proceso y utilizando los conceptos propios del Derecho procesal, ha de estudiarse el conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos de que el mismo conoce. […].

Siendo el derecho procesal constitucional una rama del Derecho procesal, no ofrecerá distintos problemas la determinación de su naturaleza jurídica que la del Derecho procesal en general. […]

Tradicionalmente ha sido considerado el Derecho procesal como un Derecho de carácter secundario instrumental respecto del derecho material. De aquí que se haya llegado a designar *"derecho adjetivo"* o *"derecho formal"* y, concretamente, el derecho procesal constitucional, las normas reguladoras del proceso cuyo objeto son pretensiones fundadas en Derecho constitucional, se ha considerado como instrumental. Su papel es la defensa de la Constitución…"

Jesús González Pérez: *Derecho procesal constitucional*.

Es curioso comprobar cómo hoy los mismos personajes que dieron dura batalla para que no existiera el Tribunal Constitucional en el Perú, y que una vez puesto en la Constitución se opusieron tenazmente para que no se integrara o desapareciera, esos mismos aparecen hoy sustentando y defendiendo un proyecto que pretende dar fortaleza al mismo a costa de esterilizar una importante facultad judicial que exige, además de un estudio más detallado, versado, integral y reflexivo, que nos lleve a un sistema completo y coherente de instrumentos de la defensa y la justicia constitucional a través de un *Código Procesal Constitucional*; y no a través de una apresurada modificación legislativa, que exige, para empezar, de una reforma constitucional para acabar con más de 100 años de tradición constitucional en el Perú.

Aníbal Quiroga León: "La *Judicial Review* en el Perú", *El Comercio*, Lima, 13 de septiembre de 1996.

Introducción

Es menester destacar de partida que esta ponencia tiene como obligado antecedente la presentada al *II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*, en la convocatoria de Rubén Hernández y la generosa hospitalidad de la Sala Cuarta o Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, desarrollada en julio de 2004 en San José.

Dicho texto fue el resultado, a su vez, de repensar y mejorar el trabajo inicial que sobre la materia apareció publicado en el 2001 en el libro colectivo *Derecho procesal constitucional*, obra cuya cuarta edición constó de cuatro tomos, estupendamente coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor y magníficamente editada por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. de México, joven y empeñoso jurista mexicano de consagrado y promisor futuro, quien nos invitó a formar parte del grupo de investigadores cuyos trabajos allí se contienen.[1]

El desarrollo de esta ponencia es de obligatoria temática para quienes, desde hace ya varios años, venimos trabajando de manera decidida el tema del *derecho procesal constitucional* en el Perú, disciplina de la que ya no se discute que tiene perfiles propios, tanto desde nuestra actividad académica iniciada en el segundo semestre de 1985, con el apoyo e impulso de amigos y maestros del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, cuanto de los posteriores e incontrastables trabajos de investigación, con el primordial objetivo de desarrollar —en un primer momento— la definición y adecuada comprensión de los diversos *instrumentos* que el derecho constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control interórganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución. En un segundo momento, se han empezado a desarrollar las características y posibilidades de estos instrumentos orgánicos y de la libertad, para que en su conjunto sean reconocidos como una especialidad de linderos y propios perfiles claramente definidos. A ellos se ha agregado ahora la expresa voluntad de determinar y dar forma al esquema básico de sus características, presupuestos, estructura y funcionamiento.

Esto, que parte de la especial interpretación constitucional,[2] llega a los confines del derecho procesal constitucional desarrollando toda su gama, no siempre bien comprendida, y a veces lamentablemente mal tratada en la norma, en la sentencia o en la vida práctica del sistema jurídico nacional.

Este trabajo permitirá, creemos, avanzar en el análisis detallado de los aspectos más saltantes, los instrumentos y las principales características del novísimo *Código Procesal Constitucional* del Perú[3] (ya en vigencia) y de algunos aspectos de él que nos parecen críticos, que merecen ser prontamente corregidos y mejorados, sin perjuicio de contribuir con el constante debate doctrinario sobre el particular para lograr su mejora en todo sentido.

---

[1] Eduardo Ferrer Mac Gregor P.: *Derecho procesal constitucional*, México: Porrúa, 2003; 4.ª ed., 4 tomos.

[2] Aníbal Quiroga León: "La interpretación constitucional", en *Derecho* n.º 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú. Lima: PUCP, 1985, pp. 323 ss.

[3] Ley n.º 28 237, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de mayo de 2004, y que luego de una *vacatio legis* de seis meses, entrara en vigor el 1 de diciembre del mismo año.

Este texto legal integral de las acciones de control y de las acciones de garantía constitucional era un caro anhelo reclamado en no pocas ocasiones. Así, al mandato constitucional contenido específica e inequívocamente en el sexto parágrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993, que obligaba a concentrar todas estas acciones constitucionales en una *ley orgánica*, se habían sumado diversas voces reclamándolo igualmente,[4] hasta el punto de que, luego de casi 25 años de vigencia en el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho del curso titulado Garantías Constitucionales (idea y obra de Domingo García Belaunde, pionero en el Perú de estos estudios y vinculado básicamente al hábeas corpus y al amparo), a nuestra iniciativa, recogida prontamente por otros colegas, nuestra Universidad rebautizó oficialmente en su plan de estudios esta materia, reemplazando el *nomen iuris* por el que en verdad le corresponde: Derecho Procesal Constitucional.[5]

El Código Procesal Constitucional tuvo, en el Congreso de la República, como antecedentes los proyectos de ley n.os 3346, 3394, 3405, 3427, 3433, 3459, 3450, 3530, 3545, 3594, 3647, 3680, 3697, 3702, 3957, 3982, 4124, 4238, 4288, 4568, 4570, 5011, 5198, 5363, 5926, 6004, 6428, 6440, 6449, 7260, 7370, 7554, 7859, 8317, 8598, 9211 y 9371; habiendo sido dictaminado en la Comisión de Constitución el 30 de marzo, y en la Comisión de Justicia el siguiente 29 de abril del 2004. Su dictamen fue aprobado por amplia mayoría en ambos casos, y la votación del pleno fue bastante alta, como para ser considerada aprobada como ley orgánica sin inconveniente alguno.[6]

Como texto integral y sistemático, recoge un caro anhelo ya expresado desde diversos sectores académicos en el Perú, y sin duda hace justicia al avance y el desarrollo de la doctrina peruana del derecho constitucional y, en particular, de derecho procesal constitucional, como bien lo resalta Domingo García Belaunde,[7] a la sazón presidente de la Comisión de Juristas autoconvocados que tuvo a su cargo la autoría del *Anteproyecto de Código Procesal Constitucional*,[8] que ha sido base,

---

[4] Véase el artículo de opinión "La *Judicial Review* en el Perú", del autor, publicado en el diario *El Comercio*, Lima, 13 de septiembre de 1996, que constituye uno de los primeros reclamos públicos —si no el primero— de llegar a un Código Procesal Constitucional.

[5] El primer *syllabus* o programa desarrollado del curso que, aún bajo el epígrafe "Garantías constitucionales", esbozó una temática completa del derecho procesal constitucional en el Perú reclamando este título, me correspondió hace más de 10 años.

[6] Véase *Diario de Debates*, Congreso de la República del Perú, Lima, marzo-mayo de 2004. El autor desea, además, expresar su agradecimiento por el apoyo y el material brindado con prontitud y generosidad por el señor congresista Antero Flórez-Araoz de Unidad Nacional, hoy presidente del Congreso por derecho propio.

[7] Domingo García Belaunde: "Cómo estudiar derecho constitucional", en *Derecho PUC* n.º 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima: PUCP, 1985, pp. 177-189. Véase también, del mismo autor: *Cómo estudiar derecho constitucional (una década más tarde)*, Lima: Grijley, 2.ª ed., 1999.

[8] *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente*, Lima: Palestra, 2003.

casi al 90%, de la versión final aprobada por el Congreso de la República del Perú en la autógrafa ya reseñada.

Diríamos en primer término que el mérito principal de este Código Procesal Constitucional, además de ser pionero en el ordenamiento interno de una nación en Iberoamérica, es el de concentrar e intentar sistematizar todos los instrumentos del control constitucional orgánico y de la defensa de los derechos fundamentales en el control de las libertades, en un solo texto, con una misma redacción y una misma técnica procesal constitucional. Eso es innegable. Nuestra regulación en materia de hábeas corpus se inicia en 1897, y la que está vigente consta de más de 15 normas diferentes, no siempre conexas, no siempre de fácil manejo para el juez constitucional, para el magistrado judicial o para el operador jurídico. Mucho menos para el justiciable.

Así, en un solo texto normativo se desarrollan —en parte, porque continúa vigente el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo desarrolla— los preceptos del sistema difuso peruano de revisión judicial de las leyes previsto en el artículo 138, 2.ª parte, de la Constitución de 1993, los de la Contienda de Competencia (que el Código da en llamar con poco estilo *proceso competencial*, expresión poco feliz, sin duda) del artículo 203 de la propia Constitución, y todos instrumentos procesales referidos en el artículo 200 del mismo texto constitucional, dos de control: la acción de inconstitucionalidad de las leyes (rebautizada *proceso de inconstitucionalidad*), la acción popular (rebautizada *proceso de acción popular*) y los cuatro de garantía de derechos fundamentales o de la libertad que nuestro sistema provee, a saber: hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y la acción de cumplimiento —todos también prolijamente rebautizados desde una "nomenclatura clásica" (sic) según una nueva y moderna (?) tendencia procesal, según reza su Exposición de motivos—.[9] Así, por lo menos, reza la Exposición de motivos que consta en los proyectos legislativos del Congreso, aportados por la misma Comisión de Juristas.[10]

Sin duda alguna, en algunos casos, como en el hábeas corpus o en el amparo, hay el aporte de la experiencia de casi 25 años de vigencia en el Perú, con niveles más o menos inciertos y no pocas expectativas ciudadanas. Pero en algunos casos hay disposiciones que no se entienden bien y algunos claros retrocesos. Por eso, la idea ahora es desarrollar un profundo estudio del producto ofrecido por esta Comisión de Juristas —este *corpus iuris*, que ya fue promulgado y se encuentra vigente—, cuya autoconvocatoria fue tan meritoria como singular y, sin duda, cerrada y poco democrática, y sin que haya habido mucho tiempo y oportunidad para el debate de las ideas, el aporte de otros sectores y, en definitiva, para concretar (al decir de Hesse o Häberle) aquello de la transparencia y la apertura democrática en el accionar de los sectores

---

[9] *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de motivos, Dictámenes e Índice analítico*, Lima: Palestra, 2004, pp. 133, 152-153.

[10] Véase *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto…*, o. cit., pp. 12, *supra*, 24 y 25.

que habrán de influir en las instituciones nacionales, en este caso, en el esquema de protección, control y protección de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella consagra.

1. El derecho procesal constitucional

En el origen y la definición del concepto de justicia o jurisdicción constitucional podremos encontrar que:[11]

> El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional,[12] surge con el proceso mismo de la constitucionalización

---

[11] Aníbal Quiroga León: "Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano", en AA. VV.: *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima: Fondo Editorial PUC, 1990, pp. 152 ss.

[12] Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, Fix-Zamudio (*Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, como en el trabajo con Jorge Carpizo: "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", en *Revista Parlamentaria Iberoamericana* n.º 2, Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como *justicia constitucional*, en tanto que García Belaunde ("Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", en *Derecho PUC* n.º 35, Lima: P. A. de Derecho de la PUC del Perú, 1981, así como en el ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional*) opta sin lugar a dudas por la de *jurisdicción constitucional*. Kelsen, como bien apunta García Belaunde, las denota indistintamente —quizás por la variedad idiomática o la traducción—. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos, y así serán utilizados como equivalentes, aun cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debamos la opción de García Belaunde en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de *justicia constitucional*, que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor *justicia* dentro del texto constitucional, diferente del valor *justicia* en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (Fix-Zamudio) y un iusfilósofo (García Belaunde) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional en un esquema jurisdiccional. Acerca de la óptica axiológica en el derecho constitucional, se puede ver Francisco Fernández Segado: "La necesaria dimensión valorativa del derecho constitucional", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n.º 1, Madrid: Reus, 1988: Mauro Cappelletti: "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, y Juan F. López Aguilar: "Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España", en *Revista de las Cortes Generales* n.º 12, Madrid: 1987, al propio Héctor Fix-Zamudio: *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*, documento de trabajo, Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional (*La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*), Bogotá: 1977. Véase también el Prólogo de García Belaunde a la obra de Alberto Borea Odría: *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima: Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, 1985, p. 11, así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*, Sousa Calle y Danos Ordóñez en *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima: Cuzco, 1987, pp. 281 ss. Más recientemente, véase Domingo García Belaunde: "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional", en *Libro homenaje a Peter Häberle*, Lima: Grijley, 2000.

> del Estado Moderno. Surge cuando el avance del Constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquellas de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa —y de su mecanismo— de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.
>
> En consecuencia, se puede afirmar que la Jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1858.[13] Como lo apunta el propio Schmitt,[14] en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales que cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931.[15]
>
> Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de Derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional.

Así también Almagro Nosete[16] señala:

> Por eso, el derecho procesal, recibe del Derecho Constitucional la positivización de los principios y reglas que inspiran o limitan el desarrollo legislativo en materia procesal. Pero, a su vez, el Derecho Constitucional, en cuanto a objeto de tutela jurisdiccional, recoge del Derecho Procesal las técnicas que permiten la primacía efectiva de la Constitución en supuestos de controversia. Al primer conjunto de normas le he denominado Derecho Constitucional Procesal. Al segundo, Derecho Procesal Constitucional. El "bloque" normativo integrante del Derecho Constitucional Procesal está formado, exclusivamente, por preceptos constitucionales y su fin es la fijación, con rango constitucional, de determinados principios y reglas reguladoras del Poder Judicial y de las garantías procesales básicas. En cambio, no todos, ni la mayoría de los preceptos que forman el Derecho Procesal Constitucional tienen rango constitucional, porque lo a este conjunto normativo no es el rango de las normas sino la peculiaridad del objeto sobre el que versa el proceso.

Antes que él, el gran procesal-constitucionalista mexicano Fix-Zamudio[17] había señalado:

---

[13] Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983, pp. 27 ss., Prólogo de Pedro de Vega y traducción de Manuel Sánchez Sarto.

[14] Ibídem.

[15] Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe "De la defensa de la Constitución", se refiere además a las atribuciones del *Tribunal de Justicia Constitucional*, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se suscitaran sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no hubiera acuerdo entre el Gobierno y los estamentos. Schmitt: o. cit. y cita n.º 5, Stoerk: *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

[16] José Almagro Nosete: "Breves notas sobre el derecho procesal constitucional", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid: Edersa, 1979, p. 684.

[17] Héctor Fix-Zamudio: *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1977, pp. 10 ss. Véase también

> […] debemos partir de la idea de que existen dos disciplinas que hemos denominado "derecho procesal constitucional" y "derecho constitucional procesal", como lo señalamos anteriormente. Aun cuando dichos nombres parecen un juego de palabras como lo considera Domingo García Belaunde. No lo es, porque la primera es un sector del derecho procesal y la otra del constitucional, aunque ambas son estudiadas por cultivadores de las dos ramas de las ciencias jurídicas, debido a su carácter limítrofe, pero no poseen el mismo contenido, sino diferente, aun cuando tengan su fuente en las normas constitucional.
>
> En efecto, el "derecho procesal constitucional" tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.
>
> De manera distinta el que se puede calificar como "derecho constitucional procesal" examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en [la] segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran de forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia. Como las dos disciplinas que hemos mencionado tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales, ambas se entrecruzan de manera constante, por lo que deben considerarse como estudios de frontera y de confluencia, lo que requiere de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas. Debido a lo anterior, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobó como la primera de sus condiciones, la recomendación de que: "Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profanidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial".

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado *derecho procesal constitucional*, al decir de González Pérez,[18] quien señaló lo siguiente:

> Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.
>
> […]
>
> El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho procesal

---

Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, México: UDUAL-Porrúa, 1988, pp. 221 ss. Véase igualmente "Los problemas contemporáneos del Poder Judicial", en *Grandes tendencias políticas contemporáneas,* México: Coord. de Humanidades, UNAM, 1986, p. 4.

[18] Jesús González Pérez: *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Civitas, 1980, p. 49.

constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.

Y García Belaunde,[19] con singular acierto, resume por su parte:

> La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del Siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos.[20]
>
> […]
>
> La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América Latina, en torno a la *Jurisdicción Constitucional*. O *la Justicia Constitucional*, como algunos querían.
>
> Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si los consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso del Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales,[21] y *Jurisdicción Constitucional*, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez.[22] Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.
>
> […]
>
> Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del derecho procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo *jurisdiccional* puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aun teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en

---

[19] Domingo García Belaunde: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UNMSM, 2.ª ed., 2000.

[20] Edward S. Corwin: *The "Higher Law" background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1955.

[21] Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, México: UNAM, 1968.

[22] Jesús González Pérez: o. cit., p. 50.

buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como *Derecho Judicial*, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca [23] lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho Procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

[…]

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen por qué necesariamente ser reflejo de la realidad, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, e incluso arbitrario, no vemos por qué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de *derecho procesal constitucional*, hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Véscovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando —hasta nuevo aviso— el concepto de "derecho procesal constitucional".

Más recientemente, Fix-Zamudio[24] ha continuando aportando al señalar:

También debemos estar conscientes que hay una presencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo es relativamente reciente y que ese desprendimiento ha sido paulatino, comenzando por el derecho procesal civil y penal, y sólo posteriormente los derechos procesales administrativos, de trabajo, agrario, etc. y una de las ramas más modernas, si no es que debe considerarse la más actual, *es precisamente el derecho procesal constitucional*.

[…]

26. Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, […] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra

---

[23] Juan Montero Aroca: *Introducción al derecho procesal jurisdiccional*, Madrid: Tecnos, 1976.

[24] Héctor Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*, México: FUNDAP, Colección Derecho, Administración y Política, 2002, pp. 19-23 y 38-39.

> parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo que se llama stare decisis (obligatoriedad de precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

En este punto podemos determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta constitucional para su defensa y control, las llamadas *acciones de control constitucional* o *de defensa orgánica*, han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de los últimas dos centurias, con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional.

Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, los mismos que en principio podremos encontrar en el propio texto constitucional y que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta de que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídico,[25] en tanto que en otros casos estos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales, los mismas que, pese a no ser parte del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional, puesto que su contenido se refiere a él, sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta constitucional, de la que, como hemos visto, emana su naturaleza normativa.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, aquellos enumerados en el artículo 200 de la Carta; puesto que, si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993, encontraremos que, en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado artículo 200, tenemos que el artículo 138 en su segunda parte, el artículo 148 y el artículo 202, inciso 3, forman parte también del derecho procesal constitucional peruano.

Así, este esquema determina que indiscutiblemente son ocho los procesos constitucionales contemplados en nuestra Carta —aunque sin mayor sistematicidad—, los cuales conforman el marco de instrumentos orgánicos y de las libertades de nuestro derecho procesal constitucional peruano en la hora actual, los que a continuación pasamos a enumerar:

1. control difuso o *judicial review* de la constitucionalidad de las normas legales (artículo 138, 2.ª parte);
2. acción de hábeas corpus (artículo 200, inciso 1);

---

[25] "La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo Poder Jurídico" (citado por Kaegi).

3. acción de amparo (artículo 200, inciso 2);
4. acción de hábeas data (artículo 200, inciso 3);
5. acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 200, inciso 4);
6. acción popular (artículo 200, inciso 5);
7. acción de cumplimiento (artículo 200, inciso 6), y
8. contienda de competencia constitucional (artículo 202, inciso 3).

Por ello, podremos organizar en un primer intento todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: a) las acciones de Control Constitucional de defensa orgánica, por un lado, y b) las acciones propiamente de garantía o de defensa de las libertades, por el otro. La diferencia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en su objeto, finalidad, naturaleza y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso, a través de la pretensión específica y sus efectos, que se vaya a solicitar al juzgador constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan dentro del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: a) el difuso (*judicial review*) o americano y b) el concentrado o europeo.

Lo expuesto determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde sólo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial (los que así reúnen permanentemente una doble cualidad inmanente de jueces ordinarios y jueces constitucionales), cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio podemos decir que la *jurisdicción o justicia constitucional* es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada ahora en el ya mencionado artículo 138, 2.ª parte, de la Constitución; como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional. Así, tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales: los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades, cuya pretensión es la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme están reconocidos por la Constitución, y las acciones de control constitucional u orgánicas, cuya pretensión objetiva, en todas sus variantes, es preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y

organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido.

De acuerdo con lo antes expuesto, reformulando el orden constitucional y su sistemática mal estructurada en el artículo 200 de la Carta constitucional, conforme a su adecuada naturaleza, serán propiamente acciones o mecanismos de control constitucional orgánico:

1. la acción de inconstitucionalidad;
2. el control difuso de la constitucionalidad de las leyes;
3. la acción popular, y
4. la contienda de competencia constitucional.

En tanto, serían propiamente acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades:

1. el hábeas corpus;
2. la acción de amparo;
3. el hábeas data, y
4. la acción de cumplimiento.

2. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y su tratamiento por el Código Procesal Constitucional peruano

El *control difuso*, también llamado *control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, nace, como lo reconoce hoy de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, como consecuencia de la expedición de la ahora célebre sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en un *writ of mandamus* (una suerte de *acción de cumplimiento*) bajo la presidencia del *Chief of Justice John C. Marshall*, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de "legislatura repugnante" y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho.[26].

El llamado *sistema difuso* o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial. La primera, que se

---

[26] Dale Furnish: *La revisión judicial…*, o. cit., p. 88. Allí se puede hallar la trascripción literal de la parte más importante de este célebre fallo. Se lo puede encontrar completo traducido al español en *Lecturas sobre temas constitucionales* n.º 2, Lima, 1988, p. 100 ss.

halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional *innominado* de toda Constitución escrita.[27] Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente, y siempre dentro del capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de *sistema difuso*, esto es, atributo 'distribuido' o 'difundido' entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice *difuso* por que no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado entre todos los jueces del Poder Judicial, como un atributo de éste y no susceptible de ser *trasvasado* por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, que dará por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos *interpartes* y mediante declaración judicial de *inaplicación*, sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible.[28]

---

[27] Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los Estados Unidos y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica "creación" o "redefinición jurisprudencial" efectuada por el Supremo Tribunal Federal desde 1803, siempre dentro del Poder Judicial. Véase Furnish: o. cit., pp. 96-97.

[28] Dice Dale Furnish: "La potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) […] la Corte ha (auto) establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto)limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review […], sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esa limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la Judicial Review. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley, […] B) Se requiere un "caso o controversia" auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (La Corte […] no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. […] Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. […] Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte

Así aparece de modo uniforme entre nosotros en los artículos 8 de la LOPJ(D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979(D), 138, 2.ª parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del TUO de la LOPJ, que a la letra dice:

> Artículo 14. De conformidad con el artículo 236[29] de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.
>
> Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.
>
> En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.
>
> Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

El Código Procesal Constitucional peruano ha pretendido regular este instrumento de control constitucional en el primer párrafo del artículo VI de su Título preliminar, de la siguiente manera:

> Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional
>
> Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Como se puede apreciar el Código Procesal Constitucional peruano ha regulado este instituto de control constitucional tímidamente, de manera genérica, casi sin convicción, casi sin tener en consideración el antecedente normativo sobre el particular, y en forma asistemática, debido que este cuerpo normativo no ha mejorado, ni sustituido, ni derogado (al menos en una simple revisión del título XIII, "Disposiciones transitorias y derogatorias") el artículo 14 del TUO de la LOPJ, el cual se mantiene vigente, lo que produce un innecesario conflicto de interpretaciones. Es decir, en este aspecto, en vez de mejorar se ha retrocedido.

En un análisis comparativo, como ya se ha visto, el artículo 14 del TUO de la LOPJ peruana es la norma que ha desarrollado la parte conceptual y procesal de manera adecuada a la *judicial review*, o sistema de control difuso en el Perú, mucho más simple, clara y completa que aquella que hoy, trece años después, viene a brindar

---

Suprema) , […] C) La Corte Suprema no intervendrá en una "cuestión política" (esto es, en actos no judiciables), […] y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso […]".Dale Furnish: o. cit., pp. 90-96. Respecto de la necesidad de un *caso concreto* véase Ernesto Blume Fortini: "El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución", en *Pensamiento Constitucional* n.º 3, año III, Lima: PUC, Lima, 1996.

[29] Véase el artículo 138, 2.ª parte, de la Constitución Política peruana de 1993.

el novísimo Código Procesal Constitucional. Máxime si la citada norma ha regulado el procedimiento que el magistrado ordinario, puesto en el ropaje y en el talante de juez constitucional, debe seguir para dar cumplimiento a dicho instrumento constitucional, y que deberá aplicarse en cada situación en particular. Este simple hecho se comprueba con lo establecido en el artículo I del Título preliminar del Código Procesal Constitucional peruano, que excluye de manera expresa como su objeto la regulación del control difuso, conforme detallamos a continuación:

> Artículo I. Alcances.
> El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200.º y 202.º inciso 3) de la Constitución.

Esta regulación exigua de la *judicial review* por parte del Código Procesal Constitucional peruano parecería indicar la poca convicción de sus autores sobre este instrumento de control orgánico, o su limitación para el adecuado manejo y la interrelación con el resto del sistema, y parte del hecho de desconocer que ésta es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los tribunales de justicia, en que esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está *añadida* a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al *caso concreto, interpartes*, nunca le puede relevar de su función de hacer *reparto* o *distribución de los bienes jurídicos tutelados* —cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos— materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de *contralor concreto de la Constitución* como parte adicional de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario, y con una pretensión material y concreta.

Como se aprecia, la justicia constitucional concentrada, o *ad hoc*, según el modelo kelseniano, que corresponde al Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente contrapuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios del presente (la doctrina francesa la llegó a denominar despectivamente *dictadura de los jueces*, aludiendo a su no legitimación popular directa) y de la oposición de sus metodologías. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de una sobre la otra. Simplemente corresponde enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, ésta es abstracta, puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, ésta es *erga omnes*. Mientras aquélla está difuminada entre todo el sistema judicial con todas sus variantes, ésta se halla concen-

trada en un solo órgano diseñado en la Constitución para ese efecto. Mientras aquélla surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada. El resumen magistral que de esto hace Fix-Zamudio[30] resulta, sin duda, esclarcedor:

> En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.

Si lo anterior es así, cabe concluir que no se debe, ni se puede, esperar que el Tribunal Constitucional ejerza válidamente la atribución de la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, es decir, de la acción directa del control de las leyes; por ser ésta abstracta, por pertenecer aquélla al ámbito específico de la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, según la inequívoca acepción de la segunda parte del artículo 138.º de la Carta constitucional, sistemáticamente situado dentro del capítulo reservado al Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, *excluye* implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden válidamente analogizar, ni extender interpretativamente, pues son taxativas y excepcionales —baste ver el principio general del derecho contenido en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil.[31] De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial, ¿no se consagraría peligrosamente con ello el precedente de que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualquier otro órgano del Estado, aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente debe reconocerse que la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional *ad hoc*, o concentrada, es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución; en tanto que el control constitucional con la *judicial review* a través del Poder Judicial es derivado, subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia

---

[30] Héctor Fix-Zamudio: "La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México: Porrúa, 1988, pp. 337 ss.

[31] Código Civil peruano, Título preliminar: "Artículo IV: La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o *ad hoc*, antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review* basada en el Poder Judicial, no siempre bien dispuesto o en aptitud de repetir adecuadamente el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotado de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *common law*.[32]

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la *jurisdicción negativa de la libertad* (artículo 202, inciso 2, de la Constitución), dado que dicha facultad, expresa pero excepcional, por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional, siempre que hayan sido denegadas al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *recurso de agravio constitucional* (artículo 18.º del Código Procesal Constitucional peruano). Esto significa que en la facultad excepcional de la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de control de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, con las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción desde el Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar,[33] con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de *autocontrol de sus poderes* o *self restraint* que ha caracterizado siempre el funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

3. Las acciones de garantías constitucionales y las acciones de control constitucional

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana de 1993 agrupa a estas acciones en conjunto, sin una clasificación ordenada ni adecuada sistemática, como ya se ha anotado, e incurrió en el error de no sistematizarlas debidamen-

---

[32] Luis Marcelo De Bernardis: *La garantía procesal del debido proceso*, Lima: Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal y Cuzco, 1995, pp. 82 ss.

[33] Véase *supra*, n. 21 *ab-initio*.

te, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales y de interpretación. Este mismo derrotero ha sido seguido por el Código Procesal Constitucional peruano, que no realiza un deslinde entre estos dos tipos de acciones. Ello, como dice González Pérez,[34] responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que éstos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, han sido abordados en su mayor parte por estudiosos del derecho constitucional y no del derecho procesal.

Adicionalmente, habría que señalar que, no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una ley orgánica que regule todas las *acciones de garantía constitucional*,[35] hasta el año pasado no se habían dado pasos en serio que condujeran a tal finalidad, para lograr la promulgación de un *Código Procesal Constitucional*.

Uno de estas peculiaridades radica ahora en el afán, narcisista por cierto, de *rebautizar* todos, absolutamente todos los instrumentos del derecho procesal constitucional en el Perú, sobre la presunta base de un *purismo procesal* que tampoco se llega a entender ni —mucho menos— a compartir. Con ello, se abandona, sin mayor explicación sólida una incipiente tradición de casi veinticinco años que, sin duda, facilitaba su uso. Es que ha sido tradicional en el Perú ese afán de crear y recrear un *derecho originario*, a veces extravagante, que nadie conoce y que nos hace creer fundadores de doctrinas tan especializadas como ocultas, sujetos —en apariencia— tan imprescindibles como infalibles.

En otro aspecto, en las acciones de garantía —en todas— y en las de control constitucional se ha cambiado, sin necesidad, ni sentido ni modernidad alguna (aquí sí hubo olvido de la modernidad que se invoca en otras partes) para optar por el concepto de *prescripción*, conforme se denota en el artículo 44.º del Código Procesal Constitucional peruano, abandonando su moderno y seguro sucedáneo de la caducidad, tal como la ley expresa y lo regula a la fecha, que es institución de orden público y fatal, que hace desaparecer la pretensión material válidamente invocable y, sobre todo, que debe ser apreciada de oficio. Se retrocedió a la prescripción, aun cuando en estos procesos no caben las excepciones, y los jueces, por imperio de la ley —con excepción de alguna inadmisibilidad— no pueden apoyarse en una prescripción extintiva que no ha sido invocada por las partes, olvidando el Código Procesal Constitucional peruano el carácter de *orden público constitucional* que tienen tanto las acciones de control como las de garantía constitucional.

---

[34] Jesús González Pérez: o. cit., p. 50.

[35] Entiéndase por ello como que todos los procesos constitucionales de control y garantía previstos en el artículo 200 de la Constitución de 1993, más la contienda de competencia (artículo 203) y el control difuso o revisión judicial de las leyes (artículo 138, 2da. Parte), debían ser sistematizados en una ley orgánica, como lo ordenaba la Constitución en el artículo 200.º *in fine*. Véase *supra*. "Introducción".

Asimismo, para el adecuado ejercicio de la jurisdicción de la libertad o de garantía constitucional se han puesto tantos requisitos (de hecho, más que en el Código Procesal Civil) de admisibilidad, sobre todo en el caso del amparo constitucional (a tal efecto baste una lectura del artículo 42.º del Código Procesal Constitucional peruano), que se facilitará su rechazo liminar, no solo cuando carezca de sentido, sino cuando, teniéndolo, y mucho, al implicar una lucha contra el poder político de turno, el juez provisional, timorato o taimado, decida deshacerse de un proceso incómodo o *políticamente caliente*. Esta previsión, creemos, parece colidir con lo previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, del cual el Perú es signatario, y que señala lo siguiente:

> Artículo 25.º. Protección Judicial
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocido por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Esto permitirá un escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia, al generar incentivos a los juzgadores en la expedición de resoluciones inhibitorias por la falta de simples requisitos formales. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable —y hasta necesaria y saludable— confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional, trae siempre problemas de interpretación, actualización, concreción,[36] aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo *proactivo, progresivo y creativo* de estos instrumentos de la defensa y el control constitucional.

4. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el "Órgano de control de la Constitución".[37] Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V ("De las garantías constitucionales") ha optado de manera clara por el denominado control *ad hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el *modelo europeo* o de *justicia constitucional concentrada*,[38] con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

---

[36] Konrad Hesse: *La interpretación constitucional*, cit. por Aníbal Quiroga León: "La interpretación constitucional", en *Derecho PUC* n.º 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima: PUCP, 1985, pp. 323 ss.

[37] Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993, que se preparó durante el gobierno transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se sugirió que la definición del Tribunal Constitucional fuera modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de 1978, desarrollada en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.

[38] Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años…*, o. cit.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: a) la interpretación de los postulados constitucionales en cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio, para sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos, y b) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de ella, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales o de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo es la "fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional"; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos —en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno—. En el Estado moderno de derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —que hoy está más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men* por el actual, democrático y jurídico *Government by laws.*[39] Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law***.**

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional se halla definido específicamente en el artículo 201.º, que señala como sus características:

a. ser el órgano del control constitucional;
b. ser autónomo e independiente, y
c. estar compuesto por siete miembros, denominados *magistrados del Tribunal Constitucional*, con un mandato de cinco años, reelegibles por un período adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra Carta Magna, como se ha

---

[39] Kaegi y von Ihering, cit. por Eduardo García De Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 49 ss.

expuesto. Esta deficiencia no ha sido superada por el Código Procesal Constitucional peruano, que no perfila el verdadero papel interpretativo del Tribunal, el cual se infiere —en lectura muy indirecta— del tercer párrafo del artículo VI del Título preliminar:

> Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional
> […]
> Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo europeo o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929,[40] implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la Constitución, *intérprete vinculante u obligatorio*, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del Parlamento en particular, cuando se trate del control de la constitucionalidad de las leyes.

La interpretación constitucional será la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa entre las normas constitucionales y las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean *autoaplicables*, sean *programáticas*, sean *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo o material; de tal modo, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado sería erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir sus alcances y límites. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* o *control ad hoc*, esto es, de índole abstracta —y, por tanto, incompatible en ése y en otros puntos con el *control difuso* o *judicial review*—, en el que corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un *caso concreto* en que esté en disputa derecho subjetivo alguno) de la ley dubitada y en el que el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, será el imperativo categórico que determina-

---

[40] Aníbal Quiroga León: "Una aproximación…", o. cit., pp. 153 ss.

rá, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio, si la cierta es la segunda premisa, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen—[41] *legislador negativo,* esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 *ab initio* de la Constitución). En cada caso de inconstitucionalidad así determinada se crea una *norma subconstitucional*,[42] de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado.* Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico de que toda ley se deroga sólo por otra ley, expresado, por ejemplo, por el artículo I del Título preliminar del Código Civil peruano,[43] se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional.* No obstante, debe anotarse que el concepto originario de *legislador negativo* se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional, y la española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como por la alemana y la que proviene de su Tribunal Constitucional.[44]

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una *demanda,* en los términos de la teoría general del proceso, como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una *iniciativa legislativa negativa* que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo.

---

[41] *"El calificativo de 'legislador negativo' que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende 'desjurisdiccionalizar' ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce* […] *las funciones a dos: legislación y creación* [por un lado], *y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental.* […] *Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia* […], *cuando habla de 'legislador en sentido negativo' lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco*. Escribió Kelsen: 'un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo'". Citado por Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1981, pp. 6 ss. (cursivas añadidas). La cita de Kelsen está en Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de García Maynez), México: UNAM, 1979, pp. 303-334.

[42] Enrique Alonso García: *La interpretación constitucional*. Madrid: CEC, 1984, p. 13.

[43] Código Civil peruano, Título preliminar: "Artículo I: La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado".

[44] Eliseo Aja: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*, Barcelona: Ariel, 1998.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía "quirúrgica" del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento; una tarea "quirúrgica" que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el *vacío* que deja la norma derogada, lo cual puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir en puridad, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una "situación de mayor inconstitucionalidad" en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

5. El control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada y de efectos generales. La acción popular

La *acción popular* es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del derecho procesal constitucional que provee la Constitución Política del Estado a los justiciables para el control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada, esto es, para el control en *sede judicial* de las normas administrativas con carácter general cuando éstas contravengan la Constitución o las leyes. Es, por tanto, una acción de control directo de la legislación derivada (ley en sentido material), de orden abstracto (de puro derecho en trabajo de *subsunción interpretativa*) y de *legitimación abierta* sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad, en puridad, corresponde al Poder Judicial como agente del control constitucional.

Con respecto a este aspecto, el artículo 84.º del Código Procesal Constitucional peruano abre de modo desmedido e innecesario la legitimación activa en dicho proceso de control constitucional, de suyo abierta. No existe un límite para ello, y hasta una persona (natural o jurídica) extranjera puede poseer dicha calidad —es decir, personas que luego van a carecer de responsabilidad absoluta respecto de lo que hagan o pidan—, sin que al respecto se ofrezca sustento teórico concreto en la Exposición de motivos.

La doctrina y la legislación ponen en sede del Poder Judicial la posibilidad de que éste de un modo abstracto pueda determinar si aquello normado por la Administración pública en la denominada legislación derivada se adecua o no a los parámetros establecidos en la ley y en la Constitución.

El control directo que la acción popular establece dentro del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional es, en primer lugar, un control legislativo, en tanto que en segundo lugar puede llegar a ser un control constitucional y convierte al órgano jurisdiccional en juez constitucional de la legislación derivada de la administración pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una acción popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal, por ejemplo (reglamento o ley) sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno.

Nuestra Carta constitucional ha optado por otorgar competencia al Poder Judicial para que en su sede se determine a través de la acción popular si los reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales coliden con la ley y con la Constitución; es preciso realizar el examen de la legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda *ilegalidad* supone siempre *inconstitucionalidad*.

El artículo 94.º del Código Procesal Constitucional peruano regula de manera *novísima* la posibilidad de concederse medidas cautelares en el proceso de acción popular; es decir, de lograr derogaciones o nulidades, cuando no está de por medio ningún derecho particular, ninguna pretensión material ni subjetiva, lo que desnaturaliza la finalidad misma de la medida cautelar. Sin embargo, similar criterio no se adopta en el caso del denominado *proceso de inconstitucionalidad*, sin explicar las razones por las cuales se realiza la diferenciación, al tener ambos procesos la misma naturaleza.

Sin perjuicio de lo expuesto, la acción popular, como mecanismo de control constitucional, tiene como única finalidad la de preservar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos y normas administrativas de carácter general, y para que ello sea determinado por el juzgador constitucional deberá necesariamente llevarse a cabo un exhaustivo análisis de subsunción de la norma que supuestamente vulnera la ley o la Constitución, partiendo de la indispensable labor interpretativa de la ley y la Constitución. Se debe considerar necesariamente en este análisis la premisa básica de interpretación de que toda norma nace siempre bajo la presunción de ser válida y constitucional.

6. Los *conflictos de competencia* y su control por el Tribunal Constitucional

Como hemos señalado, el *conflicto de competencia* es también un proceso constitucional, cuya finalidad es la interpretación del texto constitucional y, con ello, el control por el Tribunal Constitucional del ejercicio de las facultades que les son atribuidas a las diferentes entidades del sector público. Es un proceso que puede clasificarse dentro de la jurisdicción constitucional como un proceso de control de la constitucionalidad, la legalidad y el cumplimiento de las competencias constitucionales y legales.

Los procesos constitucionales sobre conflicto de competencia pueden ser clasificados en dos:

1. *conflicto negativo de competencia*, cuando un órgano demanda ante el Tribunal Constitucional para que se le atribuya una competencia a su contendor, quitándosela de encima mediante una interpretación vinculante;
2. *conflicto positivo de competencia*, cuando un órgano constitucional demanda al Tribunal para que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberá restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

Sobre la base de lo antes expuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 202, inciso 3, de la Constitución, los conflictos de competencia que serán juzgados por el Tribunal Constitucional solamente serán aquellos que se susciten de las atribuciones que la Carta constitucional confiere a los diferentes estamentos del Estado, a raíz de la distribución o asignación de facultades intrínsecas a todo texto constitucional.

El artículo 109.º del Código Procesal Constitucional peruano señala que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia se limita a los siguientes *conflictos de competencia*:

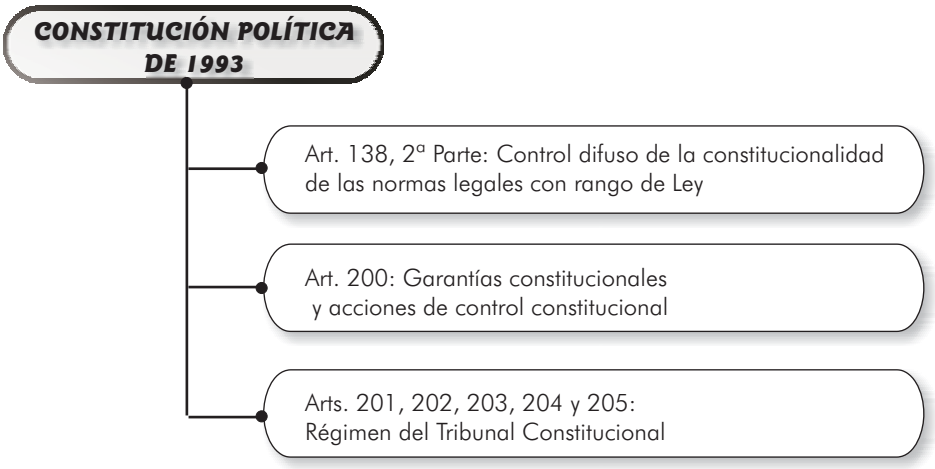
1. entre el Poder Ejecutivo y uno o más gobiernos regionales o municipales;
2. entre dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí, y
3. entre los poderes del Estado entre sí, o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

Sin embargo, otra innovación realizada por el Código Procesal Constitucional peruano es el uso de la nomenclatura *proceso competencial*, que no tiene parangón en la doctrina comparada y parece estar reñida con la semántica del diccionario de la lengua española. Además, viene a contramano de lo previsto en el Código Procesal Civil peruano, que llama a esta institución *contienda de competencia* o *proceso de contienda de competencia*.

Finalmente, hasta la fecha el Tribunal Constitucional del Perú no ha desarrollado una jurisprudencia considerable respecto a esta competencia. Este proceso constitucional de naturaleza orgánica no ha tenido tal vez la importancia que, por ejemplo, ha logrado en España a raíz de los conflictos que cotidianamente surgen entre el Gobierno central y las diversas comunidades autónomas. Quizás en el futuro cercano, cuando los procesos de regionalización avancen y se vayan consolidando en las llamadas macrorregiones, se pueda observar mayor injerencia del Tribunal Constitucional en este instrumento del control orgánico de la Constitución.

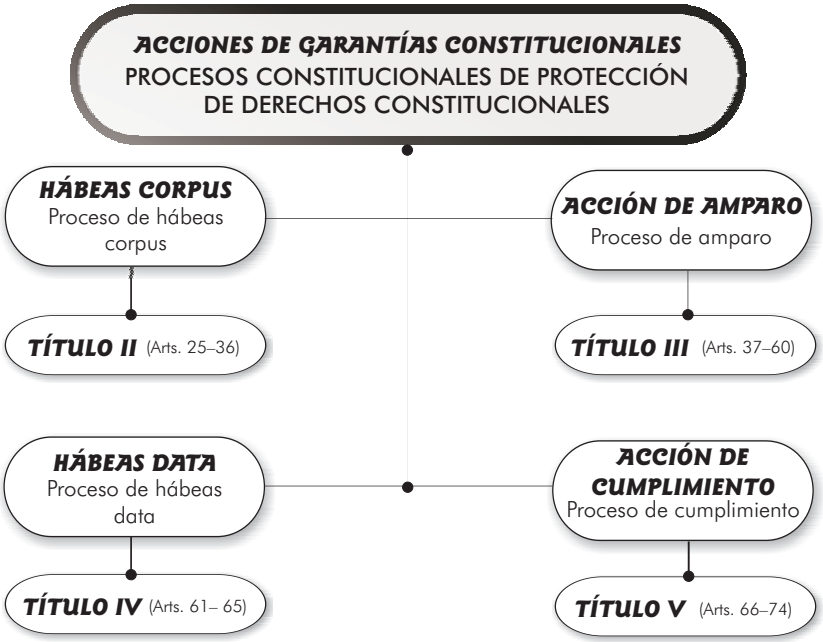
Anexo I

El derecho procesal constitucional en el Perú.
Las normas constitucionales en materia procesal constitucional



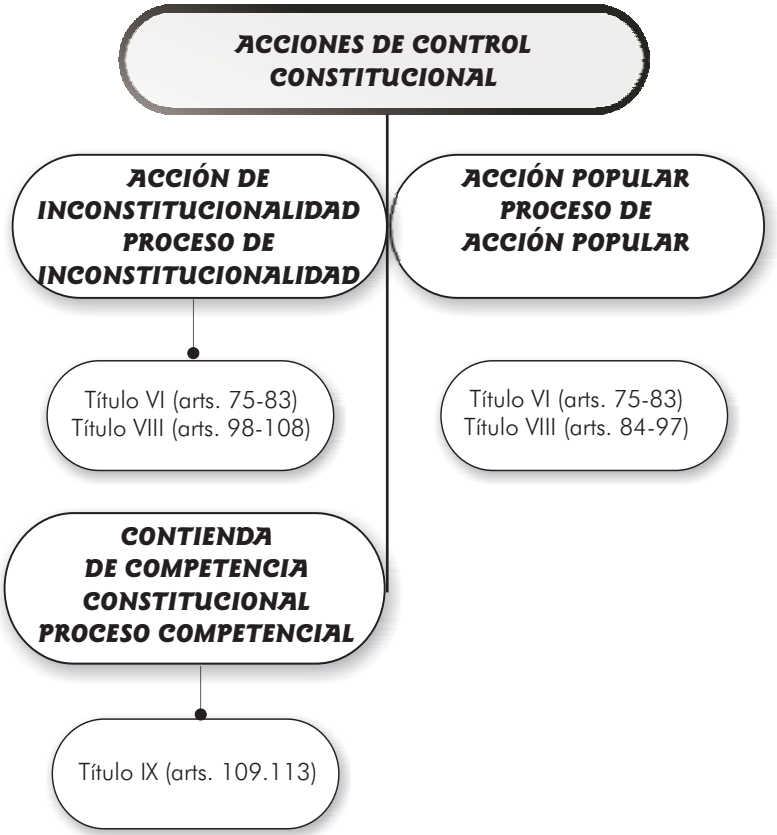
Anexo II

Legislación sobre acciones de garantías constitucionales
y Código Procesal Constitucional
Ley 28 237 (31.5.2004)



Anexo III

Legislación sobre acciones de control constitucional



Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia) *

Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia

1. El control constitucional de los tratados internacionales

Para abordar el problema que nos plantea el control constitucional previo se debe primero pasar revista a un principio que deriva directamente de la citada noción de soberanía: la supremacía constitucional.

Este principio significa que la Constitución formal, producto del poder constitucional, es la norma fundamental del sistema jurídico, esto es, una especie de *ley máxima* que impone limitaciones sustanciales a las atribuciones de los órganos constituidos que ejercen el poder político.[1]

La supremacía constitucional debe ser entendida como la derivación más importante de la noción de soberanía; por ella se organiza el Estado de derecho y se estructuran las relaciones internas e internacionales de un Estado. Latinoamérica no ha sido ajena a la noción de supremacía constitucional y ha establecido a dicha noción como componente fundamental de la organización jurídica de sus pueblos, tal como acertadamente manifiesta Eduardo Rozo Acuña:

---

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica Boliviana de la Paz (Bolivia). Magíster en Derecho Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede La Paz). Magíster en Relaciones Internacionales con mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Quito). Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Quito). ‹jcduenasbo@yahoo.com›.

[1] Calogero Pizzolo: *Pensar el Mercosur*, Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 66.

> Después de la independencia del colonialismo europeo, los países latinoamericanos han deseado construir Estados constitucionales, es decir regidos por las leyes y en particular por una norma suprema: la Constitución. No todos han tenido el éxito de los Estados Unidos de América en la creación y en la actuación de tal sistema pero se han esforzado en forma permanente y continuada para llegar a este ideal. En esta lucha por superar el mero hecho formal de la Carta y para dar vida a una realidad y llenar de contenido el constitucionalismo y el Estado de Derecho, todos los países de América Latina han consagrado, desde el siglo pasado, la supremacía de las normas constitucionales sobre cualquier otra ley, así como la obligación de respetar dicha relevancia por parte de todos los titulares del poder legislativo, judicial y ejecutivo.[2]

Afirmar que la Constitución es la *norma suprema* (artículo 31 de la Constitución argentina, artículo 137 Constitución del Paraguay, artículo 272 de la Constitución del Ecuador,[3] artículo 228 de la Constitución de Bolivia,[4] etcétera) implica sostener varias cosas a la vez. En primer lugar, se pretende indicar que las normas constitucionales tienen una *jerarquía* superior a las restantes normas del orden jurídico al que pertenecen. Es decir, las normas constitucionales se ubican, por su naturaleza, en la cúspide de la pirámide jurídica. En consecuencia, constituyen las *normas ordenadoras* de todo el sistema.

En segundo lugar, como una derivación lógica de lo anterior, la supremacía de la Constitución implica que ésta es el *fundamento*, la *base* de todo el ordenamiento jurídico- político del Estado. El Estado en ejercicio de su soberanía debe dotar de un cuerpo de leyes a sus habitantes para que éstos puedan organizarse, ejercer sus derechos y saber cuáles son sus obligaciones. De esta forma la Constitución Política del Estado se erige en la norma fundamental de todo el sistema normativo de un país; en ella el Estado ejerce su autonomía y no existe un poder legal superior a la Carta Magna que ocupe un primer lugar de prelación en el ordenamiento jurídico estatal. Según Néstor Sagüés:

---

[2] Eduardo Roza Acuña: "Supremacía y salvaguarda de la Constitución en América Latina", en *Dispenze di Diritto Publico Comparato*, Urbino, 1999, p. 49.

[3] De la supremacía constitucional en el Ecuador se ocupa el artículo 272 de la actual Carta Política, que determina: "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior". César Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 963.

[4] En Bolivia, el artículo 228 de la Carta Magna manifiesta: "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". CPE de Bolivia, *Compendio de leyes y reglamentos, de Bolivia*, La Paz, 2003.

> La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del derecho internacional. Las constituciones del último medio siglo se han transformado en norma jurídica de aplicación directa e inmediata, dotando a la Carta Fundamental de auténtica fuerza normativa sobre gobernantes y gobernados.[5]

En palabras de Ekmekdjian,[6] la noción de supremacía constitucional significa que la Constitución Política de un Estado es una *superley* que sirve de marco a todas las restantes normas jurídicas positivas.

El principio de supremacía constitucional que se estudia refiere a que todas las normas y actos, tanto estatales como privados, que forman el amplio universo del orden jurídico positivo de un Estado deben adecuarse a la Constitución en su fondo y en su forma, es decir, deben concordar con ella y ser compatibles, tanto formal como materialmente. Como escribe Bidart Campos:

> La constitución formal revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber ser: Todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal. [7]

Se puede sostener entonces que la supremacía de la Constitución implica asignar a las normas constitucionales tres funciones íntimamente relacionadas entre sí:

a. la función de ordenación,
b. la función de concordancia,
c. la función fundacional.

a. *La función de ordenación* implica el gobierno absoluto de las normas constitucionales sobre el resto del conjunto de normas de derecho positivo. Mediante esta función, las normas constitucionales ordenan y acomodan jerárquicamente todo el bloque de normas inferiores, asignándole a cada norma su lugar dentro del orden jurídico.

b. *La función de concordancia* permite a las normas constitucionales dotar de validez a los actos y normas de un orden jurídico. En efecto, las normas constitucionales exigen una *concordancia formal*, esto es, que la norma o el acto en cuestión sean dictados por el órgano competente y conforme al procedimiento establecido para aquéllas. También se exige una *concordancia material*, es decir, las normas inferiores no pueden suprimir ni alterar *per se* las declaraciones, derechos y garantías que las normas constitucionales consagran.

---

[5] Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 30.

[6] Miguel Ángel Ekmekdjian: *Derecho comunitario*, Buenos Aires: De Palma, 1996, p. 77.

[7] German Bidart Campos: *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires: Editor, 2003, p. 76.

De la función de concordancia surge el concepto de norma o acto válido. En este sentido Pizzolo señala:

> Un acto o norma que integra el orden jurídico positivo gobernado por las normas constitucionales, son válidos cuando derivan de la Constitución a través de una cadena ininterrumpida de normas o actos formal y materialmente coherentes con ella.[8]

c. *La función fundacional*, por la cual las normas inferiores son parte de un sistema jurídico sólo porque primero existen las normas constitucionales que dan contenido y forma a ese sistema.[9]

Estas tres funciones propias de las normas constitucionales son a la vez herramientas de análisis, mecanismos que sirven no sólo para interpretar sino también para acercarnos a la realidad del derecho constitucional, transformada en formas complejas de difícil estudio por el poder reformador del derecho comunitario.

Expuesto lo anterior, es necesario analizar la compatibilidad de este principio que consagra la supremacía constitucional,con la construcción de una "ingeniería de la integración", según palabras del profesor Ekmekdjian.[10] O también, visto desde otro enfoque, de qué forma se ve afectada esta supremacía derivada de la noción de soberanía con la presentación del derecho comunitario que también propone entre sus principales características ser el principal sistema regulador del ordenamiento interno de los países.

Se establece, entonces, que declarar que la Constitución es la ley suprema tiene al menos dos significados distintos, pero complementarios:

a. En primer lugar, significa que la Constitución es la fuente de la cual emanan las demás normas que integran el orden positivo del Estado (apelando al gráfico de una pirámide, la Constitución ocuparía la cúspide).
b. El segundo aspecto deriva del anterior y consiste en el criterio de validez de cualquier norma jurídica positiva. Se dice que una norma o un acto superior

---

[8] Pizzolo: o. cit., p. 67.

[9] Pizzolo establece las tres funciones constitucionales de la siguiente manera:

•Función de ordenación: La Constitución determina que sus preceptos tienen jerarquía superior a los restantes del orden jurídico nacional; está en la cima jurídica: ordena, acomoda y jerarquiza todo el sistema jurídico del país.

•Función de fundamento: La Constitución se presenta como la base y el fundamento único de todas las restantes normas jurídicas positivas del sistema, es decir, constituye el marco normativo del conjunto jurídico positivo.

•Función de concordancia: La Constitución exige que todas las normas deben adecuarse a ella en su fondo y en su forma, es decir, todas las normas jurídicas positivas serán emanadas por el órgano competente y conforme al procedimiento establecido, y que las normas inferiores no pueden suprimir ni alterar las de la Constitución. Calogero Pizzolo: *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 237-238.

[10] Ekmekdjian: *Derecho comunitario*, o. cit., p. 80.

serán válidos sólo en tanto y en cuanto deriven válidamente de otra norma o acto superior, también válidos, remontándose así hasta la norma fundamental, o sea, la Constitución.

También es importante destacar la fuerza normativa que implica la supremacía de la Constitución, causa directa y vinculante de los efectos de concordancia, fundacional y de ordenación. Al respecto Nogueira Alcalá manifiesta:

> La fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que ella ocupa en la gradación y fuerza aplicativa de las fuentes, sino con el hecho de que ella define dicha gradación y aplicabilidad. Así la Constitución puede definir, como lo hace en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución chilena, que los derechos esenciales incorporados vía tratados internacionales constituyen un límite de la soberanía, vale decir, un límite al poder constituyente y los poderes constituidos.[11]

Según se observa, tenemos un orden jurídico nacional donde la Constitución ocupa el peldaño más alto. Frente a él se encuentra el orden comunitario, fruto jurídico de la integración. De esta manera es pertinente establecer hasta qué punto la supremacía constitucional es compatible con la primacía normativa del derecho comunitario. Al respecto, Pizzolo expone cuáles serían los efectos de la colisión de dichas jerarquías normativas:

> Si se aplica con "rigidez" el principio de supremacía constitucional se tiene que las relaciones internacionales manifestadas a través de su máxima expresión integradora como ser el derecho comunitario (originario y derivado) en su relación con la Constitución, siempre se ubicarían un peldaño más abajo que ésta. Esto sería así al ejercer las funciones constitucionales, las citadas "función de ordenación" y "función fundacional". La jerarquía asignada tendrá un techo en la propia Constitución, pues imaginar una jerarquía superior significaría desconocer por un lado, quién ordena todo el sistema y, por el otro, cuál es su base y fundamento. Otro tanto ocurriría con la función de concordancia que impone, a las normas internacionales, el respeto del contenido de las normas constitucionales que, llegado el caso de conflicto con aquellas se impondrían sin más.[12]

De esta manera se viene cuestionando a la supremacía Constitucional, desde el momento en que las relaciones internacionales a través de normas integradoras reclaman para sí la cúspide del sistema jurídico al que se incorporan.

Para dar seguimiento y seriedad a un verdadero proceso de integración, es necesario que los Estados miembros le den un determinado reconocimiento; dicho reconocimiento significaría desplazar a la hasta ahora indiscutible supremacía constitucional. Queda revelada, pues, una crisis por la supremacía del orden jurídico nacional, ya que

---

[11] Humberto Nogueira Alcalá: "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos," en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2000, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 166.

[12] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 238.

la Constitución ejerce un gobierno absoluto sobre el resto de la generalidad de normas de derecho positivo. Sólo la Constitución reina y lo hace sin compartir su cetro con ningún otro soberano.

Sin embargo, como se verá más adelante, los procesos de integración comunitarios tienen entre sus principales características la supremacía de sus disposiciones, incluso sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Esto necesariamente trae la necesidad de establecer si la Constitución es capaz de ceder el primer lugar o desconocer esta característica y subordinar a su dominio las normas comunitarias.

Hasta la aparición de los procesos integradores, la Constitución era, conforme a su supremacía, el máximo regente del Estado y la principal exponente del ejercicio de su soberanía. Ahora, con el rápido surgimiento de los procesos de integración y ante la necesidad de darles una estructuración coherente y sistemática, al amparo de la ley, entonces se los ordena al abrigo de la nueva disciplina jurídica comunitaria que recoja las competencias cedidas por los Estados miembros, lo que también implicaría sustituir el dominio tradicional que ejerció la Constitución. Ricardo Ramírez plantea en estos términos el problema:

> Sin embargo, tanto el orden jurídico nacional en cabeza de su Constitución como el orden jurídico comunitario se autoproclaman ley suprema.[13]

Las dimensiones de la crisis señalada se manifiestan en el hecho de que las características atribuidas al derecho comunitario inhiben las tres funciones propias de las normas constitucionales, lo que parece indicar que, al incorporarse las normas comunitarias a la legislación interna, van desplazando la supremacía de la Constitución.

Siguiendo la línea sobre la problemática supremacía constitucional y primacía como característica del derecho comunitario, Pizzolo afirma:

> Estas normas [normas constitucionales] perderían así la función de ordenación sobre el resto del derecho positivo, ya que las normas comunitarias *per se* obtienen una jerarquía mayor; al igual que la función fundacional debido a que otras son ahora las normas en la base del sistema. Por último, la función de concordancia quedaría anulada al transformarse las materias objeto de la transferencia de soberanía en "zonas muertas" para la jurisdicción local. Imponiéndose a partir de entonces que, para que los actos emanados de las competencias transferidas sean válidos formal y materialmente, deben estar en conformidad, no ya con la Constitución sino con las normas comunitarias.[14]

---

[13] Ricardo Ramírez: *La Constitución reformada y los tratados internacionales,* Madrid: Espasa, 1997, p. 69.

[14] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 238.

Como se dijo líneas más arriba, tenemos un orden jurídico nacional en el que la norma jurídica fundamental es la Constitución Política; frente a él se encuentra el orden jurídico comunitario, que quiere consagrarse, sobre la base de la primacía de las competencias delegadas, como su máximo ordenador, incluso sobre la misma Constitución.

En lo que hace a sus fuentes, el orden jurídico comunitario se divide en derecho originario y derecho derivado. El primero tiene origen sinalagmático, es decir, se genera en los tratados internacionales celebrados entre los Estados que a partir de entonces pasarán a ser miembros de la comunidad creada por ellos. El segundo hace referencia a los actos emanados de los órganos de gobierno de la comunidad instituidos a partir de los tratados fundacionales. Este último se trata de un derecho unilateral emanado de la propia comunidad, en ejercicio de sus poderes ejecutivo, legislativo y judicial comunitario.

Esta división de las normas integradoras es importante para relacionar las normas constitucionales con las normas comunitarias y ver el grado de reconocimiento de la vigencia normativa de unas y otras. Otra sería la situación cuando el derecho comunitario reclama para sí la cúspide del sistema jurídico al que se incorpora, si se consagrara la supremacía del derecho comunitario sobre la totalidad del derecho interno.

A primera vista se infiere que Constitución y derecho comunitario disputan entre sí por el cetro del orden jurídico nacional que los contiene. Sin embargo, en opinión de Pizzolo, tal antagonismo no existe en términos absolutos, ya que la crisis por la supremacía del orden jurídico nacional tiene un principio de solución en el control *a priori* de constitucionalidad de las normas originarias del derecho comunitario.[15]

Por otra parte, la manera de conciliar ambos sistemas normativos, constitucional y comunitario, es comprendiendo que, con los actuales procesos de integración, una noción relativa de soberanía que permita un control constitucional *a priori* de las normas fundacionales es lo más pertinente y realista en las relaciones internacionales, ya que las tendencias unificadoras —políticas, económicas culturales y jurídicas— han hecho tambalear más de una vez el concepto clásico de la soberanía.

2. Distintos tipos de control de constitucionalidad

El principio de supremacía de la Constitución, en palabras de Bidart Campos, sería una mera especulación académica, sin trascendencia en el amparo concreto de la libertad, si no existiera un control de constitucionalidad de las normas y actos presuntamente inconstitucionales.[16]

---

[15] Ibídem, pp. 238- 240.

[16] Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, Buenos Aires: ed. Mar del Plata, 1993, p. 138.

Es decir, el control de la constitucionalidad es una función necesaria para mantener la formación escalonada del orden jurídico basado en la Constitución Política del Estado y controlar la legalidad de los actos de las autoridades administrativas y judiciales, esto es, que sea acorde a los requerimientos y enunciados constitucionales, fundamento esencial para la vigencia del Estado de derecho. En otras palabras, afirma el profesor Ekmekdjian:

> El control de constitucionalidad es una consecuencia necesaria de la afirmación de la supremacía constitucional. No existe ésta si no hay un sistema de control.[17]

Existen muchos y muy diversos sistemas de control de constitucionalidad en el derecho comparado. Según la clasificación tradicional, encontramos tres variables distintas que los ordenan según el órgano, según el procedimiento y según los efectos de la declaración.

2.1. Control de constitucionalidad según el órgano

De acuerdo con el órgano que ejerce el control de constitucionalidad, éste puede ser judicial, no judicial o político, o mixto.

El *control judicial* de constitucionalidad está a cargo de órganos judiciales. Tiene su origen en Estados Unidos[18] y en virtud de él se otorga al Poder Judicial una atribución de veto sobre los actos de los otros dos poderes, lo que robustece los frenos y contrapesos, principio básico del sistema republicano. Se divide a su vez en *difuso* y *concentrado*.

En el primero, todo juez, cualquiera sea su grado, jurisdicción y pertenencia, debe ejercer el control de constitucionalidad de las normas y actos que debe aplicar como fundamento jurídico de sus sentencias. Se trata, pues, de un sistema no especializado.[19] Ejemplos de este sistema se encuentran en las constituciones de los Estados Unidos y la Argentina.[20]

---

[17] Ekmekdjian: *Derecho comunitario*, o. cit., p. 109.

[18] "La constitución norteamericana se va a regir por el modelo de control de constitucionalidad difuso en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de norma suprema y se le da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ésta la Constitución. En este sistema todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad no es facultad exclusiva del Tribunal Supremo Federal, sino de todos los tribunales. Así establece el artículo III, Sección 1 de la Constitución Estadounidense: El Poder Judicial de los Estados Unidos reside en un Tribunal Supremo y en los Tribunales Inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo". Martha Gómez Alcina: "Sistemas vigentes del control de constitucionalidad de las leyes", en *Legis* n.º 2, Bogotá, 2003, p. 34.

[19] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., pp. 250-251.

[20] "Este reconocimiento de control constitucional difuso no es acompañado en Argentina de una ley del Congreso que regule específicamente dicho control. El artículo 43 de la constitución argentina manifiesta que: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particu-

El control constitucional concentrado tiene como característica la existencia de un Tribunal Constitucional, el cual tiene el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes. En dicho modelo, la declinatoria de inconstitucionalidad de la ley sólo puede provenir de una corte especializada a esos fines. Además, este sistema se caracteriza por que la sentencia que declara inconstitucional una ley anula ésta, con efectos generales, es decir, tiene efecto *erga omnes*. Pizzolo manifiesta al respecto:

> El control judicial concentrado se diferencia del anterior en que está a cargo de un fuero especializado conocido como "fuero constitucional", ejercido normalmente por un Tribunal o Corte Constitucional, que tiene la exclusividad del control. Generalmente, el Tribunal o Corte Constitucional es un órgano extrapoder, ya que no pertenece al Poder Judicial. En este sistema, el control no puede ser ejercido por cualquier juez; los jueces comunes son incompetentes para conocer de las cuestiones de constitucionalidad, ni siquiera para el caso concreto.[21]

Este sistema ha sido seguido, con diversas modificaciones y variantes, en las constituciones de Italia, España, Austria, Portugal, Alemania, etcétera. En América Latina lo han adoptado las constituciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala y Uruguay, entre otras.

El *control no judicial* o *político* tiene su origen en Francia y se funda en la tesis de que el Parlamento es el único depositario de la soberanía del pueblo y reconoce a la ley como expresión primigenia de la soberanía popular. Por esa razón, un juez u órgano designado indirectamente (ya que su nombramiento no se basa en la elección del pueblo) jamás puede impedir que se aplique la expresión soberana del pueblo.[22]

Es decir, el Parlamento es el único órgano con jerarquía y capacidad para cuestionar una determinada ley que manifieste expresa o tácitamente ser contraria a la Constitución; éste es el caso de la Constitución de Francia (1958).[23]

Los sistemas de *control mixto*,[24] como su nombre lo indica, toman elementos de los dos anteriores (*judicial* y *político*). Así por ejemplo, se toma del sistema judicial

---

lares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u la omisión lesiva". Jorge Horacio Gentile: *El control de las supremacías en las constituciones de Chile y Argentina,* Buenos Aires: ed. Argentina, 1999, p. 111.

[21] Pizzolo: Globalizac*ión e integración…, o. cit., o. cit.*, p. 251.

[22] Ekmekdjian: Derecho comun*itario, o.* cit., p. 267.

[23] Artículo 54: "Si el Consejo Constitucional, a instancia del Presidente de la República, del Primer Ministro, del Presidente de una u otra Cámara o de sesenta diputados o sesenta senadores, declarare que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización de ratificar o de aprobar el compromiso internacional en cuestión no podrá intervenir más que después de la revisión de la Constitución".

[24] La Constitución Colombiana de 1991 mantiene un control mixto de constitucionalidad, pero presenta la novedad de reemplazar a la Sala Constitucional de la Corte Suprema por la Corte Constitucional.

El artículo 4 de la Constitución colombiana establece la supremacía y fuerza normativa de la Constitución: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Cons-

difuso la atribución de todos los jueces para conocer las causas en las cuales se ventila una cuestión constitucional, pero al mismo tiempo se toman del sistema político ciertos casos en que la noción de inconstitucionalidad sólo puede ser iniciada por determinados funcionarios ante un órgano político de control, el cual emite decisiones *erga omnes*.[25]

2.2. Control constitucional según el procedimiento

En relación con el procedimiento instrumentado para provocar el efectivo ejercicio del control de constitucionalidad existen dos tipos: *a priori* y *a posteriori*.

> El control *a priori* se realiza antes de que entren en vigencia las normas objeto de ese control. Tiene carácter preventivo. Por el contrario, el control *a posteriori* se realiza con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma objeto de ese control. Tiene un carácter reparador.[26]

El control de constitucionalidad *a priori* significa entonces someter el proyecto de Tratado a revisión antes del acto de su ratificación por parte del organismo constitucionalmente competente. Remiro Brotóns, sobre el control *a priori*, señala:

> El control preventivo responde a una doble finalidad: por un lado, la de preservar la supremacía de la Constitución frente a los tratados; por el otro, evitar la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de éstos una vez que han sido definitivamente estipulados, evitando las perturbaciones que una declaración de inconstitucionalidad puede producir en el orden internacional.[27]

El control *a priori* resulta relevante cuando se trata de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, lo que es bastante frecuente en el derecho comparado, ya que el carácter *contractual* de los tratados justifica el control

---

titución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

En Ecuador existe un control mixto de control de constitucionalidad, en el que el Tribunal Constitucional ejerce una jurisdicción constitucional especializada, artículo 276 de la Constitución ecuatoriana y de la misma forma el juez está obligado al enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de todo precepto jurídico antes de su aplicación, de la misma forma está obligado a enjuiciar constitucionalmente los actos de los poderes públicos y de los privados e inaplicarlos de resultar no conformes con las normas constitucionales. artículo 272 de la Constitución ecuatoriana.

[25] Humberto Nogueira Alcalá: "Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 2, pp. 59-131, en ‹http://www.scielo.cl/scielo.php?script› (17 de septiembre del 2004). Este autor asegura que Bolivia tiene un sistema de control concentrado basado en las atribuciones del Tribunal Constitucional señaladas en los artículos 116-119 de la Constitución boliviana.

[26] Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 79.

[27] Antonio Remiro Brotons: *Derecho internacional*, p. 243, citado por Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina…", o. cit., p. 957.

a priori, el cual plantea menos problemas, desde el punto de vista de las relaciones internacionales que un control *a posteriori*.

Por otra parte, una excepción al control de constitucionalidad *a priori* se da con la existencia de los tratados ejecutivos. Sobre el asunto señala César Montaño Galarza:

> La segunda, la facultad del ejecutivo de negociar, suscribir, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales sin el concurso del Parlamento, se refiere a lo que la doctrina del derecho internacional público —especialmente francesa— ha llamado "tratados ejecutivos", que por su urgencia, poca complejidad y relativa importancia no requieren de la aprobación por parte del cuerpo legislativo de un país.[28]

Si bien los tratados de este tipo no requieren de un control constitucional *a priori*, por un sentido de eficiencia y practicidad en su aprobación, generalmente se basan en materias que ya fueron tratadas por el Parlamento o se derivan de anteriores tratados que sí tuvieron la oportunidad de ser sometidos al control constitucional. Al respecto dice Montaño Galarza:

> Un tratado como éste pertenece a una especie de convenios internacionales conocidos en el Derecho Internacional público en su práctica, su doctrina y su jurisprudencia como "acuerdos ejecutivos" (*executive agreements*), "acuerdos de ejecución" o "acuerdos en forma simplificada".
>
> Cualquiera de estas denominaciones se refiere a convenios internacionales que por su especial naturaleza no requieren del concurso del órgano legislativo respectivo para su entrada en vigor. Las razones que existen para obviar esa participación son diversas. Sin embargo, la más común es que tales tratados no requieren de una formal aprobación del órgano legislativo porque su contenido se limita a desarrollar estipulaciones ya pactadas en otro tratado para cuya validez el Parlamento ya ha dado su consentimiento constitucional.[29]

Dichos acuerdos ejecutivos, entonces, tienen una característica funcional basada en la rapidez de su aprobación por el Poder Ejecutivo y sin mayor trámite o solemnidad; no obstante, se debe recalcar que son una derivación de tratados más importantes, los cuales tuvieron que ser sometidos a un control constitucional *a priori*; incluso, no se descarta que los mismos tratados ejecutivos sean sometidos a un control constitucional *a posteriori*, para precautelar la estructura y el orden constitucional del Estado. Marco Monroy Cabra, citado por César Montaño Galarza, afirma:

> Nada impide que un acuerdo en forma simplificada que es válido desde el punto de vista internacional pueda *a posteriori* someterse a aprobación parlamentaria para ajustarse a los procedimientos constitucionales o reglamentos internos.[30]

---

[28] César Montaño Galarza: "La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Tratado de la Base Aérea de Manta", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2005, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 223.

[29] Registro oficial n.º 137, 26 de febrero de 1999, citado por Montaño Galarza: "La interpretación jurídica…", o. cit., p. 6.

[30] Marco Gerardo Monroy Cabra, citado por Montaño Galarza: "La interpretación jurídica…", o. cit., p. 221.

Sobre tratados ejecutivos que versen sobre materias de cooperación o coordinación no se legisla en la Constitución boliviana, lo que establece un vacío jurídico que implica más dudas que certezas sobre el tratamiento que da el Estado a sus relaciones internacionales, ya que éstas deberían interpretarse considerando *el principio de efectividad*, es decir, a favor de la práctica positiva de las relaciones internacionales, sea según arquetipos de cooperación, de coordinación o de integración.[31]

En otras palabras, por las materias que traten, ya sean de comercio, cooperación o integración, más allá de los controles a los que se sometan, por cierto necesarios para precautelar la noción de supremacía constitucional, los tratados deben estar imbuidos de una noción de practicidad y eficiencia en su aprobación por los órganos estatales pertinentes (de ahí los tratados ejecutivos), puesto que el acelerado y dinámico movimiento de las relaciones internacionales entre Estados así lo determina.

Volviendo sobre el control constitucional *a priori* más adelante, se verá cómo opera en algunas constituciones de la Unión Europea, el Mercado Común del Sur (Mercosur) y de la Comunidad Andina (CAN).

2.3. Control constitucional por los efectos

Por los efectos de la declaración del órgano que ejerce el control de constitucionalidad, éste puede clasificarse en *interpartes* y *erga omnes*.

> En el primero la decisión del órgano no invalida la norma de alcance general, sino que sólo prescinde de aplicarla al caso o litigio concreto en el cual se está discutiendo su validez constitucional. En el segundo, la misma decisión implica la declaración de nulidad de la norma en cuestión, es decir, ésta deja de tener aplicación en todos los casos.[32]

En primera instancia, se sabe que se plantea en términos antagónicos la relación entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico comunitario: o se da preferencia a la supremacía constitucional, con la consiguiente facultad de ejercer el control de constitucionalidad, lo que traería como consecuencia desconocer la supremacía del derecho comunitario y, a su vez, la pertenencia del Estado a alguna organización supranacional comunitaria, o bien se reconoce la supremacía del derecho comunitario, con el consiguiente perjuicio a la supremacía constitucional y la crisis del ordenamiento jurídico interno.

---

[31] En el informe de la Secretaría General, Washington DC, 1967, p. 10, del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Mesa redonda sobre "La integración de América Latina y la cuestión constitucional", consta "la necesidad de recurrir nuevamente, y ahora con más poderosas razones, al criterio de la efectividad en la interpretación y aplicación de aquellas disposiciones constitucionales que puedan en algún modo obstaculizar el proceso de integración económica de la región y la marcha acelerada de su desarrollo". Citado por Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina…", o. cit., p. 952.

[32] Pizzolo: *Globalización e integración.…*, o. cit., p. 251.

Para esclarecer estas posiciones supuestamente encontradas, son importantes las afirmaciones de Pizzolo:

> Si en ejercicio de la facultad de control de constitucionalidad, el órgano habilitado de un país involucrado en un proceso de integración similar al de la Unión Europea declarase inconstitucionales a las normas comunitarias y la Constitución permaneciese inalterada, políticamente, a ese Estado no le quedaría otro remedio que retirarse de la Comunidad. Esta alternativa de hierro ha sido superada por muchos países de la Unión Europea apelando al control de constitucionalidad *a priori*.[33]

2.3.1. Una solución al antagonismo por la supremacía: el control de constitucionalidad a priori

El control constitucional *a priori* es pues un principio de solución a la crisis por la supremacía del orden jurídico comunitario con el orden jurídico nacional. Dicha solución consiste en ejercer un control constitucional *a priori* de las normas comunitarias originarias, o, explicado de otra manera, consiste en someter a revisión previa, por el organismo constitucionalmente competente, el tratado o proyecto de tratado, de modo que, llegado el caso, se determinen las posibles incongruencias de éste con la Constitución. Así, si se determinase seguir adelante con el proceso de integración, deberá reformarse el texto constitucional en todo a lo que hace a las incongruencias señaladas, para que, finalmente, el tratado quede libre de todo reparo.[34]

De este modo, el tratado fundacional adquiere una validez jurídica plena y la Constitución no ve disminuida su supremacía, puesto que, antes de adoptarse dicho tratado, la Constitución, en ejercicio de sus funciones de ordenación y fundacional, previó y autorizó la pertenencia a una determinada organización comunitaria.

Según se observa en el derecho constitucional de la Unión Europea, este control *a priori*, frente a la inseguridad y las tensiones que crea el control *a posteriori*, es adecuado y respetuoso del derecho comunitario originario, porque concilia el principio de primacía de éste con el cuidado de crear un cerrojo de seguridad contra la adopción de compromisos internacionales que comprometan la soberanía nacional.

En este sentido, en el ámbito de la Unión Europea, Blumann,[35] citado por Ekmekdjian, califica la gravedad del control *a posteriori* como *aberrante*, pues viola los principios del carácter obligatorio de los tratados y de la continuidad del Estado y podría comprometer su responsabilidad internacional.

Las ventajas de este procedimiento de control constitucional *a priori*, quedaron en evidencia, cuando Francia y España ratificaron el Tratado de Maastricht:

---

[33] Ibídem, p. 254.
[34] Ibídem, p. 260.
[35] Ekmekdjian: *Derecho comunitario,* o. cit., p. 121.

> En dicha ocasión, los órganos encargados del control constitucional examinaron el nombrado tratado y determinaron las reformas que debían hacerse en los textos constitucionales si se quería seguir con la integración. Las constituciones fueron modificadas y el Tratado de Maastricht entró en vigencia sin que se produjeran inconcordancias con los respectivos textos constitucionales.[36]

Se dice que con el control de constitucionalidad *a priori* se resguarda la supremacía de la Constitución; para comprobar esto, se debe volver sobre las funciones de las normas constitucionales.

La función de ordenación significaba la posibilidad para estas normas de ordenar y acomodar el resto de la generalidad del derecho positivo. La función fundacional, por su parte, implicaba que las normas constitucionales eran el fundamento, la base del orden jurídico nacional. Estas dos funciones se veían seriamente amenazadas por la pretensión de supremacía del derecho comunitario.

Pero distinta es la historia si son las mismas normas constitucionales, precisamente en ejercicio de sus funciones (función de ordenación y fundacional), las que determinan la posibilidad de admitir la primacía del derecho comunitario. Entonces, la posibilidad de ceder el primer lugar en la jerarquía del orden jurídico no implica ceder la facultad de mandar ni dejar de ser el sostén en el resto de la normativa jurídica. En otras palabras, la Constitución, como efecto directo de la noción de soberanía, autoriza la vigencia del derecho comunitario y sigue teniendo primacía sobre aquellas materias que no fueron delegadas al ente comunitario.

De esta forma, la Constitución garantizaría plenamente la incorporación del Estado a un proceso de integración sin resignar su potestad, ya que ella misma sería la que estableciera si se da curso o no a la primacía de las normas comunitarias en el absoluto control y ejercicio de sus funciones.

Otro de los efectos de utilizar un control constitucional *a priori* es que éste se utiliza para los tratados fundacionales o los que crean los organismos comunitarios. Al crear el derecho comunitario originario, se adecua la Constitución a la naturaleza y los alcances del proceso integrador; por ende, el derecho comunitario derivado ya no podría estar en contradicción con la norma constitucional.

2.3.2. Control de constitucionalidad del derecho comunitario derivado

El derecho comunitario derivado es un derecho que se forma directamente de las disposiciones normativas de la comunidad. El control constitucional, entonces, para evitar infracciones e incompatibilidades de estas normas, debe ser ejercido por los propios órganos comunitarios; es decir, es una atribución exclusiva de ellos, ya que se ha dado una transferencia de competencias soberanas que impide a los tribunales nacionales conocer sobre la aplicabilidad de disposiciones comunitarias.

---

[36] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., pp. 256-257.

Con respecto al derecho comunitario derivado, es de suponer que el control constitucional del derecho emanado de los órganos comunitarios esté a cargo de la propia comunidad; particularmente en un órgano con funciones jurisdiccionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.[37] Guy Isaac afirma:

> El Tribunal como cabeza de un verdadero poder judicial no sólo tiene competencia para resolver los conflictos entre los Estados miembros y los particulares, sino también entre los Estados, los particulares y los órganos de gobierno de la Comunidad. Tiene asimismo el control jurisdiccional sobre todos los actos en las materias de la competencia de la comunidad. Sus sentencias son de cumplimiento obligatorio y de aplicación inmediata.[38]

Esto significaría eximir por completo a los tribunales de los Estados parte de dicho control, si se quiere preservar la integridad del derecho comunitario, ya que ha operado una traslación de soberanía que ha generado zonas muertas.

Las zonas muertas son aquellas competencias (de carácter económico, social, jurídico o cultural) cedidas por la soberanía estatal para que los órganos comunitarios puedan ejercerlas plenamente; es decir, el Estado se ve impedido de volver a ejercer determinadas funciones que antes eran de su única responsabilidad y las ha delegado a un organismo comunitario para que éste, en su representación y en representación de los demás miembros, las lleve a cabo. El tratadista Pizzolo amplía el mecanismo por el que se producen dichas zonas muertas:

> En lo que hace a las materias objeto de transferencias de soberanía, las normas constitucionales, por propia voluntad, han desactivado la función de ordenación, ya que una vez que estas normas han designado el lugar que ocupará el derecho comunitario originario en el orden jurídico nacional, no se consideran más competentes para mandar sobre el bloque normativo que aquél genera. Lo mismo sucede con la función fundacional; las normas constitucionales son el sostén del orden jurídico nacional pero no se constituyen en punto de apoyo del ordenamiento

---

[37] "En forma similar a lo que aconteció con el Tribunal Europeo, el Tribunal de la Comunidad Andina ha sentado una vasta jurisprudencia, contribuyendo a la interpretación y aplicación uniforme de la normativa jurídica comunitaria tanto dentro de la comunidad como de los países miembros, garantizando el equilibrio de las instituciones comunitarias y la observancia del orden jurídico comunitario, habiendo logrado clarificar y consolidar el sentido y alcance de los principios de la aplicación inmediata, efecto directo y primacía de la norma comunitaria que caracterizan al derecho comunitario andino y con base en ella se han elaborado los principios generales del mismo, constituyéndolos como fuentes del derecho comunitario, para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, ejerciendo el control jurisdiccional sobre los actos que en ejercicio de sus competencias realizan los órganos que conforman el SAI, así como cumpliendo las otras funciones y competencias que le han sido asignadas y que han contribuido a construir una verdadera institucionalidad comunitaria". Walter Kaune A.: *De la necesidad de la integración y su proyección*, inédito, Quito, 2003, p. 29.

[38] Isaac Guy: *Manual de derecho comunitario general*, 1.ª ed., Barcelona: ed. Murcia, 1995, p. 98.

> jurídico comunitario debido a que éste es autónomo y tiene su propio sostén. Otro tanto ocurre con la función de concordancia, la que también se desactiva, pues al haberse transferido las competencias, no se transfiere con ellas su control. Es el órgano receptor quien ha sido investido por las normas constitucionales para decidir sobre la validez formal y material de los nuevos actos.[39]

Existe con la aparición de las zonas muertas estatales un ejercicio autónomo y propio del derecho comunitario sobre funciones que eran cumplidas por la Constitución, en las materias cedidas por los Estados miembros. Éstos perdieron toda capacidad de volver a ejercerlas; de ahí la importancia del control de constitucionalidad *a priori*, que se hace antes de ingresar a la comunidad, ya que, estando en ella, el control *a posteriori* del derecho comunitario derivado que ejerzan los órganos comunitarios será de su absoluta responsabilidad.

Las normas del derecho comunitario originario poseen ahora las tres funciones similares a las que tienen las normas constitucionales y las ejercen sobre las normas que dicho derecho comunitario derivado va generando. Así, estas normas comunitarias determinan las jerarquías dentro del bloque normativo comunitario.

Pero no debe olvidarse que lo dicho sólo es posible frente a la voluntad de las normas constitucionales que forman parte del orden jurídico comunitario de desactivar sus propias funciones y de cederlas paulatinamente a un orden comunitario.

El que el control del derecho constitucional derivado sea una función exclusiva de la organización comunitaria es principalmente una acción para defender la vigencia del orden comunitario. Éste, como un proceso integrador independiente de los demás Estados, debe supervisar que las normas emanadas de sus órganos sean acordes con la Comunidad y por ende con los Estados miembros, respetando de esta forma la vigencia de la Constitución estatal y consolidando su permanencia, sin que sea un obstáculo a las disposiciones comunitarias que ella misma consintió en aceptar. Así queda asegurado el orden comunitario que establece un nuevo sistema normativo con base en las transferencias de soberanía de los Estados miembros.

Ese conjunto de competencias, voluntariamente cedidas, en uso de la propia soberanía al autorizar la adhesión, no sólo van a desposeer al Legislativo y al Ejecutivo de una parte importante de sus competencias en los ámbitos regulados en los tratados, sino también al Poder Judicial, que tendrá que juzgar en esos ámbitos conforme a los principios y preceptos del derecho comunitario y atenerse a la existencia de un Tribunal de Justicia,[40] único juez de la legalidad comunitaria, conforme a los preceptos de

---

[39] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., pp. 276-257.

[40] Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por decisión n.º 184 de fecha 19 de agosto de 1983, artículo 4: "El tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El tribunal en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino". Kaune: o. cit., p. 29.

los Tratados (artículos 164 a 168 del Tratado de la Comunidad Económica Europea). En la doctrina, anota Aída Kemelmajer de Carlucci:

> Las normas del derecho derivado son actos adoptados por las instituciones de la comunidad en las que participa cada Estado miembro en virtud de un poder normativo del que los Estados se han desprendido. Las normas del derecho derivado pertenecen a un sistema jurídico nuevo y distinto de los ordenamientos de los Estados miembros. El pertenecer a esta comunidad, en consecuencia, implica someterse también a la jurisdicción creada, que es la única que puede juzgar la validez de sus propias normas.[41]

Es importante anotar que los fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sientan precedentes legales y se convierten en parte de la jurisprudencia de cada Estado miembro, y se subraya que a través de ella se han elaborado los principios de derecho comunitario, que, como fuentes de éste, sirven además para llenar lagunas jurídicas. Se destacan la aplicabilidad inmediata, el efecto directo, la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados, el papel preponderante y fundamental en la integración y la consolidación del derecho comunitario.

En suma, el control del derecho comunitario derivado se sitúa en manos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (artículos 175 y 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea) y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (artículo 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

Esto diferencia esencialmente a la Unión Europea de organizaciones internacionales clásicas, en las cuales sólo excepcionalmente está establecida en los tratados fundacionales una competencia judicial o arbitral para la integración de poderes de la organización, como en las organizaciones económicas internacionales.[42]

El que la organización comunitaria pueda ser la que ejerza el control del derecho comunitario derivado es simplemente el reconocimiento que se le da para poder imponer sus decisiones a los Estados miembros y administrar mejor las disposiciones legales provenientes de sus órganos y su aplicación; esto es necesario, ya que se debe tratar de interpretar de forma equilibrada y justa una norma que puede incluso presentar distintos grados de resistencia por parte de los países miembros. César Montaño Galarza señala:

> El *quid* del asunto radica en asumir que, cuando un Estado miembro mediante una disposición constitucional recibe al derecho comunitario originario, automáticamente da la bienvenida al derecho comunitario derivado —cuestión que se verifica en la Constitución del Ecuador—, por dos razones fundamentales. La primera es la vigencia y reconocimiento de fundamentos del derecho internacional como el *pacta sunt*

---

[41] Aída Kremelmajer de Carlucci: "Derecho comunitario y derecho constitucional", en *Integración regional, perspectivas para América Latina*, San Juan: Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994, p. 64.

[42] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 261.

> *servanda* (artículo 26 de la CVDT) que encarna un principio de moral internacional ampliamente reconocido. La segunda razón remite a que el derecho comunitario tiene cualidades únicas (naturaleza, principios y características), amén de particulares disposiciones como los artículos 3 y 4 del TCTAJ, que tratan, en su orden, de la aplicabilidad directa del derecho comunitario andino, así como obligaciones de los países miembros de hacer y no hacer; la una que se traduce en toda clase de facilidades que debe brindar el Estado para la plena vigencia del derecho de la Comunidad, inclusive y de manera excepcional mediante la emanación de actos normativos cuando la disposición comunitaria lo requiere; la otra cuando al país miembro le queda vedada la posibilidad de interponer normas de su ordenamiento interno para no cumplir o entorpecer la correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Además, mediante la acción de nulidad que sustancia el Tribunal comunitario, éste realiza una especie de *control de constitucionalidad* —otros prefieren hablar de un *control de legalidad*— del derecho derivado andino frente al originario o fundacional.[43]

Se establece que, producto de un adecuado control constitucional *a priori* por parte de un Estado miembro de un proceso de integración, el derecho comunitario derivado emergente de dicho proceso no puede estar en contradicción con la Constitución, puesto que su emisión y control se convierten en competencia exclusiva de los organismos comunitarios, por cuanto dicha Constitución prevé el alcance del tratado y asume las consecuencias que se derivan de él, y porque para la vigencia del derecho comunitario también son aplicables disposiciones y principios básicos de las relaciones internacionales, como el señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece:

> El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.[44]

De esta manera y con base en algunos principios de derecho internacional universalmente aceptados, las disposiciones del derecho comunitario derivado quedan exentas de control constitucional, ya que éstas derivan del derecho comunitario originario, el cual ya fue debidamente sometido a su aprobación constitucional. En otras palabras, una vez sorteados los controles normativos nacionales-constitucionales, el derecho comunitario legitima la primacía y aplicabilidad directa de sus disposiciones.

2.3.3. El control de constitucionalidad del derecho comunitario europeo

Hasta el momento se sabe que, si el poder local, aun el constitucional, declarase inconstitucionales a las normas comunitarias y la Constitución permaneciese inalterada, políticamente a ese Estado no le quedaría otro remedio que retirarse de la comu-

---

[43] Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina…", o. cit., p. 974.
[44] Ibídem, p. 975.

nidad. En este sentido la alternativa es de hierro: o se cumple lo convenido constitucionalmente o se modifica la Constitución.[45]

Como consecuencia de lo anterior, el Estado, asumiendo que protege su Constitución y la ratifica como el único poder, está todavía asumiendo que es posible una soberanía en términos absolutos, lo que le restaría muchas posibilidades frente al progreso y el desarrollo que trae la integración.

Para evitar esta alternativa de hierro, lo primero es volver sobre la distinción entre derecho comunitario originario y derivado. El primero viene de los primeros actos comunitarios como el tratado fundacional; el segundo viene de los actos que surgen de los organismos comunitarios. Se examina a continuación cómo es el control de constitucionalidad del derecho comunitario originario en algunos países de la Unión Europea.

En Francia existe un control *a priori*, o sea, anterior al momento de la entrada en vigencia del tratado comunitario, a cargo del Consejo Constitucional; de este modo se previene el conflicto, se evita a la alternativa de hierro y, una vez pasada esta etapa, ningún juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma comunitaria originaria.

Al respecto, el artículo 54 de la Constitución francesa de 1958 dice:

> Si el Consejo Constitucional, a pedido del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de una u otra asamblea, sesenta diputados o sesenta senadores, ha declarado que un Tratado internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no puede ser dada sino después de revisar la Constitución.[46]

Este artículo es reflejo del control constitucional *a priori*, ya que plantea la revisión previa de la Constitución Política, antes de asumir responsabilidad por algún tratado internacional. Si dicho tratado es compatible con un proceso de integración y no es lesivo a los intereses del país europeo, entonces se modifica la Constitución y se procede a su aceptación.

En consecuencia, el mismo Consejo Constitucional a partir de su decisión n.º 78/39, del 16 de junio de 1970, resolvió:

> Todos los tratados internacionales comunitarios regularmente ratificados o aprobados según el artículo 55 de la Constitución que pasaron el control previo, están al abrigo o al resguardo de cualquier otro control de constitucionalidad.[47]

Esta decisión plantea que es necesario dar inmunidad a las decisiones comunitarias frente a otros controles, lo que pone de manifiesto la importancia que tiene el proceso comunitario para el Estado francés.

---

[45] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 261.

[46] Ignacio Sánchez: Tratado *de derecho comunitario europeo,* tomo I, Madrid: Civitas, 1998, p. 45.

[47] Pizzolo: *Pensar el Mercosur,* o. cit., p. 78.

Un sistema similar al francés existe en España: el artículo 95.2 de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. En tal sentido es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre la Constitución y un tratado cuyo texto, definitivamente fijado, no ha recibido aún el consentimiento del Estado. Por eso la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dice que se sometan a este procedimiento los proyectos de tratados.

El Tribunal Constitucional español adopta una doble función, que lo convierte en el coordinador de los tratados comunitarios y la Constitución; si hubiera una contradicción, es necesaria una revisión previa de la Constitución para encarar una posible reforma frente al tratado comunitario, o bien desechar ser parte del tratado por no convenir a los intereses del país. Pero la aceptación del tratado comunitario significa que previamente se hizo el control constitucional respectivo.

Con este sistema de control de constitucionalidad *a priori*, el Estado garantiza poder ser parte de la comunidad y que sus respectivos pronunciamientos serán cumplidos a cabalidad y con eficiencia, reduciendo al mínimo las posibilidades de un rechazo de declaración de inconstitucionalidad del tratado, manteniendo la jerarquía y el control que tiene la Constitución, pues la incorporación a la comunidad se realizó con su consentimiento.

Para poner de relieve la importancia del control constitucional *a priori*, Pizzolo manifiesta:

> Los efectos de una sentencia que considere que el tratado pendiente de conclusión es contrario a la Constitución no tienen el dramatismo de la declaración de inconstitucionalidad del tratado ya celebrado.[48]

El derecho comunitario plantea que las constituciones se reformen en los puntos en que son incompatibles con él, si se quiere seguir con el proceso integrador; por el contrario, si no es posible ser parte de dicho proceso, entonces la Constitución sigue intacta, se detiene el proceso, pero ya no se corre el riesgo de declarar luego de aceptada la norma comunitaria que ésta es incompatible con la Carta Magna.

El artículo 95.1 de la Constitución española también establece:

> La celebración de un tratado constitucional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.[49]

De esta forma, algunos países europeos han encontrado un principio de solución al problema de orden jerárquico entre la Constitución y el derecho comunitario al ejercer un control constitucional *a priori* de las normas comunitarias originarias. Así, la Constitución ve garantizada su plena vigencia y el tratado adquiere una estabilidad jurídica plena por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal Constitucional.

---

[48] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 261.

[49] Pizzolo: Pensar el *Mercosur, o. cit*., p. 78.

Éste ejerce un control permanente para armonizar la vigencia de ambos sistemas, nacional y comunitario; de esa forma se asegura la permanente evolución de la integración.

2.3.4. El control constitucional del derecho comunitario derivado europeo

Conforme a lo que llevamos dicho, es de suponer que el control constitucional del derecho emanado de los órganos comunitarios esté a cargo de la propia comunidad, particularmente con funciones jurisdiccionales del tipo de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con el objetivo de preservar la integridad del derecho comunitario, pues no olvidemos que se ha operado una traslación de competencias soberanas que ha convertido en zonas muertas las materias delegadas por los Estados miembros. Esto significa que el derecho interno no puede ya tener ningún tipo de competencia para ejercer potestad sobre dichas normas, las que ahora forman parte del ámbito exclusivo del derecho comunitario, el único autorizado por los Estados parte a ejercerla. En este sentido anota Aída Klemelmajer de Carlucci:

> Las normas de derecho comunitario derivado son actos adoptados por las instituciones de la comunidad en las que participa cada Estado miembro en virtud de un poder normativo del que los Estados se han desprendido. Las normas del derecho derivado pertenecen a un sistema jurídico nuevo y distinto de los ordenamientos de los Estados miembros. El pertenecer a esta comunidad, en consecuencia, implica someterse también a la jurisdicción creada, que es la única que puede juzgar la validez de sus propias normas.[50]

También existen diversos conflictos que cuestionan la aplicación del control de constitucionalidad del derecho derivado. El Estado en Europa todavía parece resentirse ante la posibilidad de aplicar algunas normas que hasta hace muy poco tiempo eran del ámbito de su exclusiva competencia. Al respecto, Mangas Martín señala:

> Sin embargo, es necesario hacer notar que tanto la Corte Constitucional italiana como el Tribunal Constitucional Federal Alemán han sido remisos a aceptar la exclusividad de la Comunidad en el control de sus normas (en especial en lo que hace a la vigencia de los derechos individuales) y en sendos fallos han dejado abierta la posibilidad de realizar tal control. El denominador común a las posiciones de ambos tribunales constitucionales es la reivindicación de ejercer un control de compatibilidad constante del tratado con las respectivas constituciones.[51]

El derecho comunitario ahora tiene la exclusividad de administrar determinadas competencias cedidas por el Estado, y de controlar que las normas comunitarias sean coherentes con la legislación interna de cada Estado miembro. Ésta es una función de su absoluta responsabilidad y ningún miembro puede inmiscuirse en este control, pues

---

[50] Kremelmajer de Carlucci: o. cit., p. 83

[51] Araceli Mangas Martín: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 114.

ya no es de su incumbencia. Sin embargo, en la práctica surgen algunas fricciones con las constituciones de algunos países cuando creen ver afectados sus propios intereses, y todavía no parecen admitir que cedieron competencias soberanas y con ello renunciaron a hacer cualquier control posterior.

Lo dicho parecería significar que aún no existe una total comprensión de los Estados europeos acerca del alcance que le quieren dar al derecho comunitario. Deberán conciliar sus intereses, formar parte en forma más decidida de la integración por la cual trabaja Europa y renunciar necesariamente a algunas de sus competencias exclusivas; por tanto, es necesario que el control del derecho constitucional derivado sea realizado solamente por la organización comunitaria, para preservar su existencia.

2.3.5. Control de constitucionalidad del derecho comunitario en el Mercosur

Es necesario recordar que el control constitucional *a priori* es mucho más conveniente en términos de preservar la supremacía constitucional, puesto que permite que ésta no se vea afectada por la primacía del derecho comunitario, ya que dicho control se realiza antes de que entren en vigencia las normas comunitarias. Tiene carácter preventivo de adecuación de la Constitución.

Por el contrario, el control *a posteriori* se realiza después de la entrada en vigencia de la norma objeto de ese control. Tiene un carácter reparador y crea incertidumbre, ya que existe la posibilidad de que se declare inconstitucional un tratado, lo que virtualmente compromete la responsabilidad estatal y desplaza la noción de supremacía constitucional.[52]

---

[52] "Tenemos que dentro de la matriz normativa, tratándose del derecho internacional convencional, el problema de la jerarquía puede dividirse en dos partes: antes y después de la ratificación del tratado"; en la primera parte, la solución es igual tanto en el derecho internacional general como en el comunitario: las normas constitucionales a través de los órganos competentes deben ejercer la función de concordancia de modo de poder plantear las respectivas reservas al tratado. Previamente la función fundacional se ha manifestado facultando la celebración de dicho tratado. En la segunda parte una vez ratificado el mismo, debe actuar la función de ordenación estableciendo la jerarquía expresa de la norma foránea que se integra.

"Cuando ello no ocurre el conflicto normativo tiende a potenciarse, pero el conflicto mayor se da con el ejercicio de la función de concordancia. ¿Cómo inhibir esta sin que medie atribución de competencias? Creemos aquí que se encuentra el nudo maestro de la cuestión que tratamos. ¿Cómo evitar que, por caso, un órgano jurisdiccional nacional deje de aplicar un tratado o una norma del mismo por considerarlo inconstitucional? Pues bien en estas circunstancias la única salida es que se acepte el ya apuntado hecho que, con la ratificación de un tratado, nace para el Estado y, por ende para todos sus órganos una relación jurídica internacional que lo vincula irremediablemente a un conjunto de principios entre los que se encuentra el de primacía. Por tanto la función de concordancia debe auto excluirse por respeto a los precitados principios internacionales de modo de no llevar adelante ninguna acción que pueda significar el incumplimiento de las obligaciones contraídas con otros Estados. De no admitirse lo anterior la no aplicación del tratado origina indeclinablemente la responsabilidad internacional del estado incumplidor (producto del control *a posteriori*). En suma, creemos que la solución principal a la

Por otra parte, el derecho comunitario originario del Mercosur[53] se generó en varios tratados[54] que culminaron en el Tratado de Asunción, celebrado entre los cuatro Estados de la región, los que a partir de entonces pasaron a ser miembros de la comunidad creada por aquél. El Protocolo de Ouro Preto señala en el artículo 42:

> Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstas en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos para la legislación de cada país.[55]

Con relación a este artículo se debe señalar que no existen en el Mercosur órganos con capacidad normativa que se atribuyan competencias comunitarias, ya que el tratado es propio de instituciones intergubernamentales,[56] que necesitan el consentimiento interno de los Estados para ser efectivas.

En otros términos, el Mercosur actual presenta un cuadro institucional *descarnadamente intergubernamental*,[57] en el cual, como se expondrá más adelante, nin-

---

crisis por la supremacía del orden jurídico interno viene por el lado del control de constitucionalidad *a priori* de la norma internacional que se quiere incorporar, ya que en palabras de la doctrina española en la razón de ser de esta institución están las exigencias de seguridad jurídica que imponen las relaciones internacionales, intentándose evitar las consecuencias de la perfección de pactos inconstitucionales". C. L. Bluman: "L'article 54 de la Constitution française et le contrôle de la constitutionalité des Traités en France", en *Revue Général de Droit International Public*, citado por Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., pp. 246-247.

[53] "En diciembre del año 1994 se suscribe el Protocolo de Ouro Preto que modifica al Tratado de Asunción; conforme a su artículo 34, el Mercosur tendría personería jurídica de derecho internacional público. Este artículo fundamentó el accionar del Mercosur como bloque independiente de sus Estados partes, dotándolo por lo tanto de actitud negociadora frente a terceros estados o grupos de estados.

[54] Ekmekdjian determina las siguientes normas que originan el Mercosur:

"Antecedentes: El tratado de Montevideo de 1980 que creó la Asociación Latinoamericana de Integración y el Tratado de Integración entre Argentina y Brasil de 1988, que fue la base sobre la cual, con la incorporación de Uruguay y Paraguay, se formó el Mercosur.

"Tratado de Asunción: El Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 es la norma de creación propiamente dicha del Mercosur.

"Protocolo de Brasilia: El poder constituyente reformador se ha ejercido con la firma y ratificación del protocolo de Brasilia para la solución de controversias, del 17 de diciembre de 1991.

"El documento se suscribió en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 3 y el anexo III, inciso 2, del tratado de Asunción. Contiene disposiciones mucho más importantes que las de un simple procedimiento provisorio para la solución de controversias. En efecto, entre otras cosas diseña la pirámide jurídica del derecho comunitario del Mercosur, esto es el orden de prelación en la aplicación del derecho comunitario, supliendo así una importante laguna del Tratado de Asunción". Miguel Ángel Ekmekdjian: "¿Una Constitución para el Mercosur?", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, edición 1999,* Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, p. 84.

[55] Pizzolo: *Globalización e integración…, o. cit., pp. 246*-247.

[56] No se produce una transferencia de atributos propios de la soberanía estatal a favor de una estructura comunitaria ubicada por encima de los gobiernos de los Estados parte.

[57] Así lo califica Araceli Mangas Martín, quien afirma que "en el Mercosur sólo hay omnipresencia de los intereses nacionales de los Estados miembros". Mangas Martín: o. cit., p. 6.

guna de las constituciones de los Estados parte prevé un control constitucional *a priori* que legitime un proceso integrador con características supranacionales,[58] por lo que dicho proceso integrador queda en el ámbito clásico del derecho internacional del tipo de asociación y cooperación.[59]

2.3.5.1. Constitución argentina

La Constitución argentina de 1994, en cuanto al procedimiento, no señala ningún control de constitucionalidad *a priori.* Según el órgano que lo ejerce, éste se caracteriza por ser judicial,[60] tal como se desprende del artículo 64 de la Constitución:

> Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75.

Teniendo la ultima facultad en interpretar el tratado internacional, la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso extraordinario previsto en la ley nacional n.º 48, artículo 14.º, admite un control *a posteriori*, el cual, como vimos, no es el más aconsejable en términos de preservar la supremacía constitucional.

2.3.5.2. Constitución del Brasil

La Constitución brasileña de 1988 establece un sistema de control ecléctico entre judicial y concentrado (artículos 97, 102 y 103). El primero implica que cualquier juez puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un tratado. El segundo consiste en el control constitucional que realiza el Superior Federal Tribunal (STF); dicho

---

[58] "Los elementos que caracterizarían a este tipo son: la constitución de órganos conformados por miembros de variada nacionalidad; que la designación de éstos sea un acto del propio organismo comunitario, aunque los miembros pudieran ser propuestos por sus países de origen; que su funcionamiento sea independiente y no respondan a instrucciones de los gobiernos partes, siendo esta última, la nota específica de la supranacionalidad, que a diferencia de la intergubernamentalidad, las tomas de decisiones se incorporan en los ordenamientos jurídicos de los Estados asociados, en forma inmediata, directa y prevalente". Alberto Zelada Castedo: *Derecho de la integración económica*, La Paz: BID-INTAL, 1989, p. 43.

[59] Su marco jurídico formal es el tratado internacional en el cual un Estado parte se obliga a condición de que el resto proceda de la misma manera. El principio de reciprocidad es por tanto una característica inherente a este tipo. Los órganos que establece son órganos de carácter intergubernamental, integrados por los representantes de los Estados parte en el tratado.

[60] La crisis por la supremacía se profundiza en Argentina inconmensurablemente al tener cualquier juez, nacional o provincial, la facultad de declarar inconstitucional una norma internacional, activando la responsabilidad del Estado. Como respuesta a este panorama poco alentador, el proyecto de reforma incorpora la revisión previa de los tratados e inhibe a la jurisdicción local para actuar en contra de ellos. Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 504.

control se basa en la verificación de compatibilidad de una ley que apruebe un tratado, la que puede ser sometida a una acción declarativa de inconstitucionalidad. Como consecuencia, el reglamento interno del STF prevé como medida cautelar la suspensión de la eficacia de dicha norma. Éste parecería ser un control *a priori*, pero se da de manera excepcional. En palabras de Pizzolo:

> Esto último permitiría llevar a cabo un control *a priori*, llamémosle artificial o impropio, pues no está previsto naturalmente como procedimiento.[61]

De esta manera, el Brasil no presenta un control constitucional que sea general para todos los tratados, sino más bien como una excepción, previa declaración de inconstitucionalidad del Superior Federal Tribunal.

2.3.5.3. Constitución del Paraguay

Paraguay presenta un control constitucional concentrado, y es deber de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de una norma en el ordenamiento jurídico de ese país. La Corte Suprema cuenta con una Sala Constitucional expresamente prevista en el texto de la Constitución:

> Artículo 260. De los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional
> Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso. 2. Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.[62]

Paraguay entonces cuenta con un control constitucional realizado exclusivamente por una Sala Constitucional; sin embargo, el procedimiento se caracteriza por ser *a posteriori*, sobre leyes ya promulgadas, y sus efectos son *interpartes*, es decir que sólo tienen efectos sobre el caso concreto, mientras la ley permanece válida para otras situaciones.

2.3.5.4. Constitución del Uruguay

En Uruguay también se tiene un control de constitucionalidad concentrado, tal como lo establece el artículo 257, que dispone:

---

[61] Ibídem, p. 505.

[62] Constitución de la República de Paraguay, 1992, ‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Paraguay›.

> A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia y deberá pronunciarse con los requisitos de la sentencia definitiva.[63]

Dicho control constitucional concentrado puede ser activado: a) por vía de excepción en el marco de un proceso pendiente y b) por vía de acción en un proceso principal por separado.[64]

Según un plebiscito realizado en el Uruguay en noviembre de 1994, tal como dispone el artículo 331, que establece que la Constitución puede ser reformada parcial o totalmente mediante plebiscito, se habilitó a la Corte Suprema de Justicia de ese país a declarar inconstitucionales, aun de oficio, diferentes disposiciones de leyes en materia social. La novedad que se planteaba era el efecto *erga omnes*; es decir, la anulación del efecto de la norma en todos los casos y no en uno en particular. Pizzolo[65] se pregunta si dicho mecanismo de consulta popular no puede ser utilizado para ratificar un tratado internacional que sea fundacional, dotando a la vez al máximo órgano jurisdiccional de la competencia necesaria para que ejercite un control *a priori*, y evitar así contradicciones con la Constitución.

2.3.6. Control de constitucionalidad del derecho comunitario en la Comunidad Andina

Si bien la Comunidad Andina se engloba dentro del tipo comunitario[66] con características supranacionales, las constituciones de la mayoría de sus países miembros no contemplan un debido control constitucional *a priori*, veamos:

---

[63] Constitución de la República Oriental del Uruguay, ‹http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm›.

[64] Artículo 258.

[65] Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., p. 508.

[66] Su origen está en el Tratado de Cartagena de Indias de 1969, al que se incorporó Venezuela en 1973 y que fue firmado también por Chile, que se retiró en 1976. El Sistema Andino de Integración (SAI) está compuesto por el Consejo Presidencial Andino, formado por los presidentes de los países miembros. Los órganos de dirección y decisión son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, integrada esta última por los ministros de Comercio e Integración. En reunión ampliada, la Comisión puede incorporar a otros ministros. La Secretaría General de la Comunidad Andina es el órgano ejecutivo que se encarga de administrar el proceso, velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y presentar iniciativas y propuestas de decisión. Tiene su sede en Lima (Perú) y está dirigida por un secretario general, elegido por consenso por un período de cinco años. El órgano deliberante es el Parlamento Andino y el jurisdiccional es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las instituciones consultivas son el Consejo Consultivo Empresarial Andino y el Consejo Consultivo Laboral Andino. La Corporación Andina de Fomento (CAF) y el Fondo Latinoamericano de Reserva (FLAR) son las instituciones financieras, en tanto las instituciones sociales están conformadas por los Convenios Hipólito Unanue (salud) y Simón Rodríguez (trabajo); la Universidad Andina Simón Bolívar es el órgano educativo.

2.3.6.1. Constitución de Colombia

La Constitución colombiana de 1991 mantiene un control mixto (judicial y concentrado) de constitucionalidad.

Sobre el control judicial, el juez directamente, incluso sin petición de parte, está facultado para inaplicar las normas contrarias a la Constitución en los casos que conozca de oficio. Dicha resolución judicial se somete a los recursos judiciales ordinarios.

Sobre el control concentrado, la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991, en su título VII, denominado "De la Rama Judicial", artículos 239 a 245, establece y regula una Corte Constitucional a la cual, mediante el artículo 241, otorga amplias competencias.[67]

---

[67] Artículo 241: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

"Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

"Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

"Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

"Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

"Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

"Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

"Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

"Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

"Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. 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.

"Darse su propio reglamento". ‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html›.

En cuanto al procedimiento, el control que presenta la Constitución colombiana es *a priori*. Es ésta una de las más completas constituciones del continente, ya que plantea que todas y cada una de las normas convencionales internacionales pasen automáticamente por el control previo a su ratificación a cargo de la CCC (Corte Constitucional colombiana).

Esta revisión es de carácter obligatorio y condice con un control integral previo y automático; así lo dispone el artículo 241 numeral 10 de la Constitución colombiana, el cual consagra la primacía del orden jurídico internacional y facilita de manera efectiva y ordenada la vinculación de su normativa interna con procesos integradores.

2.3.6.2. Constitución de Ecuador

En Ecuador existe un control mixto de control de constitucionalidad en el que ocupa un lugar central el Tribunal Constitucional.[68] Éste ejerce una jurisdicción constitucional especializada, por magistrados letrados, los cuales a través de sus sentencias tienen el monopolio de la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico. El fallo del Tribunal Constitucional ecuatoriano tiene efectos generales y obligatorios (*erga omnes*), ya que la declaratoria de inconstitucionalidad que causa ejecutoria entra en vigencia desde la fecha de su promulgación y deja sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional, sin que exista ningún recurso contra dicha sentencia.[69]

A su vez, el artículo 274 establece un *sistema de control difuso de constitucionalidad de los preceptos normativos*, al entregarle a cualquier juez la competencia de declarar inaplicable, a petición de parte o de oficio, cualquier norma contraria a la Constitución. La disposición constitucional comentada expresa:

---

[68] Artículo 276: "Competerá al Tribunal Constitucional: 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos. 2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales. 3. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo. 4. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes. 5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional. 6. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución. 7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes. Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional". ‹http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/titulo13.html›.

[69] Oswaldo Cevallos Bueno: "El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en el Ecuador", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, Madrid, p. 24.

> Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

El inciso segundo de la misma disposición constitucional agrega:

> Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.

Así, el fallo de los tribunales ordinarios en materia de control de constitucionalidad produce cosa juzgada con efectos *interpartes*, sin perjuicio de que el juez o tribunal deba elevar un informe al Tribunal Constitucional para que éste, si lo considera adecuado, resuelva sobre la materia con efectos *erga omnes*. Sobre el modo de coordinación entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, Torres señala:

> Este mecanismo constituye un elemento novedoso de interacción entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, dotando a este último de una facultad que anteriormente no tenía. Asimismo es novedosa la potestad otorgada a todos los jueces para inaplicar cualquier precepto jurídico inconstitucional o contrario al derecho internacional.[70]

Sobre el control constitucional en cuanto al procedimiento, el artículo162 señala:

> La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.
>
> Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.
>
> La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.[71]

Concordante con dicho artículo, el numeral 5 del artículo 276 de la misma Constitución determina que entre las competencias del Tribunal está:

> Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el H. Congreso Nacional.[72]

Se advierte en los artículos señalados que la Constitución ecuatoriana plantea un control constitucional preventivo (en aquellas materias relacionadas con ámbitos territoriales militares, de integración u otras),[73] que asegura la supremacía constitucional.

---

[70] Luis Fernando Torres: *Legitimidad de la Justicia constitucional*, La Paz: Librería Jurídica Themis, 2002, p. 21.

[71] ‹http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/titulo06.html›.

[72] Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina…", o. cit., p. 957.

[73] "El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: Los que se refieran a materia territorial o de límites. 1. Los que establezcan alianzas políticas o militares. 2. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 3. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley. 4. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos

En otras palabras, ya no es posible que se den casos de impugnación sobre la inconstitucionalidad de los tratados, riesgo al que se someten las constituciones que plantean un control posterior.

Sobre la seguridad jurídica y la estabilidad que implica para el Estado ecuatoriano contar con un control *a priori*, Montaño Galarza apunta:

> La declaración del TC [Tribunal Constitucional] es vinculante y definitiva (artículo 14 de la Ley de Control Constitucional); en consecuencia, de apreciarse incompatibilidad entre el tratado internacional por aprobarse y ratificarse y la Constitución, no hay más remedio que renunciar a la conclusión del tratado, renegociarlo o dotarlo de las necesarias reservas, o bien proceder a la correspondiente "revisión constitucional" antes de proceder a su estipulación definitiva.[74] A esto hay que añadir que la revisión que hace el TC no se retrotrae a los tratados aprobados y ratificados por el Estado ecuatoriano, sino a aquellos que aún no lo han sido, lo que ayuda a lograr su estabilidad y permanencia, así como seguridad jurídica internacional, dispensando al Estado de contingente responsabilidad externa.[75]

De la cita precedente, aplicable no sólo al Ecuador, se puede concluir que uno de los rasgos característicos más importantes que implica el control constitucional *a priori* es el de determinar la exención del Estado frente a posibles responsabilidades internacionales que podrían ocurrir si se determinaran incongruencias de los tratados con normas constitucionales.

2.3.6.3. Constitución de Perú

La Constitución peruana de 1993 mantuvo un modelo dual de jurisdicción constitucional. En el artículo 200[76] estableció un órgano que realiza control concentrado de constitucionalidad con efectos *erga omnes*: el Tribunal Constitucional, independiente y autónomo de los demás órganos estatales, fuera de la estructura orgánica del Poder Judicial, con atribuciones de jurisdicción constitucional limitadas. La falencia de dicho tribunal es que realiza un control constitucional por el procedimiento *a posteriori*, lo que pone en discusión la fe del Estado cuando plantea la inconstitucionalidad de obligaciones contraídas en tratados internacionales después de su ratificación.

Por otra parte, se da también un control difuso, ya que el artículo 138 de la Constitución determina:

---

colectivos. 5. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley. ‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html›.

[74] Remiro Brotons: o. cit., p. 243.

[75] Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina…", o. cit., p. 958.

[76] "Son garantías constitucionales: […] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. Constitución Política del Perú de 1993, actualizada hasta reformas introducidas por la Ley 27 365, del 02.11.2000". ‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Peru/per93.html›.

> En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango menor.[77]

Así, todo tribunal ordinario de justicia realiza control de constitucionalidad en los casos concretos en que le toca conocer, y estas sentencias tienen efectos *interpartes*.

Tal es el modelo dual de control de constitucionalidad en Perú, donde opera un Tribunal Constitucional y en paralelo un sistema difuso de control desarrollado por los tribunales ordinarios.

2.3.6.4. Constitución de Venezuela

La Constitución Bolivariana de Venezuela, de diciembre de 1999, mantiene un sistema mixto de control de constitucionalidad. Por una parte, existe un control de constitucionalidad difuso en manos de todos los jueces, establecido en el artículo 334 de la Constitución, el que determina:

> Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

En coherencia con dicho artículo, el inciso segundo de la disposición citada agrega:

> En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

La innovación de la Constitución de 1999 se encuentra en la afirmación del control concentrado de constitucionalidad en una Sala Constitucional del Tribunal Supremo, establecida en el artículo 262.[78] Los magistrados integrantes permanecen por un periodo de doce años en funciones, sin reelección.

A dicha Sala Constitucional del Tribunal Supremo como jurisdicción constitucional le corresponde la competencia exclusiva de declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley; realiza un control preventivo o *a priori* de constitucionalidad de los tratados internacionales a solicitud del presidente de la República o de la Asamblea Nacional, antes de su ratificación por el Congreso.[79]

---

[77] Ibídem.

[78] Artículo 262: "El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en Sala Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999". ‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Venezuela/ven1999.html›.

[79] Artículo 336: "Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación". ‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Venezuela/ven1999›.

La Constitución venezolana, al incorporar la normativa que dispone el mecanismo de ratificación *a priori* de los tratados, evidencia un legítimo interés en la integración, con mecanismos pertinentes que salvaguardan la supremacía constitucional y la legitiman, ya que ella misma prevé ser parte de los procesos integradores. No obstante, se puede señalar como una falencia el que dicha normativa no diga expresamente que cuando se desee revisar un tratado hay que adecuar la Constitución a él y, en consecuencia, proceder a la reforma constitucional, tal como lo hacen constituciones como la española, por ejemplo.

3. Control constitucional previo en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia y su relación con las relaciones internacionales

Toda Constitución Política, Carta Magna o Ley Fundamental de un Estado debe contener los rasgos generales y objetivos básicos en los que se sustenta una determinada sociedad y los modos en los que ésta se inserta a la comunidad internacional; partiendo de esta premisa, el objetivo de este trabajo es realizar un análisis crítico sobre el control de constitucionalidad de la Constitución Política del Estado boliviano en el contexto de las relaciones internacionales, para referirnos luego a la regulación de las relaciones internacionales en la Constitución boliviana.

3.1. El sistema de control de constitucionalidad boliviano

La Constitución de 1967, que rigió hasta 1994, entregaba el control jurisdiccional de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, como lo establecía el artículo 127, párrafo 5, de dicha Carta Fundamental. En efecto, la norma citada establecía la atribución de la Corte Suprema para:

> Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho de cuya decisión depende la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o cualquier género de resoluciones.[80]

Se establecía así un control constitucional concentrado, cuya sentencia tenía sólo efectos *interpartes*.[81] La reforma constitucional del 11 de agosto de 1994 incorpora a la Constitución el modelo de control concentrado de constitucionalidad en un Tribunal Constitucional,[82] el cual tiene las siguientes atribuciones:

---

[80] Constitución Política de Bolivia de 1967 con reformas de 1994. ‹http://www.derechoprofundizado.org/biblioteca_virtual_del_derecho›.

[81] Nogueira Alcalá: "Los tribunales constitucionales…", o. cit.

[82] Artículo 116, número 4: "El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional". Constitución Política de Bolivia de 1967 con reformas de 1994. ‹http://www.derechoprofundizado.org/biblioteca_virtual_del_derecho›.

> Artículo 120.
> Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver:
> 1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto y remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.
> 2. Los conflictos de competencias y controversias entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.
> 3. Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales;
> 4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.
> 5. Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas;
> 6. Los recursos directos de nulidad interpuestos en resguardo del artículo 31 de esta Constitución.
> 7. La revisión de los recursos de amparo constitucional y "habeas corpus";
> 8. Absolver las consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto. La opinión del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta;
> 9. La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales;
> 10. Las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución.

La independencia de dicho Tribunal Constitucional está garantizada por el artículo 119 de la Carta Fundamental, que establece en su parágrafo I:

> I. El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución. Tiene su sede en la ciudad de Sucre.

La ley del Tribunal Constitucional (LTCB), n.º 1836, de 1 de abril de 1998, en el artículo 1, parágrafo II, señala como fines del Tribunal Constitucional:

> Ejercer el control constitucional y garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados.

El artículo 2 precisa:

> Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado, hasta tanto el Tribunal Constitucional, resuelve y declara su inconstitucionalidad.

Se debe destacar que esta disposición reconoce al Tribunal Constitucional como el único órgano que determina por sus sentencias la inconstitucionalidad de las normas y actos respectivos.

Por su parte, el artículo 228 de la Constitución, dispone:

> 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.[83]

Dicho artículo presenta la obligación que todos los jueces y tribunales tienen de aplicar la Constitución, al resolver un proceso judicial que llega a su conocimiento, interpretando la Carta Magna en aquellos casos en los que se presente una contradicción de la disposición legal aplicable. En opinión de Nogueira Alcalá,[84] los jueces sólo pueden promover el control de constitucionalidad, pero no pueden ejercerlo directamente, como podía entenderse, antes de la existencia del Tribunal, del contenido del artículo 228 de la Constitución.

En efecto, la interpretación sistemática y unitaria del texto constitucional ha llevado a que los tribunales ordinarios, cuando conocen de algún problema de constitucionalidad de normas legales aplicables al caso concreto, elevan incidentalmente el asunto al conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional.

El artículo 59 de la LTCB dispone textualmente:

> El recurso indirecto o incidental procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte.[85]

Esto significa que, si el juez o tribunal judicial tiene duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley, el decreto o la resolución sobre la que debe fundar sentencia en el proceso que conoce y tramita, deberá promover el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad.[86]

En Bolivia existe así un sistema de control constitucional concentrado, con efectos de cosa juzgada, sin existencia de recurso ulterior.

---

[83] Ibídem.

[84] Nogueira Alcalá: "Los tribunales constitucionales…", o. cit.

[85] ‹http://www.tc.gov.bo/gate.html.name›.

[86] "Es una acción jurisdiccional extraordinaria que tiene la finalidad de someter al control de constitucionalidad una disposición legal sobre cuya constitucionalidad se tiene una duda razonable y fundada en aquellos casos concretos en los que una sentencia o resolución administrativa debe fundarse en sus normas a objeto de que el órgano competente verifique la compatibilidad o incompatibilidad de la disposición legal aplicable al caso concreto, con los principios, valores, preceptos o normas de la Constitución. Es indirecto porque las personas jurídicas o naturales contra quienes se pretende aplicar la disposición legal aparentemente inconstitucional no pueden realizar la impugnación de manera directa, sino a través del juez, tribunal judicial o autoridad administrativa ante quien se tramita el proceso judicial o administrativo. Es incidental porque la acción es promovida como una cuestión accesoria sin perjudicar la tramitación del asunto principal que es el proceso judicial o administrativo". José Antonio Rivera Santibáñez: *Recurso de Inconstitucionalidad en Bolivia*, ‹http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/25.pdf›.

En cuanto al control procedimental de los tratados, la Constitución boliviana establece en el citado artículo 120, número 8, que son atribuciones del Tribunal Constitucional:

> Absolver las consultas del Presidente de la República, el Presidente del Honorable Congreso Nacional y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto. La opinión del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta.[87]

De este último artículo se desprende la naturaleza preventiva o *a priori* que tendría la Constitución boliviana, no obstante no se establece en la Constitución si ésta será debidamente reformada en caso de que existieran desacuerdos con el tratado internacional; tampoco se establece específicamente si la consulta se realizará de forma previa a la aprobación del tratado. Más explícito es el título cuarto de la LTCB, que en el capítulo XIII establece la siguiente normativa:

> De la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales
>
> Artículo 113. De la consulta. Cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre la constitucionalidad de los mismos, el Presidente del Congreso Nacional, con resolución camaral expresa, deberá enviar el mismo en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación.
>
> Artículo 114. Trámite. Recibida la consulta, el Tribunal Constitucional dispondrá la citación del Ministro de Relaciones Exteriores en representación del Poder Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que aquél en el término de quince días exprese su opinión fundada sobre la consulta. El Tribunal, en el término de treinta días, emitirá declaración constitucional.
>
> Artículo 115. Declaración y efectos.
>
> I. La declaración tendrá efecto vinculante.
>
> II. Si el Tribunal declarare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución no podrá ser aprobado.
>
> III. En el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional.

El artículo 115, parágrafo segundo, es categórico al afirmar: "Si el Tribunal declarare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución no podrá ser aprobado". Creemos que este enunciado no está acorde con los principios integradores que debería tener la Constitución boliviana, puesto que pone al Estado, en palabras de Pizzolo,[88] ante una "alternativa de hierro" que no permitiría la adecuación constitucional de Bolivia a los procesos de integración regional.

---

[87] Constitución Política de Bolivia de 1967 con reformas de 1994. ‹http://www.derechoprofundizado.org/biblioteca_virtual_del_derecho›.

[88] "Si el poder local, aun el constitucional, declarase inconstitucionales a las normas comunitarias y la Constitución permaneciese inalterada, políticamente a ese Estado no le quedaría otro remedio que retirarse de la Comunidad. En este sentido la alternativa es de hierro: o se cumple lo convenido constitucionalmente o se modifica la Constitución…". Pizzolo: *Globalización e integración…*, o. cit., pp. 237-238.

3.2. Tribunal Constitucional y supremacía constitucional

Pese a que la Constitución boliviana está rezagada en materia de relaciones internacionales e integración, del análisis del artículo 120 de la Carta Magna se advierte un leve atisbo referido a la supremacía constitucional en cuanto al objeto del tema en estudio, por cuanto ese artículo señala que el Tribunal Constitucional tiene atribuciones para conocer y resolver:

> 9. La constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.

Esta norma da a entender que implícitamente se reconoce que la Constitución se encuentra por encima de los tratados o convenios internacionales; sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico de Bolivia no existen disposiciones expresas sobre el lugar jerárquico que ocupan preceptos internacionales o comunitarios.

De todo ello consideramos pertinente manifestar que el tema de la preeminencia de los tratados, concordatos, convenios internacionales y las normas del derecho comunitario, como son las creadas por la Comunidad Andina y el Mercosur, ambos procesos de integración de interés para Bolivia, no están debidamente legislados en el texto constitucional ni en las leyes de Bolivia.

En definitiva, al ser la legislación constitucional la más importante referencia de la personalidad jurídica de los Estados, es necesario que ésta exprese un ordenamiento legal pertinente, que oriente la política de integración del país con principios modernos de derecho internacional e incluso comunitarios; es decir, que se norme la pertenencia del Estado a organismos de derecho internacional o de derecho comunitario, permitiendo la aplicación directa del derecho comunitario y la primacía de sus normas frente al derecho nacional o interno, para de esa manera fortalecer el ordenamiento jurídico boliviano en contextos externos.

Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires: Editor, 2003.

BLUMAN, C. L.: "L'article 54 de la Constitution française et le contrôle de la constitutionalité des Traités en France", en: *Revue Général de Droit International Public* (citado por Calogero Pizzolo en *Globalización e integración…*).

CEVALLOS BUENO, Oswaldo: "El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en el Ecuador", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002.

DERMIZAKI P., Pablo: "Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: "¿Una Constitución para el Mercosur?", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 1999, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.

— *Derecho Comunitario*, Buenos Aires: Dep alma, 1996.

HORACIO GENTILE, Jorge: *El control de las supremacías en las constituciones de Chile y Argentina*, Buenos Aires: ed. Argentina, 1999.

KREMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Derecho comunitario y derecho constitucional", en *Integración regional, perspectivas para América Latina*, San Juan: Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994.

MANGAS MARTÍN, Araceli: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid: Tecnos, 1987.

MONTAÑO GALARZA, César: "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

— "La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Tratado de la Base Aérea de Manta", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2005, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 2, 2003, pp. 59-131, disponible en ‹http://www.scielo.cl/scielo.php› (21.9.2004).

— "Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos," en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2000, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.

SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1989.

PIZZOLO, Calogero: *Pensar el Mercosur*, Buenos Aires: Ediar, 1999.

— *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires: Ediar, 2002.

ROZA ACUÑA, Eduardo: "Supremacía y salvaguarda de la Constitución en América Latina", en *Dispenze di Diritto Publico Comparato*, Urbino, 1999.

TORRES, Luis Fernando: *Legitimidad de la justicia constitucional*, La Paz: Librería Jurídica Themis, 2002.

ZELADA CASTEDO, Alberto: *Derecho de la integración económica*, La Paz: BID-INTAL, 1989.

Páginas web

‹http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/25.pdf›
‹http://www.derechoprofundizado.org/biblioteca_virtual_del_derecho›
‹http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/titulo13.html›

‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/col91.html›
‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Peru/per93.html›
‹http://www.tc.gov.bo/gate.html.name›
‹http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Paraguay›

Jorge Eduardo Tenorio (El Salvador) *

Eficacia de la sentencia de amparo en la jurisdicción ordinaria. Reflexiones

1. Introducción

En el moderno Estado de derecho, sin considerar su mayor desarrollo relativo, se plantea con suma frecuencia la necesidad de definir cuán eficaz es la justicia constitucional ante los demás poderes del Estado, ya se trate de control concentrado o difuso de constitucionalidad, ya se trate de control abstracto o concreto. En todo caso, existe una innegable resistencia de aquellos que ejercen otras demarcaciones de poder para avenirse al cumplimiento voluntario de las sentencias o fallos dictados por los tribunales que conocen de la materia constitucional.

Es indudable e incuestionable que, desde un punto de vista ideal, en el Estado de derecho no debería haber ninguna dificultad en aceptar los fallos que para un eficiente control de constitucionalidad emita el tribunal que ejerza esa suerte de justicia. Pero estamos en el mundo, en el mundo de las realidades que es a su vez el mundo de la política, y para aquellos que ejercen poder, y que asumen que por sus orígenes y representatividad lo poseen en mayor grado, no es fácil reconocer que un tribunal, que siempre es visto como parte del *más débil de los tres poderes*, pueda expulsar del ordenamiento jurídico una disposición legislativa o amparar a un justiciable contra un acto del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, nosotros, hombres del siglo XXI, estamos presenciando el desarrollo de una justicia constitucional que se encamina a convertirse en el mejor, dentro de lo posible, de los valladares contra la arbitrariedad y los excesos del poder. En un lapso de décadas hemos presenciado una evolución ejemplar. Hace apenas unos años los gobiernos autoritarios eran mayoría; en la actualidad, el Estado se encamina con paso

---

* Doctor en Derecho, magistrado y ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Ministro de Relaciones Exteriores y de Hacienda. Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura. ‹jorgeeduardo_tenorio@csj.gob.sv›.

bastante firme hacia un ente autocontrolado y esencialmente dedicado a preservar la libertad y los demás derechos fundamentales, así como a construir una sólida institucionalidad.

En cuanto al tema concreto del presente artículo, después de la introducción anterior vale la pena mencionar que trataremos brevemente lo siguiente: a) el conflicto entre la justicia y los demás poderes del Estado; b) el conflicto entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; c) la eficacia de los fallos de la justicia constitucional y su ejecutoriedad ante la justicia ordinaria, y d) el valor de la jurisprudencia constitucional como interpretación vinculante de la norma base.

2. Importancia creciente de la justicia constitucional y especialmente del proceso de amparo

Desconocer el aporte que a la modernización del Estado brinda la justicia constitucional es poco menos que vivir con una venda en los ojos. A estas alturas de la historia, en los inicios del siglo XXI, la contribución que la justicia constitucional ofrece para la modernización de las instituciones, para la corrección de los defectos funcionales de la organización del Estado, para la superación de los grandes problemas que aquejan a la humanidad y para el mejoramiento de las condiciones de vida de ésta resulta indiscutible. En el campo del control de normas generales, los fallos reflexivos de la justicia constitucional rediseñan dichas normas y las ajustan —al menos es la intención— a los rigores de la lógica y a los requerimientos de la modernidad. Éste es un punto incontrovertible. La racionalidad, la proporcionalidad y la consecuencia con los medios, los fines, los objetivos y los valores constitucionales se viabilizan por medio de la jurisdicción constitucional. Son sus fallos los que en ese control abstracto y concentrado, con creatividad, estudio y reflexión profundos, abren nuevos caminos a la esperanza y no sólo a la esperanza: también crean nuevas y mejores realidades. Por su parte, el control difuso ofrece una manera eficaz de frenar los excesos del Poder Legislativo y, cada día más, axiomas como que la interpretación de las leyes es propia y de la incumbencia de los jueces adquieren mayor aceptación. Bien se decía que "se necesita una firmeza poco común de parte de los jueces para que sigan cumpliendo con su deber como fieles guardianes de la Constitución cuando las contravenciones a ella por el Legislativo hayan sido alentadas por la opinión de la mayor parte de la comunidad". Además del aporte señalado, en materia de control concreto, el proceso de amparo continúa su expansión y auge como medida de defensa ejecutiva ante los abusos de aquellos que ejercen poder y pretenden, en su desempeño, soslayar el mandato constitucional.

Es importante mencionar que a estas alturas el amparo original como tutela judicial efectiva ante los actos posiblemente inconstitucionales de la autoridad pública, generalmente actos administrativos, concretos y singulares, se ha expandido a cubrir campos como el amparo contra ley, el amparo contra actos de particulares, el amparo

preventivo y otras figuras que tienden a proteger a la persona natural, e incluso jurídica, contra los abusos o excesos del poder que perjudican intereses concretos y, con limitaciones, difusos. Asistimos entonces a un crecimiento saludable del juicio de amparo, crecimiento que significa una auténtica confirmación del Estado de derecho. A esto dedicaremos nuestros siguientes comentarios.

3. Colisión o conflicto de la justicia constitucional con la justicia ordinaria

Antes de entrar en materia, es importante recordar que el Poder Judicial tradicionalmente ha sido visto como el más débil de los poderes u órganos fundamentales, especialmente por su carácter no representativo, y en otros casos como un oponente natural de la Legislatura y del Ejecutivo. Al margen de ese conflicto, surge otro de capital importancia en los tiempos actuales: se trata del enfrentamiento entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria. Aquélla dicta fallos según los procesos de los cuales conoce, fallos que se fundamentan en la norma base, en la Constitución; fallos que en consecuencia son de última instancia y, dicho en los términos más sencillos, de superior jerarquía que los que emita la justicia ordinaria. Visto lo anterior desde una posición reduccionista, ninguna dificultad cabría puntualizar para que se admita la supremacía de la sentencia cuya motivación se encuentra en la norma primaria; es decir, la constitucionalidad se impone por sí sola y sin discusión de ninguna naturaleza a la mera legalidad.

La dificultad no estriba en el enunciado anterior; más bien consiste en el origen del fallo, en el rango de quien lo dicta y en una tradición de muchos siglos en la cual se inscribe la idea fuerza de que la Constitución no era —ésta es una afirmación superada— operativa *per se*.

En orden de aclarar en alguna medida este debate, vamos a analizar brevemente diversas hipótesis: 1) cuando existe una justicia constitucional asignada a un órgano o Institución independiente del Poder Judicial; 2) cuando éste ejerce la justicia ordinaria y administra además la Constitucional; 3) cuando hay un desdoblamiento y dentro del Poder Judicial, o más bien de su cúpula, se crean departamentos o salas que, separada e independientemente, conocen con exclusividad de la materia constitucional y/o de asuntos de mera legalidad. En el primero de los casos, existe siempre un conflicto sólo superado con mucha sabiduría jurídica: el cuestionamiento de los fallos del Tribunal Supremo por el Tribunal Constitucional es casi inevitable y es una fuente continua de conflictos y enfrentamientos que en gran medida afectan a la estabilidad y a la seguridad. Existen sin embargo mecanismos de índole jurídica que permiten superarlos y que generan un ambiente propicio para el entendimiento y para el eficaz cumplimiento de las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional, siempre que ellas se basen en la norma fundamental. En las otras hipótesis, existe a mi juicio una mayor posibilidad de armonía y entendimiento interjusticias (si se me permite ese término), desde el punto de vista de que hay una relación interpartes insertas en la misma institución; es decir, si dentro de un Tribunal Supremo una división

resuelve lo constitucional y otra las casaciones, no existe problema en darles primacía a los fallos originados en la norma base; otra solución es que las salas o divisiones conozcan la legalidad y el pleno del supremo resuelva sobre lo constitucional. En todo caso, buena voluntad, búsqueda de los mejores valores, profundidad y evolución positiva hacen posible superar esos diferendos.

Mucho más complejo es el caso en que un fallo dictado en un proceso constitucional, específicamente en el caso del amparo, deba ser ejecutado por un tribunal del fuero ordinario. La hipótesis es la siguiente: la administración de justicia —nos referimos a la ordinaria— comprende, además de la potestad de juzgar, la de hacer ejecutar lo juzgado en materia inclusive constitucional. Cuando en un fallo de un juicio de amparo estimatorio el efecto restitutorio de la sentencia se traduce en una indemnización pecuniaria de daños y perjuicios, por imposibilidad de revertir el acto inconstitucional impugnado, el justiciable vencedor deberá recurrir a la justicia ordinaria para resarcir los daños y perjuicios sufridos. En este supuesto, caben diversas hipótesis: a) El justiciable vencedor en el juicio de amparo, proceso dentro del cual debió demostrar los agravios sufridos, irá a la justicia ordinaria para el solo fin de satisfacer los daños y perjuicios sufridos, sin necesidad de probar con plenitud de trámites éstos; es decir, la sentencia de amparo es ejecutable como un documento de obligación legalmente extendido. b) En opinión de algunos, el justiciable tendrá que ir a la justicia ordinaria en similar hipótesis a la anterior, a establecer, dentro de un proceso declarativo, que existe la obligación de cubrirle esos daños y perjuicios, de probar los mismos daños y perjuicios y de acreditar su cuantía, con lo cual estaría siguiendo dos procesos con plenitud de trámites: por una parte el amparo, por otra el juicio ordinario declarativo de daños y perjuicios. Existe entonces la posibilidad de que se produzcan fallos contradictorios: un amparo estimatorio, en el cual se estableció la violación constitucional y el agravio que ésta causó, y por otra parte el juicio de daños y perjuicios, en el cual podría el juez ordinario estimar que éstos no se han establecido. Habría así dos sentencias en pugna, resultado de dos esfuerzos procesales significativos, y además un desconocimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional (o, en su caso, en un proceso de naturaleza constitucional).

4. Avenidas de solución. Ideas o reflexiones

Una de las soluciones pasa por incorporar dentro de la legislación una o más normas que contundentemente declaren la superioridad de la justicia constitucional en su materia y la ejecutoriedad de los fallos que en ella se pronuncien. Esto volvería incuestionable por el juez ordinario el dictado del Tribunal Constitucional en un proceso de amparo y sería la máxima expresión de seguridad jurídica para las personas que acudan a esa justicia. El juez ordinario entonces se vería constreñido a liquidar por la vía más expedita los daños y perjuicios irrogados al justiciable por la violación constitucional de que se trate.

Una segunda vía de solución consistiría en atribuir a la jurisprudencia constitucional poder vinculante incuestionable. El juez ordinario sabría entonces a qué atenerse en esta materia y tendría que ejecutar sin más las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional. Cabría cierta flexibilidad que no atentaría contra la ejecutoriedad de los fallos y que no obligaría a esfuerzos procesales excesivos, inequitativos e injustificados. Moderna legislación declara que el intérprete supremo de la Constitución es el Tribunal Constitucional y que los jueces y tribunales, en sus resoluciones, deben preferir la interpretación que mejor procure la protección y la eficacia de los derechos fundamentales y la consecución de los principios y valores constitucionales.

La tercera solución sería asignar al juez ordinario la posibilidad de aceptar la calidad de ejecutoria de una sentencia constitucional de amparo, según su criterio. Esta vía podría generar graves inconvenientes de inseguridad jurídica y elevar los costos de los procesos a sumas que volverían onerosa e incosteable la justicia, además de que podría prolongar exageradamente la satisfacción de los asuntos sometidos a la justicia. Generaría asimismo inseguridad, por cuanto el juez podría a su discreción variar los criterios de admisibilidad.

Creo que en todo caso la justicia debe ser pronta y eficaz y que la única manera de lograrlo es asumiendo la supremacía de la Constitución y su operatividad.

5. Conclusiones y perspectivas

La materia constitucional, especialmente en la cuestión procesal, dista mucho de ser una materia acabada. Los esfuerzos que se hagan para mejorarla, flexibilizarla y en especial para dotarla de eficacia y eficiencia serán indudablemente bienvenidos por todos los que aspiramos a que el Estado de derecho mejore día a día y así los conflictos se resuelvan de manera pacífica y efectiva.

En el orden de ideas anterior, podemos apuntar los siguiente: 1) debemos reconocer la supremacía de la norma base y su posibilidad de ser aplicada directamente; 2) la autoridad que imparte o administra la justicia constitucional debe ser reconocida y aceptada como la voz final en la cadena jurídica; 3) sólo el poder limitado, sin excepciones, puede ser un poder legítimo y debidamente justificado; 4) las sentencias dictadas en los procesos constitucionales, se trate de control abstracto o concreto, deben gozar de todas las garantías para ser ejecutadas y ningún juez u otro poder del Estado debe tener la posibilidad de escapar a ese cumplimiento.

Bibliografía

BAZÁN, Víctor: "Desafíos del Control de Constitucionalidad", en Néstor Pedro SAGÜÉS: *Los desafíos del derecho procesal constitucional*, y en Miguel Ángel EKMEKDJIAN: *Nuevos amparos especiales en la Constitución nacional y la declaración de inconstitucionalidad a través del amparo*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

CAYUSO, Susana: "El control de constitucionalidad y el rol del Poder Judicial en el sistema argentino", en Germán J. BIDART CAMPOS y otros: *El derecho constitucional del siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

FIX ZAMUDIO, Héctor: *Ensayos sobre el derecho de amparo,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

LÓPEZ GUERRA, Luis: "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", en Gerardo RUIZ-RICO y otros: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia: Universidad de Jaén, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

Humberto Nogueira Alcalá (Chile) *

El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias

1. La reforma constitucional y nuevas modalidades de control de constitucionalidad

La importante reforma al sistema de control de constitucionalidad en Chile, el cual concentra dicho control en el Tribunal Constitucional, constituye un cambio de modelo de jurisdicción constitucional, el cual tiene importantes consecuencias en el sistema de defensa del orden constitucional.

El segundo informe aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados establece en el artículo 82, numerales 6.º y 7.º, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional:

> 6.º Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá este asunto en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.
>
> 7.º Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad con el numeral anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.

El artículo 82 agrega en la materia:

> En el caso del numeral 6.º, la acción podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia.

---

* Profesor titular de Derecho Constitucional y director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. ‹nogueira@utalca.cl›

> Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de la atribución que le confiere el número 7.

A través de estas disposiciones, la Carta Fundamental instituye un juicio incidental de inconstitucionalidad, el cual adopta la particularidad de ser un control concreto que es conocido por una Sala del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 82, n.º 6, como asimismo se establece una acción pública de inconstitucionalidad basada en un interés público de resguardo de la supremacía constitucional que posibilita a cualquier ciudadano solicitar al Tribunal Constitucional que examine en modalidad abstracta la inconstitucionalidad de un precepto legal considerado inaplicable en el examen de control concreto previamente desarrollado por una sala del Tribunal, con el objeto de expulsarlo del ordenamiento jurídico.

1.1. El juicio incidental de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

El *juicio incidental de inconstitucionalidad* permite conjugar dos principios constitucionales básicos: la eficacia directa de la Constitución[1] y el principio de respeto a la ley por los tribunales ordinarios, lo que permite al tribunal ordinario elevar a la consideración del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad.

Ella contribuye a establecer un dialogo y una colaboración entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, como asimismo permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y defensa, así como salvar el principio que prohibía a los jueces letrados y cortes de apelaciones inaplicar por sí mismos un precepto legal posconstitucional o de dudosa constitucionalidad, ya que dicha facultad estaba reservada en forma exclusiva a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constitución, atribución que desaparece con la reforma constitucional que se está aprobando.

El juicio incidental de inconstitucionalidad con modalidad de control concreto previsto por la reforma constitucional chilena se aleja del sistema previsto en Alemania, Italia, España y Bolivia, donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, más cercano al modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constitución de Portugal, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos interpartes; en todo caso, el artículo 280.5 de la Constitución portuguesa genera la obligación para el Ministerio Público de plantear un recurso al Tribunal Constitucional cuando un tribunal aplique a un caso concreto una norma declarada previamente inconstitucional por dicho Tribunal.

---

[1] El artículo 6.º, incisos primero y segundo, de la Constitución, los cuales precisan: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo".

Este juicio incidental de inaplicabilidad que establece el artículo 82.6 de la Constitución se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. *Los sujetos con legitimación activa para promover la cuestión de inconstitucionalidad son los jueces,* los tribunales o los funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las que se desarrolla el procedimiento judicial o administrativo respectivo *de oficio*, en el que deba aplicarse el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad, *o la parte en la respectiva gestión judicial* que se considere afectada por la aplicación de dicho precepto legal.

En este último caso, es necesaria la *legitimación de las partes en la gestión judicial ordinaria o especial para poder comparecer ante el Tribunal Constitucional, las que deben poder realizar las alegaciones que estimen pertinentes sobre la constitucionalidad de las normas enjuiciadas*; ésta es una exigencia que deriva del debido proceso y del derecho de defensa eficaz en el proceso tanto principal como incidental.

Esta perspectiva lo distingue de la cuestión de inconstitucionalidad española, italiana, alemana o boliviana, en las que sólo el juez o el tribunal es el que está legitimado para presentar la cuestión ante el Tribunal Constitucional, además de tratarse en tales casos de un control abstracto y no concreto como se plantea en la reforma chilena. Asimismo, en los casos del derecho comparado considerados, la autoridad judicial o administrativa puede rechazar, por regla general, el incidente planteado por la parte si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá con la tramitación de la causa hasta la sentencia.

2. Se plantea el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del precepto o los preceptos legales considerados inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad, tanto en los aspectos de forma como de fondo, durante la tramitación en la instancia respectiva, antes de dictar sentencia; ésta no puede dictarse mientras no resuelva el Tribunal Constitucional. Ello permite la tramitación de todas las etapas procesales en la instancia; sólo se paraliza la emisión de la sentencia, ya que la supuesta inconstitucionalidad del precepto legal la afecta inmediata y directamente.

3. Consideramos que la ley debe establecer que el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo puede plantearse por una sola vez, *en cualquier estado del trámite del proceso judicial o administrativo: primera o segunda instancia*, o aun en el caso de recurso de casación hasta antes de la ejecutoria de la sentencia.

4. La Sala del Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento sólo se pronuncia sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales apli-

cadas al caso concreto y señaladas con precisión por la parte o la autoridad judicial o administrativa que promueve el incidente de inconstitucionalidad**.**

5. *La Sala del Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad del precepto legal en control concreto,* y es la Constitución el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella.

El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es así un complemento directo de control normativo respecto de la acción directa de inconstitucionalidad, y tiene como objeto inaplicar los preceptos legales que en un caso específico se consideren inconstitucionales, cautelando sólo intereses o derechos subjetivos de las personas, única consideración que fundamenta los efectos interpartes de una sentencia constitucional.

1.2. La acción popular de inconstitucionalidad

1. Cualquier ciudadano basado en el interés público de defender la Constitución ante su eventual vulneración por un precepto legal considerado inconstitucional puede plantear el requerimiento ante el tribunal Constitucional.

Esta acción solo será admisible en la medida en que, previamente, una sala del Tribunal Constitucional haya declarado inaplicable en un caso concreto el respectivo precepto legal, ya que no hay posibilidad de accionar ante el Tribunal Constitucional en forma directa en abstracto sin el requisito establecido.

2. El requerimiento debe realizarse respecto de uno o más preceptos legales declarados inconstitucionales por una Sala del Tribunal Constitucional con efectos interpartes, tanto en aspectos de forma como de fondo.

En efecto, cualquier ciudadano podrá requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre uno o más preceptos legales o leyes sobre las cuales previamente se haya pronunciado el Tribunal Constitucional a través de una de sus salas declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos interpartes, para lo cual deberá especificar los fundamentos y razones que motivan el requerimiento de inconstitucionalidad de cada uno de los preceptos legales o leyes, ya sea por inconstitucionalidad de forma o fondo, precisando las normas constitucionales o el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales que infringe.

3. El Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento, debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de todas las disposiciones o preceptos legales cuestionados de inconstitucionales.

El Tribunal examina la constitucionalidad del precepto legal en *control abstracto,* con la Constitución y el bloque constitucional de derechos como parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ellos. Debe tomar en cuenta las diversas hipótesis posibles por las cuales los preceptos legales pueden ser inconstitu-

cionales, considerando no sólo las normas constitucionales citadas como infringidas por el actor, sino también la conformidad del precepto o los preceptos legales con todas las normas que constituyen parámetro de control de constitucionalidad, ya que se presume que el Tribunal conoce el derecho vigente. Por lo tanto, la decisión de inconstitucionalidad puede basarse en disposiciones constitucionales que hayan sido infringidas por el precepto legal aunque no hayan sido invocadas por el actor.

4. La decisión del pleno del Tribunal Constitucional sólo podrá determinar la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos legales cuestionados en su constitucionalidad, si se pronuncian en tal sentido al menos dos tercios de los ministros en ejercicio.

Dicho quórum nos parece exagerado, ya que posibilita que un criterio minoritario dentro del Tribunal pueda bloquear la determinación de la mayoría absoluta de los ministros que componen dicho Tribunal. Ello establece la paradoja de que el criterio jurídico de la minoría pueda valer más que el criterio jurídico de la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional, posición que constituye una *rara avis* dentro del derecho constitucional comparado, ya que expresa una desconfianza en el criterio de la mayoría del Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.

5. La Constitución no se refiere a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo, al valor de imperio de las sentencias, al valor de los considerandos que constituyen *ratio decidendi* del fallo, como tampoco dota de imperio a dichas sentencias ni determina la forma de comunicar su ejecutoria.

El poder constituyente derivado no establece regla alguna sobre los efectos de los fallos, en el sentido de si ellos son de nulidad y, por tanto, con efectos retroactivos o *ex tunc*, o son efectos anulatorios y por tanto *ex nunc*, vale decir, desde que se dicta la sentencia hacia el futuro. Esta materia deberá ser analizada por el legislador orgánico constitucional que regule la ley del Tribunal Constitucional.

Tampoco se pronuncia el constituyente derivado sobre el imperio de las sentencias, ni sobre el valor vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional respecto de los tribunales ordinarios de justicia y los tribunales especiales.

Finalmente, el texto constitucional no se pronuncia sobre el valor de los considerandos que constituyen *ratio decidendi* de las sentencias adoptadas por el Tribunal ni sobre la modalidad o forma de comunicación la ejecutoria del fallo.

La modalidad de control abstracto de inconstitucionalidad que establece la reforma Constitución tiene algunas semejanzas con aquella que ejerce el Tribunal Constitucional de Portugal, el cual puede examinar y declarar, con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de cualquier norma que haya sido declarada previamente por él inconstitucional en tres casos concretos (artículo 281.3). La diferencia está en el hecho de que la modalidad chilena otorga legitimación activa a cualquier ciudadano, mientras la modalidad portuguesa le entrega al propio Tribunal la competencia de determinar de oficio la inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*,

pero sólo después de haberse declarado la inaplicabilidad del precepto en tres casos concretos.

Nos parece mejor la técnica asumida por el Tribunal Constitucional chileno, ya que evita tener que esperar la existencia de tres fallos en control concreto que determinen la existencia de inconstitucionalidad en el precepto legal, lo que puede postergar por mucho tiempo la expulsión de un precepto legal considerado inconstitucional del ordenamiento jurídico, afectando la seguridad jurídica y la igualdad de las personas ante el derecho.

Es necesario precisar que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional chileno, que necesariamente deberá modificarse, debe pronunciarse acerca de la posibilidad de presentar en una misma gestión judicial pero en diferentes instancias, diferentes incidentes de inconstitucionalidad, ya que la presentación de un incidente de inconstitucionalidad de forma no obsta para presentar luego un incidente de inconstitucionalidad en virtud de un vicio de fondo, salvo que la Ley Orgánica del Tribunal exija plantear todos los problemas de inconstitucionalidad que presenta un precepto legal en un solo incidente, impidiendo a la parte presentar en el mismo procedimiento un nuevo incidente de inconstitucionalidad.

En virtud de la variedad de problemas y situaciones que pueden presentarse en un fallo de un Tribunal Constitucional en control reparador o *ex post* de constitucionalidad de preceptos legales, formulamos las reflexiones y análisis contenidos en el próximo punto de este artículo.

2. Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos

El Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, lo que es así también en el plano de América del Sur, ya que, en los casos en que se posibilita por los respectivos ordenamientos constitucionales el establecimiento de leyes interpretativas de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la atribución para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales leyes, como ocurre por ejemplo con las Constituciones de Chile y Ecuador.

Las decisiones de los tribunales constitucionales no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno: la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra".[2] Ello sin perjuicio de considerar que en estos inicios del siglo XXI existe la jurisdicción supranacional en materia de derechos huma-

---

[2] Véase el voto concurrente del juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953).

nos, la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada.

La magistratura constitucional y su trascendente potestad dentro del Estado Constitucional puede posibilitar el desarrollo institucional democrático y los derechos de las personas o bloquearlos; de las inspiraciones y valores de los ministros que integren el Tribunal Constitucional depende en parte el destino jurídico del país, lo que obliga a los órganos que realizan dichos nombramientos a extremar el análisis de calidad de los ministros que desean nombrar, ya que sobre ellos no habrá controles jurídicos ni políticos durante el largo lapso de sus mandatos.

En efecto, los Tribunales Constitucionales disponen, a través de la interpretación, de la posibilidad de adoptar posiciones conservadoras o progresistas, al ponderar los valores y principios constitucionales y darles aplicación práctica por medio de sus sentencias, donde hay un margen no despreciable de discrecionalidad. No olvidemos las palabras señaladas en su oportunidad por quien fue presidente de la Corte Suprema norteamericana, en cuanto a que la Constitución no tiene otro significado que aquel que le otorgan los jueces constitucionales en sus sentencias ("vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es"); por tanto, dependemos en parte importante del concepto de Constitución que asuman los magistrados constitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional debe interpretar tanto el texto o la disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitucional sometida a juicio. A su vez, los textos son multisemánticos; de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto. En consecuencia, de un mismo enunciado normativo o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales se debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución. Por otra parte, la Constitución dota al juez de la misión de ser guardián de la supremacía y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, proporcionándole para ello el instrumento más eficaz: la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, no lo obliga a utilizar dicha arma en todos los casos, ya que debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producidas por el Parlamento, las que gozan de una presunción de legitimidad. Sólo debe declararse inconstitucional un enunciado normativo cuando en ninguna de sus interpretaciones posibles sea conforme a la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional debe otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, como asimismo debe evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos. Ello abre las puertas a la búsqueda de sentencias que constituyen respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, lo que da origen a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.

Muy grande es así la responsabilidad de los magistrados que integran los tribunales constitucionales, y compleja y trascendente su función.

2.1. Las sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad

Desde una perspectiva elemental, cuando se considera una sentencia de un Tribunal Constitucional que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la Carta Fundamental, la *sentencia puede ser estimatoria* de la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el requirente o demandante. Este tipo de sentencia puede darse también en los casos en que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la *sentencia puede ser desestimatoria* si el Tribunal Constitucional, confrontando la Constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Al confrontar la Constitución con la norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto por sus implicaciones jurídicas como por su trascendencia política.

Nos parece conveniente explicitar en la normativa reguladora del Tribunal constitucional, específicamente en la ley orgánica respectiva, una manifestación de la regla *iura novit curia*, vale decir, que el tribunal conoce el derecho y que lo aplica cuando se lo solicitan a través de acciones abstractas o juicios incidentales concretos, por lo que puede fundar la determinación de inconstitucionalidad en la infracción de *cualquier precepto constitucional*, haya o no sido invocado en el curso del procedimiento por las partes, siempre que exista una conexión con los preceptos constitucionales considerados, lo que otorga a las partes, comparecientes o intervinientes ante el Tribunal, en algún tiempo razonable antes de la decisión, la facultad de pronunciarse sobre la eventual existencia de los motivos eventualmente considerados por el Tribunal que sean distintos de los alegados por los comparecientes.

2.2. Los efectos de cosa juzgada absoluta, relativa o aparente de las sentencias del Tribunal Constitucional

Tanto en América del Sur como en el derecho comparado europeo, las sentencias de término de los tribunales constitucionales producen efectos de cosa juzgada, tanto las que determinan la inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional, como asimismo aquellas que desestiman la inconstitucionalidad de una norma jurídica por razones de fondo, ya que no existe posibilidad de recurso alguno que permita impugnarla dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado. Ello le otorga fijeza —impide que el problema se plantee sobre idéntico contenido— y obligatoriedad para todos los órganos estatales.

En todo caso, es necesario precisar las peculiaridades de la cosa juzgada en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde la supremacía y la funcionalidad de la Constitución adquieren primacía o al menos se equilibran con la seguridad jurídica,

posibilitando en determinados supuestos que el Tribunal Constitucional revise sus propias decisiones desde nuevas perspectivas.

Así, si la respectiva Corte Constitucional se ha pronunciado determinando que el enunciado normativo sometido a su análisis es constitucional, es preciso que dicho estudio se haya efectuado sobre todos los aspectos en que puede incidir el enunciado normativo respectivo, eliminando otras posibles razones de inconstitucionalidad que no se tuvieron en cuenta en la sentencia correspondiente.

Si ello no fuera así, consideramos que los *efectos de cosa juzgada* no podrían ser *absolutos* y sólo tendrían el carácter de *cosa juzgada relativa*.

La *cosa juzgada relativa* existirá en el caso de que el respectivo Tribunal Constitucional, en el momento de hacer su análisis, no haya tenido en consideración determinadas hipótesis posibles de inconstitucionalidad del enunciado normativo, lo que puede reconocerse de dos maneras. La primera, cuando el propio Tribunal Constitucional en el fallo señala que su análisis sólo consideró los aspectos impugnados por la parte demandante, en cuyo caso los efectos de cosa juzgada son relativos sólo a esa dimensión del análisis, y podrán presentarse nuevas demandas de inconstitucionalidad del enunciado normativo basadas en cuestiones distintas no consideradas en el fallo inicial. La segunda forma posible de reconocer una realidad de cosa juzgada relativa es cuando la sentencia del Tribunal Constitucional nada dice de haber examinado el enunciado normativo sólo desde determinados ángulos, por lo cual podría presumirse que lo hizo desde todos los posibles; en tal caso, la cosa juzgada sería absoluta. Sin embargo, ello no sería así si en el análisis de los fundamentos del fallo en que se resolvió el caso anterior no existe elemento que permita considerar razonablemente que se tuvo en consideración el nuevo problema constitucional planteado en la nueva demanda; en esta última hipótesis puede sostenerse con fundamento suficiente que el primer fallo tiene efectos de cosa juzgada relativa.

Además de distinguir entre cosa juzgada absoluta y relativa, es necesario tener presente la situación de *cosa juzgada aparente*. Esta situación ocurre cuando, al sustentar una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no se han establecido los fundamentos racionales y jurídicos de la decisión en que se declara uno entre otros textos normativos como constitucionales. En tal caso, sólo existe cosa juzgada aparente, ya que no se ha examinado efectivamente si el texto normativo específico en confrontación con la Carta Fundamental es constitucional o inconstitucional. No debe olvidarse que una sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe ser motivada, fundada en las fuentes del derecho vigente, y congruente. No existe fallo ni cosa juzgada sin adecuado sustento jurídico de la decisión; una decisión inmotivada es una decisión arbitraria que constituye sólo una situación de hecho.

Así, por ejemplo, la *Corte Constitucional Colombiana*, en 1994, había dictado una sentencia que, entre diversas otras disposiciones, había sostenido en la parte resolutiva del fallo que todo el decreto 663 de 1993, sobre el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, del cual hacían parte las disposiciones nuevamente impugnadas de incons-

titucionalidad, era constitucional. Analizada en el nuevo caso la sentencia de 1994, la Corte se dio cuenta de que en los considerandos del fallo había omitido todo análisis del decreto 663 de 1993, el cual aparecía declarado constitucional entre muchas otras disposiciones que en dicha oportunidad habían sido demandadas de inconstitucionalidad. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-700 de 1999 debió reconocer que, respecto de dicha disposición normativa, en la sentencia de 1994 había sólo una apariencia de cosa juzgada, y pudo determinar en la nueva sentencia que el decreto 663 era inconstitucional.

Todas las consideraciones anteriores se hacen sin perjuicio de lo dispuesto por las jurisdicciones internacionales o supranacionales a las cuales el Estado haya reconocido jurisdicción vinculante, obligándose a cumplir dichas sentencias, como ocurre en el ámbito latinoamericano con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[3] lo que debe llevar a revisar el fallo del tribunal interno nacional cuando éste sea la causa de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por vulneración de derechos humanos. Así lo ha determinado la Corte Interamericana ya claramente en el caso *Barrios Altos*, entre otros.

Asimismo, en España e Italia, entre otros países, se posibilita que una ley sobre la cual ya ha existido un pronunciamiento en control abstracto de constitucionalidad por el respectivo Tribunal Constitucional pueda volver a cuestionarse por la vía del control concreto mediante la invocación de circunstancias nuevas o motivos diferentes. Estas materias deben regularse en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional chileno.

2.3. La cosa juzgada formal y material

Es normal que en los diferentes países el Poder Judicial cuente con variados grados e instancias, en cada uno de los cuales el fallo del respectivo tribunal o corte tendrá valor de cosa juzgada formal, al existir recursos que permiten impugnar dicha sentencia ante tribunales o cortes superiores. Así, sólo la sentencia del tribunal o corte superior del respectivo ordenamiento jurídico tendrá valor de cosa juzgada, tanto formal como material, salvo en materia penal, si ha reconocido la competencia del Tribunal Penal Internacional.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento.

Así, puede señalarse que, en los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de

---

[3] La Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 67 que, para los Estados partes, el *fallo es definitivo e inapelable*, y el artículo 68.1 determina que "los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes".

cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo en los casos en que ella sea revisable mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se les ha reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, y sólo adquirirá el carácter de cosa juzgada material si, transcurridos los plazos, lo decidido en dicha sentencia no ha sido impugnado en sede supraconstitucional.

Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional puede darse el caso de que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por igual Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la Carta Fundamental, lo que generará una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse, como recuerda Néstor Pedro Sagüés, que la cosa juzgada constitucional, más que cumplir una función pacificadora poniendo fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución.[4]

De esta forma, si después presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, y posteriormente vuelve a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, y la Corte o Tribunal Constitucional en este segundo caso admite la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo, que resulta eliminado del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc* (retroactivos), en dicha hipótesis no podría señalarse que el primer fallo tuvo efectos de cosa juzgada constitucional material, ya que éste fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo Tribunal cambió de criterio. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Costa Rica, donde las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema son vinculantes para todos los tribunales de la República, salvo para la propia Sala Constitucional señalada. Así lo establece el artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Constitucional 7135, el cual determina que "las resoluciones o sentencias que denieguen la inconstitucionalidad únicamente surtirán efectos entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos". Asimismo, el artículo 13 de la misma ley precisa que la jurisprudencia y los precedentes de la

---

[4] Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución,* Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 234.

jurisdicción constitucional (competencia de la Sala Constitucional) "son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma".

En el caso chileno, no hay en el texto de la Constitución vigente, ni en el texto de la reforma constitucional en curso, como tampoco en el texto de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional, disposición alguna referente a los efectos de la cosa juzgada en materia constitucional. El artículo 32 de la LOC analizada sólo señala como norma general que "el Tribunal, de oficio o a petición de parte podrá modificar sus resoluciones sólo si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija".

El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la modalidad de control concreto y la acción popular de inconstitucionalidad en modalidad de control abstracto que introduce la reforma constitucional obligan a que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regule estos supuestos y establezca con claridad los efectos de sus fallos.

A diferencia de la normativa chilena, el derecho constitucional comparado latinoamericano se refiere expresamente a la materia adoptando posición respecto de los temas señalados, los cuales constituyen modalidades que conviene analizar.

La *Constitución de Bolivia*, en su artículo 121, prescribe: "I. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno". A su vez, la ley n.º 1836 del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su artículo 58, § V, señala: "La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella".

A su vez, como indica Rivera Santiváñez, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 121.I de la Constitución y el artículo 42 de la ley n.º 1836 instituyeron "el principio de la cosa juzgada constitucional, que otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional un especialísimo nivel dentro del sistema jurídico" lo que implica que "el sistema procesal constitucional adoptado por la Constitución y la Ley N.º 1.836 para el ejercicio del control de constitucionalidad, en resguardo del principio de la seguridad jurídica, instituye la cosa juzgada constitucional, lo que significa que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, absoluto o incontrovertible, de manera tal que sobre el tema resuelto no puede volver a plantearse nuevo litigio a través de recurso alguno".[5]

La *Constitución Colombiana*, en su artículo 243, determina: "Los fallos que la Corte (Constitucional) dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordi-

---

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 1249/01-R, de 23 de noviembre de 2001. Línea jurisprudencial seguida en sentencias 1387/2001-R, de 19 de diciembre de 2001, y 047/2003-R, de 9 de abril de 2003. Véase José Antonio Rivera Santibáñez: *Jurisdicción constitucional*, 2004, p. 109.

naria y la Constitución". A su vez, el decreto 2067 de 1991, que regula el procedimiento de inconstitucionalidad en Colombia, precisa en su artículo 21: "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares", todo ello en armonía con el artículo 45 de la ley estatutaria 270 de 1996. El parágrafo 2.º del artículo 21 en consideración agrega: "La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo", y el artículo 23 del decreto 2067 añade: "La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia", todo ello en armonía con el artículo 48 de la ley estatutaria 270.

La Ley Orgánica n.º 26 435 del Tribunal Constitucional peruano establece en su artículo 35 que "las Sentencias del Tribunal tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación", y agrega en el parágrafo segundo del artículo 37: "La sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional".

En el caso chileno, la regulación de esta materia en la Ley orgánica del Tribunal debería distinguir entre las sentencias que se pronuncien por vicios de forma y de fondo, ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma no podría impedir la interposición de una nueva acción por vicios de fondo.

En nuestra opinión, la sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad es *imperativa*, pero no es *definitiva ni inmutable*, de lo cual se deduce la posibilidad de que puede volver a elevarse la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en otra fase del proceso ordinario, ya que la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad produce un efecto preclusivo en el juez *a quo*, como señalan Cappelletti, Pizzorusso, Crisafulli y Sandulli, entre otros.

A su vez, nos parece necesario determinar que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en vía de acción directa pueda ser impugnado por vía de inaplicabilidad o de cuestión de inconstitucionalidad, en la medida en que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto podría tener una aplicación específica que fuera inconstitucional.

Por la misma razón, consideramos que es posible que se presenten diversos procedimientos incidentales, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no habían esgrimido quienes fueran afectados por ellas. Esta perspectiva disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitu-

cionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las antes desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.

Por otra parte, no nos parece convincente que una sentencia del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad en vía incidental no pueda ser analizada nuevamente en vía directa y abstracta, ya que la sentencia desestimatoria se pronuncia sólo sobre la cuestión y no sobre el precepto normativo vigente (precepto legal u otro) sobre el cual sí se pronuncia la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, la que decide sobre la cuestión y sobre el precepto normativo.[6]

A nuestro juicio, una misma cuestión debería poder ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal puede acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva habilita la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre enunciado normativo y norma jurídica, o simplemente en el poder de rectificación del Tribunal Constitucional, estableciendo las razones para ello.

En lo referente a la posibilidad de analizar nuevamente lo resuelto en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por vía de acción directa, la doctrina se encuentra dividida.

Para unos, no podría plantearse una nueva ley con contenido igual al declarado inconstitucional, ya que ello constituiría un desacato al Tribunal Constitucional y un ilícito constitucional.[7]

Para otros, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley no impediría debatir una nueva ley con igual contenido, siempre que no busque alterar situaciones cubiertas por el fallo anterior y, por lo tanto, con efectos sólo hacia el futuro. Para ello se apela a la necesidad de no bloquear la innovación jurídica frente a nuevas hipótesis o necesidades cambiantes, como asimismo a la posible rectificación de resoluciones por nuevas mayorías del órgano jurisdiccional con nuevos criterios interpretativos o con nuevas concepciones jurídicas.

En todo caso, es necesario precisar que, reconocida la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden ser objeto de impugnación, en cuanto acto estatal que pudiere vulnerar derechos humanos. En tal caso, los efectos del fallo dictado por el Tribunal Constitucional en jurisdicción interna son de cosa juzgada formal y sólo será cosa juzgada material si no hay impugnación ante la Corte supranacional, dentro del plazo

---

[6] G. Zagrebelsky: "Proceso costituzionale", en *Enciclopedia del Diritto,* vol. XXXVI, Milán, 1987, p. 627.

[7] Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo: o. cit., 1998, p. 76.

que determine la normativa del tratado respectivo. Así, debe contemplarse, necesariamente, una revisión de la sentencia estimada violatoria de derechos, dando cumplimiento de buena fe al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De lo contrario, se incumpliría el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales de la persona humana (derechos fundamentales o derechos humanos) que pesa sobre todos los órganos del Estado, se lesionaría gravemente el Estado democrático constitucional y se incumpliría la obligación de resultado a que obliga la sentencia de la Corte Interamericana.

A su vez, puede sostenerse en esta materia que una institución que tiene como finalidad una certeza formal no puede prevalecer sobre la protección efectiva y constante de los derechos humanos, los que además en el derecho sudamericano son parte del bloque constitucional de derechos, y en Chile constituyen límites a la potestad estatal, como lo establece perentoriamente el artículo 5.º, inciso segundo, de la Constitución.

Por otra parte, nos parece necesario que en la ley reguladora de los tribunales constitucionales se explicite que la parte que subsiste del proyecto de ley o la vigencia de la ley es aquella no afectada por la impugnación de inconstitucionalidad, salvo que el fallo del Tribunal Constitucional disponga otra cosa, ya que podría determinar la inconstitucionalidad de otros preceptos no impugnados en virtud de su conexión con los impugnados. Ello nos parece que deriva de la propia naturaleza de la pretensión impugnatoria y de la efectividad de la sentencia de un Tribunal Constitucional, lo que relativiza el principio de congruencia procesal.

Finalmente, creemos que la regla general es que en los procedimientos concretos las partes deberían quedar vinculadas por el fallo desde el momento de su notificación, mientras que en los procedimientos abstractos la sentencia tendría que producir efectos desde su publicación en el respectivo *Diario Oficial*.

2.4. El valor vinculante de la parte dispositiva de la sentencia y el valor jurídico de los considerandos, parte motiva, **ratio decidendi** *o* **tragende gründe**

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional. Lo que se debate en la doctrina y depende de la normativa que regula las sentencias en cada país es si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen *ratio decidendi* del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional —vale decir, aquella parte de la fundamentación o argumentación que no podría ser modificada sin que la parte resolutiva de la sentencia cambiara— tienen carácter vinculante a diferencia de los *obiter dicta*, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente unos de otros.

En los países de América del Sur con tribunales constitucionales, las legislaciones reguladoras establecen diversas alternativas. En el caso colombiano, el artículo 48

de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, de conformidad con el artículo 230 de la Constitución, establece algunas regulaciones en la materia. Expresamente determina que "sólo será de obligatorio cumplimiento y con efectos *erga omnes* la parte resolutiva de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general". Sin embargo, la doctrina de la Corte Constitucional ha establecido el carácter vinculante de sus interpretaciones, utilizando para ello la técnica del precedente, y distingue entre la argumentación que guarda relación directa y necesaria con la parte resolutiva del fallo y aquella que sólo es tangencial.[8]

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, con base en el artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales determinadas por la Sala Constitucional con motivo de la resolución de controversias o de una solicitud de interpretación. La Sala Constitucional ha resuelto que la norma general producida por la interpretación abstracta genera efectos *erga omnes*, "constituyendo una verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental".[9]

La misma Sala Constitucional ha precisado en sentencia posterior que el artículo 355 de la Constitución constituye también el fundamento de la fuerza vinculante de los precedentes, que se establecen por la Sala al resolver casos concretos. Establece al efecto:

> A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual puede que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.[10]

La sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en materia de *ratio decidendi* ha determinado:

> Las interpretaciones de esta sala constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto del núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera

---

[8] Diego López Medina: *El derecho de los jueces*, Santafé de Bogotá: Legis, 2000, pp. 14 ss.

[9] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de julio de 2001, n.º 1309, caso *Hermann Escarrá*.

[10] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de octubre de 2001, n.º 1860, caso *Consejo Legislativo del Estado Barinas*.

> intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia […]
>
> Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afincar la solución al caso, no serán, por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido.[11]

Por último, la Sala Constitucional ha establecido expresamente el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de sus fallos. Al respecto ha señalado:

> Finalmente, debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante *la ratio decidendi* que condujo a la decisión definitiva del presente fallo.[12]

Las disposiciones constitucionales y de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional chileno no se refieren a la materia, por lo que ésta debe regularse en sus aspectos centrales.

En nuestra opinión, debería establecerse que la *ratio decidendi* del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutiva —vale decir, aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o modificados sin que la sentencia fuera modificada— debería al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado. Mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional, distinguiéndolos de los *obiter dicta* o *dicta*, que son afirmaciones tangenciales o complementarias emitidas en la resolución judicial, no tienen el mismo carácter ni deben ser seguidos como precedentes por los tribunales inferiores.

2.5. Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo

Las sentencias de los tribunales constitucionales pueden clasificarse, según los efectos que producen en el tiempo, en sentencias con efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

2.5.1. Los efectos ex tunc *de las sentencias*

Las sentencias tendrán efectos declarativos *ex tunc* si determinan la nulidad de la norma o acto impugnado eliminándolo del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo, como si nunca hubiera existido; ello es consecuencia de la supremacía constitucional y los efectos de la nulidad de derecho público, que es originaria e insanable.

---

[11] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de noviembre de 2000, n.º 1347, caso *Ricardo Combellas*.

[12] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de noviembre de 2001, n.º 2426, caso *Víctor Giovanny Díaz Barón*.

Sin embargo, los efectos retroactivos de los fallos se han flexibilizado con el objeto de no afectar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, respecto de decisiones judiciales o contencioso-administrativas que posean la fuerza de cosa juzgada, con la excepción del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como lo determinan las leyes reguladoras de diversos tribunales constitucionales, entre ellos la alemana y la española.

En efecto, en Alemania, la *Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal*, en su artículo 78 determina: "Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción de que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declara la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal igualmente podrá declararlas nulas". Así, cuando la Corte de Karlsruhe encuentra que una norma es contraria a la Constitución, declara su nulidad, lo que significa que ella es inválida desde su entrada al ordenamiento jurídico, determinando los efectos *ex tunc*. Sin embargo, hay casos en que el Tribunal Constitucional Federal declara la inconstitucionalidad de una norma absteniéndose de determinar su nulidad, por cuanto ello significaría una "situación jurídica insoportable".[13] Ello muestra cierto nivel de discrecionalidad prudencial que ejerce el Tribunal Constitucional Federal en la modulación de sus sentencias en casos excepcionales.

En el caso español, el artículo 39.1 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTC) señala: "Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia". De acuerdo con tal norma, el Tribunal Constitucional al, declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, debe declarar su nulidad, dándole a tal decisión efectos retroactivos o *ex tunc*, aun cuando se establecen excepciones en materia de sentencias basadas en autoridad de cosa juzgada. No obstante, el Tribunal Constitucional español en oportunidades ha quebrado el nexo entre inconstitucionalidad y nulidad, posibilitando la primera sin declarar la segunda.[14]

2.5.2. Los efectos ex nunc *de las sentencias*

En el enfoque kelseniano del Tribunal Constitucional como legislador negativo, el fallo tiene un carácter constitutivo, de anulación y con efectos *ex nunc*; vale decir que

---

[13] Albrecht Weber: "Alemania", en Eliseo Aja (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel Derecho, 1998, pp. 77 ss.

[14] Sobre la materia, véanse STCE 45, de 1989; 185, de 1998, y 235, de 1999, entre otras.

produce efectos desde el pronunciamiento y la notificación o publicación del fallo hacia el futuro, sin afectar las situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma.

Al efecto, la Constitución de Austria, en su artículo 140.5, precisa: "El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional obliga al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las acciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el tribunal constitucional no hubiere fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año". A su vez, el artículo 140.7 determina: "Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia".

Este enfoque del Tribunal austríaco, inspirado en el modelo kelseniano, donde la decisión de declarar la inconstitucionalidad produce efectos *ex nunc* o *pro futuro* por regla general, no impide la posibilidad de que el propio Tribunal module sus sentencias en el tiempo dentro de ciertos límites. Schäfer, en su estudio sobre la materia, señala que, pese a la rigidez del sistema, en algunos casos el Tribunal Constitucional ha dado efectos retroactivos a sus fallos, como ocurrió en 1996, en un caso de saneamiento presupuestal, cuando el Tribunal Constitucional consideró que dicho gravamen era desproporcionado e inconstitucional. Como se trataba de un procedimiento especial (*Anlabfälle*), en el que se habían presentado cerca de once mil recursos, el Tribunal tomó la determinación de que los efectos del fallo, que habían favorecido a algunos contribuyentes, se extendieran a todos los casos decididos según la norma objeto de control. Concedió así claros efectos retroactivos al fallo en virtud del principio de igualdad, anulando la carga impositiva de forma general y con efectos *ex tunc*.[15]

---

[15] Heinz Schäfer: "Austria: la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador", en Eliseo Aja (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel Derecho, 1998, pp. 37-38.

2.5.3. Los efectos ex tunc *o* ex nunc *de las sentencias en los tribunales constitucionales latinoamericanos*

Sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición, y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucionalidad o bien a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios. Al respecto, en el derecho comparado, para los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia y Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras que para los de Alemania, Bélgica, España y Portugal se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

En el *ámbito sudamericano* existe también diversidad de criterios en la materia, como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La *Ley 1836 del Tribunal Constitucional boliviano*, de abril de 1998, en su artículo 48, referente a la forma y contenido del fallo, párrafo 4, determina la parte resolutiva en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del recurso o demanda, en la forma prevista para cada caso, "su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto, la condenatoria en costas si procediere y las comunicaciones pertinentes para su ejecutoria". Ésta es la normativa sudamericana de carácter más abierto, que entrega al Tribunal Constitucional la facultad de determinar la modulación de los fallos en el tiempo.

El artículo 45 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia* prevé que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control "tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario", norma que fue declarada exequible, vale decir, conforme con la Constitución, por la sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996.

A su vez, la *Ley 1836 del Tribunal Constitucional*, en su artículo 48.4, determina que la parte resolutiva en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del asunto, en la forma prevista para cada caso, fijará su dimensionamiento en el tiempo y los efectos de lo resuelto, y el artículo 51 de la misma ley determina que la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, en los que se haya aplicado la ley inconstitucional. Sobre la materia hay diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional; así, en sentencia C-113/93 declaró que sus fallos tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal y disciplinaria, y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

A su vez, en sentencia C-037/96, la Corte Constitucional colombiana fijó algunos criterios de modulación de los fallos en el tiempo: "Los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución

—que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica —que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro".

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos *ex tunc*; así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, que declaró inconstitucional un efecto retroactivo establecido en la ley 6 de 1992, pero, como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas.

En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad del decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexequibilidad del decreto que había establecido el respectivo estado de excepción de emergencia, como es el caso de la sentencia C-187 de 1997. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del decreto legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un estado de excepción constitucional prorrogado, declarado inconstitucional por el propio tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del aquél desde el momento de su expedición.[16]

En el caso de *Ecuador, el artículo 278 de la Constitución* determina que "La declaratoria *no tendrá efecto retroactivo*, ni respecto de ella habrá recurso alguno" (la cursiva es nuestra). El artículo 22 de la Ley de Control de Constitucionalidad ecuatoriana de 1997, en su artículo 22, precisa que las resoluciones no afectarán las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de inconstitucionalidad. Así, los fallos del Tribunal Constitucional ecuatoriano tienen efectos anulatorios; son de carácter constitutivo con efectos *ex nunc*.

El artículo 40 de la *Ley n.º 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional peruano* establece la regla de que los fallos no pueden afectar procesos fenecidos ni revivir normas derogadas por los preceptos legales declarados inconstitucionales; excepcionalmente el artículo 36 de esta ley explicita que, cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de las decisiones en el tiempo.

Finalmente, la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela*, aplicable a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, establece en su artículo 119 que, en el fallo definitivo en que se pronuncia sobre la constitucionalidad de normas o actos impugnados de inconstitucionalidad, una vez examinados los motivos en que se funda la demanda, "determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo".

---

[16] Véase la sentencia C-619 de 2003 en *Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano* n.º 3, Universidad Carlos III, Madrid, ‹http://www.uc3m.es/ uc3m/inst/MGP/JCIrevista-03-jurcol5.htm›.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional es variada; sólo a manera de ejemplo se citan los siguientes fallos.

En sentencia del caso *Mollegas Puerta y Mollegas Viamonte*, la Sala Constitucional determinó:

> Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se debe determinar los efectos en el tiempo de las decisiones anulatorias de normas. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tales casos, debe entenderse que produce sus efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado. Así, en reciente sentencia con ocasión de decidir la solicitud de ejecución de un fallo que no había fijado los efectos en el tiempo de una sentencia anulatoria, se indicó:
>
> "Ha sido señalado precedentemente que la sentencia anulatoria extinguió la norma por considerarla viciada, sin limitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la anulación en el tiempo, en razón de lo cual, este efecto es *ex tunc*, es decir hacia el pasado; opera desde el momento mismo en que la norma fue dictada. (Sentencia de la Sala político administrativa del 11 de noviembre de 1999, caso Policarpo Rodríguez)".[17]

A su vez, la misma Sala Constitucional, en caso *Armando Contreras Díaz*, estableció:

> En tal sentido, la doctrina patria ha señalado erradamente que es característica exclusiva del control difuso la extensión de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad hacia el pasado, esto es, producir efectos *ab initio* del acto impugnado o con efectos *ex nunc*. En efecto, tal exclusividad en el control difuso carece de fundamento científico, no existe dentro de las características propias del control difuso un elemento que enclave dicha característica a ese control, ya que el control concentrado, si bien tiene efecto constitutivo, se ejerce sobre actos que, precisamente, por gozar de una presunción de legalidad, producen efectos jurídicos desde sus inicios, los cuales, en razón de la trascendencia de los derechos constitucionales transgredidos más el carácter de los efectos jurídicos que ella pudo haber realizado, algunas veces se hace necesario declarar la nulidad *ab initio* de la Ley impugnada para garantizar el Estado de Derecho.
>
> Otra no puede ser la consecuencia de la norma contenida en el artículo 119 de la ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala la potestad de esta Sala para indicar cuáles serán los efectos que ella le atribuye a su fallo, por lo tanto, siendo que sí existe una normativa legal que le otorga a esta Sala la potestad de atribuirle efectos *ex nunc o ex tunc* a sus fallos, esta Sala desecha el alegato expuesto por la parte opositora de que las sentencias de nulidad deben ser siempre con efectos *ex nunc*.[18]

---

[17] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo n.º 450, de fecha 23.5.2000, en Iván Rincón Urdaneta y otros: *Doctrina de la Sala Constitucional. Competencias procesales*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 142.

[18] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n.º 819, de fecha 24.4.2002, ibídem, p. 143.

Dejemos establecido que *en el caso chileno, la reforma nada prevé sobre la materia*, lo que tendrá por tanto que ser regulado en la LOC del Tribunal Constitucional, que deberá ser modificada.

El problema se suscita también respecto de los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en virtud de una ley delegatoria o habilitante, si los decretos con fuerza de ley dictados en virtud de esta última exceden el marco de habilitación o cuando invaden el ámbito del legislador ordinario o del legislador de quórum calificado o vulneran derechos constitucionales.

En fallo reciente del Tribunal Constitucional en esta hipótesis, en el que determinó la inconstitucionalidad del decreto con fuerza de ley n.º 21, de 2003, del Ministerio de Hacienda, la sentencia estableció que el gobierno había sobrepasado los límites de la ley delegatoria, resultando en consecuencia inconstitucional por vulnerar los artículos 61, inciso 4, 7 y 60 de la Carta Fundamental, invadiendo el campo que es propio y exclusivo del legislador. Dicha sentencia en su parte resolutiva declara la inconstitucionalidad del decreto con fuerza de ley,[19] el que se produce con efectos *ex tunc* implícitos, ya que la materia no está regulada en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, por lo que las nominaciones que ya había realizado el gobierno en el directorio de la institución quedaron anuladas.

2.5.4. Los efectos prospectivos de las sentencias

Estas sentencias modulan sus efectos en el tiempo, buscando la solución considerada más justa y determinando la fecha desde la que producirán efectos, lo que permite al legislador actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución. Así, los efectos de la sentencia son *pro futuro*, evitando los efectos más perniciosos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico.

Esta perspectiva ha sido desarrollada por la Corte Constitucional de Alemania y es seguida por diversos otros tribunales constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional colombiana.

La *Corte Constitucional de Colombia*, en sentencia C-221 de 1997, justificó las sentencias prospectivas señalando que "la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales".[20]

---

[19] Sentencia del Tribunal Constitucional roles 392, 393 y 394, acumulados, de fecha 18.11.2003, publicada en el *Diario Oficial*, 21 de noviembre de 2003, pp. 1-4.

[20] Alejandro Martínez Caballero: o. cit., 2001, p. 406.

Ellas también han sido utilizadas por el *Tribunal Constitucional de Bolivia*, el cual en la sentencia n.º 082/2000, refiriéndose a las normas impugnadas de inconstitucionalidad en recurso incidental por el Tribunal Agrario Nacional, señaló: "Si las declara constitucionales de manera pura y simple estaría convalidado actos inconstitucionales, pero por otro lado, si las declara inconstitucionales con un efecto inmediato que signifique su expulsión del ordenamiento jurídico estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior, máxime si se toma en cuenta que en este periodo de transición democrática aún existen en vigencia muchas disposiciones legales que han sido aprobadas mediante Decreto Ley". Resolvió así declarar la constitucionalidad, con vigencia temporal de dos años a partir de citación con la sentencia, de las disposiciones legales impugnadas, y exhortar además al Poder Legislativo para que en un plazo máximo de dos años subsanara los vicios de origen de las disposiciones legales, bajo conminatoria de retirarlas del ordenamiento jurídico nacional en caso de incumplimiento.[21]

Dichas sentencias responden al temor de los tribunales constitucionales de crear a través de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad un grave vacío normativo, junto con la realidad de no poder emitir una sentencia aditiva, ya que no existe una única regla que puede deducirse de la Constitución, por lo que la solución de la materia queda entregada a la función legislativa, que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posibles.

Estas sentencias constitucionales evalúan los perjuicios mayores que puede producir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad con efectos inmediatos, la cual puede producir un mal mayor que el que se busca evitar. De esta manera se otorga un plazo razonable al legislador para que desarrolle su tarea de configurar el ordenamiento jurídico en conformidad con la Constitución, superando los vicios actualmente existentes, con lo que da plena fuerza normativa a la Constitución.

2.5.5. Consideraciones sobre los efectos de las sentencias en el tiempo

Puede concluirse entonces la inexistencia de reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias en el tiempo, las que tienen o no efectos retroactivos o *pro futuro*, en una tensión permanente entre la supremacía constitucional, la igualdad ante el derecho y la justicia, por una parte, y la seguridad jurídica y la cosa juzgada, por la otra.

Cada ordenamiento jurídico hace las respectivas opciones, posibilitando algunas modulaciones o excepciones a la regla general. Asimismo, nos parece adecuada la existencia de algunos parámetros objetivos básicos a los cuales deba ceñirse el juez constitucional en la determinación de los efectos de los fallos en el tiempo, con el

---

[21] Véase José Antonio Rivera Santiváñez: *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*, Cochabamba: Kipus, 2001, p. 115.

objeto de dotar de alguna seguridad mínima a la ciudadanía, sin dejar a la absoluta discrecionalidad del Tribunal Constitucional la resolución de la materia caso a caso, por lo que dichos criterios generales deberían quedar determinados en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

3. Consideraciones finales

La incorporación del control represivo o *ex post* de constitucionalidad de preceptos legales a través de la reforma constitucional de 2005 introduce un juicio incidental de inconstitucionalidad con modalidad de control concreto y efectos interpartes, como asimismo un control complementario del primero, que se exige como requisito y que habilita un control abstracto de preceptos legales por vía de acción popular que permite expulsar del ordenamiento jurídico preceptos considerados inconstitucionales por los dos tercios del pleno del Tribunal Constitucional.

El constituyente derivado no ha establecido criterios básicos respecto de los efectos de los fallos en control abstracto *ex post*, lo que deberá ser regulado por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, junto con muchos otros aspectos nuevos que dicho cuerpo legal deberá asumir, fijando los criterios para determinar el valor de cosa juzgada formal y material de los fallos, su carácter relativo o absoluto, la determinación de los criterios de modulación de los efectos de las sentencias en el tiempo, la determinación del imperio de las sentencias constitucionales, el valor de los considerandos que constituyan *ratio decidendi* de un fallo, tanto para el propio Tribunal Constitucional como para los tribunales ordinarios y especiales.

Este artículo sólo hace presentes las diversas alternativas existentes en la materia en el derecho comparado y algunos problemas teóricos y prácticos que presenta la introducción de las nuevas modalidades de control *ex post* de constitucionalidad asumidas por el Tribunal Constitucional chileno de acuerdo con la reforma constitucional en curso.

Víctor Bazán (Argentina) *

La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano

1. El recorrido propuesto

En breve descripción del itinerario por recorrer en el presente trabajo, adelantamos que en su tramo inicial intentaremos identificar los rasgos centrales del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, sus alcances y la tipología de omisiones factibles de ser censuradas en tanto contrarias a la Ley Fundamental.

Seguidamente, nos detendremos a examinar diversos antecedentes que registra el derecho comparado sobre el instituto que reclama nuestra atención, tanto en América cuanto en Europa, desde las vertientes constitucional, subconstitucional y jurisprudencial.

A continuación, y ya incursionando específicamente en el espacio jurídico venezolano, abordaremos el diseño constitucional del control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones inconstitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para adentrarnos luego en la praxis jurisprudencial que aquélla viene describiendo específicamente en torno de tal modalidad fiscalizadora, en orden a rescatar determinados perfiles que permitan delinear, desde las ópticas normativa y jurisprudencial, las singularidades del modelo imperante sobre el particular a más de un lustro de la entrada en vigor de su nueva Constitución.

Finalizaremos el trayecto propuesto efectuando ciertas apreciaciones conclusivas ubicadas en dos parcelas formalmente separadas pero recorridas por una médula unitiva: algunas consideraciones describirán específicamente las líneas salientes del

---

* Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor de Cursos Intensivos de Posgrado en Derecho Universidad de Buenos Aires —UBA—. Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. ‹vicba2002ar@yahoo.com.ar›.

fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito venezolano para visualizar el estado actual de tal instituto concebido en el vientre de la Ley Fundamental de 1999 y el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario que ha sufrido; mientras que las restantes reflexiones tendrán una magnitud genérica y surgirán de la observación de las soluciones que, en torno de la figura que abordamos, ofrece la vertiente iuscomparada iberoamericana y europea.

Naturalmente, y como anticipáramos, ambos segmentos conclusivos estarán recorridos por una impronta común: insistir en la necesidad de dinamizar mecanismos que, sin olvidar ni subestimar la autoridad democrática del legislador, aseguren la densidad normativa de la Constitución, preserven su contenido axiológico y resguarden su supremacía, la que —aunque de Perogrullo— es preciso reiterar que no sólo puede ser jaqueada por acción, sino también por *inercia u omisión*.

2. Aproximación preliminar al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión

La discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales entraña, a nuestro juicio, un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia*.

Como *mutatis mutandi* se afirmara, el constitucionalismo actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no sólo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.[1] Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la democracia, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades.[2]

No resulta entonces extraña a tal elaboración, y ya en conexión con la *fuerza normativa* que la Ley Fundamental ostenta, la circunstancia que evoca Prieto Sanchís respecto de la profunda transformación que, sobre el sistema de relaciones entre Parlamento y judicatura, "ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios".[3]

---

[1] Hemos seguido la explicación que se formula en la Presentación de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado: *Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho*, bajo la dirección de Luis Prieto Sanchís, Toledo (España): Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

[2] Ídem.

[3] Luis Prieto Sanchís: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 121.

Con claridad, y luego de indicar que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento (lo que considera que no es suficiente, y que no habrá tal norma suprema si no se determina que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es antijurídica), pasa De Otto a expresar que si el ordenamiento no fija aquellas pautas, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.[4] Añade que, por el contrario, si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema [en ambos casos el énfasis corresponde al original].[5]

Al hilo de las anteriores apreciaciones, y como puntualiza Sagüés, es innegable que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*,[6] las que —naturalmente— pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Sin perjuicio de cuanto va dicho, es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta la judicatura para analizar el cuadro situacional que le permita detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y decidir la producción de los remedios para superarlas. Tal labor requerirá de prudencia y rigurosidad en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

Como puede suponerse, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapso por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

La interacción de tales ingredientes en cada caso exigirá del magistrado (ordinario o constitucional, según corresponda) un ejercicio de ponderación[7] (sin olvidar com-

---

[4] Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5.ª reimpr., Barcelona: Ariel, 1997, pp. 17-18.

[5] Ibídem, p. 18.

[6] Néstor P. Sagüés, en el Prólogo al libro de Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, 1992, pp. 13-14.

[7] Se ha sostenido que uno de los rasgos característicos del método ponderativo radica en que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto

binarlo con una dosis de subsunción) para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano competente margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en equivalencia de circunstancias.

3. De las modalidades tipológicas que pueden asumir las omisiones inconstitucionales

Como se pusiera de manifiesto hace ya bastante tiempo, en referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución.[8]

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue —*inter alia*— *recomponer* el imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.[9] En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.[10]

Al respecto, es imposible evadir un reenvío a Wessel[11] cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas.

---

que no excluye una solución diferente en otro supuesto (cf. Luis Prieto Sanchís: "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en *Doxa*, n.º 23, 2000, Alicante, p. 180).

[8] Paolo Biscaretti di Ruffia: *Derecho constitucional*, Colección de Ciencias Sociales n.º 48, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid: Tecnos, 1965, p. 269.

[9] Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, pueden consultarse —entre otros— los siguientes trabajos de Víctor Bazán: "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171-269; "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en la obra colectiva bajo la coordinación de dicho autor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997, pp. 41-108; "Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos", en *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 3, julio-diciembre 2000, Caracas: Sherwood, 2001, pp. 15-44.

[10] Ignacio Villaverde Menéndez: *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 3.

[11] W. Wessel: "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros; tentativamente las hipótesis pueden ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que —como el argentino[12]— les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o —como afirma Fernández Rodríguez— cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de "complitud" (*sic*) de la norma.[13]

En este supuesto (omisión relativa), el control judicial de constitucionalidad —excitado por la omisión en perjuicio de algunos— sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente —y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo—, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la alcurnia expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la complementación de la norma despareja, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la igualdad quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados.

---

[12] El artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, de la Constitución argentina —de acuerdo con la reforma de 1994— elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado jerarquía constitucional: 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.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post*, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley n.º 24 820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la ley n.º 25 778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

[13] José Julio Fernández Rodríguez: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid: Civitas, 1998, p. 116.

4. Rápido repaso de algunas técnicas normativas y modalidades sentenciales para corregir las omisiones inconstitucionales que ofrece el derecho comparado

Partiendo de la premisa que indica que *el derecho propio no es el único posible*,[14] seguidamente efectuaremos una breve reseña del catálogo de soluciones que ofrece el derecho comparado para la corrección de las omisiones inconstitucionales por vía de las normativas constitucionales y legales o del empleo de la creatividad jurisprudencial.

De un rápido recorrido por el derecho comparado se percibe que, tanto en los dispositivos constitucionales —nacionales o estaduales [estos últimos en los sistemas de estructura federal]— o infraconstitucionales, como en la doctrina judicial, existen diversos emprendimientos para afrontar la pasividad inconstitucional de las autoridades competentes, y que resultan dignos de ser colacionados. Pasemos al detalle enunciativo.[15]

1. En los *textos constitucionales nacionales*, encontramos antecedentes en la *antigua Yugoslavia*, donde se verificó el primer precedente normativo-constitucional expreso (concretamente, aludimos al artículo 377 de la Constitución de la —desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 27 de febrero de 1974); en *Portugal* (artículo constitucional 283 y artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional); en *Hungría* (artículo 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, verbigracia, leyes XXXI/1989 y XL/1990; Ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre);[16] en *Brasil* (la Constitución Federal de 1988 incluyó la *acción de inconstitucionalidad por omisión* en el artículo 103, § 2.º); en *Venezuela* (artículo 336, numeral 7, de la Constitución de 1999), modelo cuyo análisis particularizado realizaremos *infra*.

2. Por vía *legislativa*, puede rememorarse el caso de *Costa Rica*, que por medio de la reforma constitucional 7 128, de 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* n.º 166, de 1 de

---

[14] Paráfrasis de la afirmación de G. Gorla, en el libro colectivo dirigido por S. Cassese: *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3.ª 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*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos 1994, p. 12.

[15] Se trata de una nómina meramente enunciativa. Véase, para ampliar, Víctor Bazán: "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en Miguel Carbonell (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 91-286.

[16] Véase al respecto, José Julio Fernández Rodríguez: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 160.

setiembre de 1989) creó la jurisdicción constitucional, incluyendo en el artículo 10 de la Constitución que "corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público". Asimismo, se reformaron los artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional) fue desarrollado por la ley n.º 7 135 (de 11 de octubre de 1989). Por imperio del artículo 4 de tal ley se dispone —en cuanto a lo que aquí interesa— que "la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política". Específicamente, el artículo 73 de la mencionada ley determina los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo en los apartados *a*, *b* y *f* especificaciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales.

Más allá del plano normativo, es interesante observar también la evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, que se muestra paulatinamente permeable a analizar planteos referidos a hipótesis de inconstitucionalidad por omisión.

Al respecto, recomendamos compulsar lo resuelto recientemente en el expediente n.º 04-008653-0007-CO, resolución 2005-05649, de fecha 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano. En ese sentido, y superando una visión negatoria anterior reacia a controlar las omisiones legislativas (pues circunscribía el contralor a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado en último término declaró inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los artículos 105 y 123 mediante ley n.º 8 281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el transitorio único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de ésta —el cual venció el 20 de junio de 2003—, las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Además, y luego de declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que dictara las referidas leyes.

3. Por conducto de las *Constituciones estatales* en países de estructura federal, pueden computarse los siguientes casos: *Brasil*, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de algunos de sus estados, verbigracia, Rio Grande do Sul (artículo 95, inciso XII, letra *d*), Rio de Janeiro (artículo 162, § 2), São Paulo (artículos 74, inciso VI y 90, § 4) y Santa Catarina (artículo 85, § 3); *México*, donde se visualizan ciertos antecedentes en las Constituciones de los estados de Veracruz (artículos 64, fracción III, y 65, fracción III), Tlaxca-

la (artículo 81), Chiapas (artículo 56, fracción III) y Quintana Roo (artículo 103, fracción VIII); y *Argentina*, donde la figura es receptada explícitamente por la Constitución de la provincia de Río Negro (en el artículo constitucional provincial 207, inciso 2.º, apartado *d*) y, un tanto elípticamente, por la Constitución de la provincia de Tucumán[17] (artículo 134, inciso 2.º).

4. Por medio de la *jurisprudencia*, es dable contabilizar los casos de *Alemania*, *Austria*, *España* e *Italia*, en los que, si bien no existen preceptos específicos en las respectivas Leyes Fundamentales, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas *relativas o parciales*. Por ejemplo, y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional —por ejemplo, las *sentencias interpretativas* y, dentro de éstas, las *manipulativas* y, más específicamente, las *aditivas*—, y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador —por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las *sentencias de apelación*, las que declaran que la ley "todavía no es inconstitucional", el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las *sentencias aditivas de principio* o las *sentencias-delegación*.[18]

También merece una mención —ya en nuestro contexto iberoamericano y entre otros supuestos— la experiencia de *Colombia*, cuya Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las "omisiones legislativas"; por ejemplo, en las sentencias n.os C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1 433/2000, C-007/2001, C-1 064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003. Asimismo, el caso de la Suprema Corte de Justicia de *República Dominicana*, básicamente en el pronunciamiento de 24 de febrero de 1999 en la causa iniciada por *Productos Avon S. A.*,

---

[17] Aunque justo es indicar que existe el firme propósito del actual gobierno local de modificar la Constitución tucumana, entre cuyas innovaciones se plantea la necesidad de derogar la figura del Tribunal Constitucional (que por cierto nunca fue implementado), con lo que cae también la previsión constitucional que adjudica competencia a tal órgano para ejercer control de constitucionalidad en un caso *sui géneris* de inconstitucionalidad por omisión.

Concretamente, nos referimos al artículo 134, inciso 2.º, de dicha Constitución, que le acuerda la atribución de "entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare".

[18] Cf. Francisco J. Díaz Revorio: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 61, año 21, enero-abril 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-86.

donde receptó la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una de fuente internacional, concretamente, el artículo 25.1 de la CADH, y, por otra parte, ante la inexistencia de una ley reglamentaria del amparo, salvó lo que —a su entender— constituía una *omisión legislativa* a través de un remedio unilateral —*per se*, y sin intervención del órgano legislativo— y con sustento en el 29, inciso 2.º, de su Ley de Organización Judicial n.º 821.

5. El control sobre las omisiones inconstitucionales en Venezuela

5.1. Breve panorama del sistema venezolano de control de constitucionalidad

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999)[19] se recogen, en punto al sistema de "justicia constitucional",[20] 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 en la *jurisdicción constitucional* 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.[21]

---

[19] Publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 36 860, de 30 de diciembre de 1999.

[20] Brewer-Carías critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia en su sentencia n.º 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* (Allan R. Brewer-Carías: "La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.]: *Derecho procesal constitucional*, 2.ª ed., México D.F.: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001, p. 933).

Pasa a argumentar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce *jurisdicción constitucional* en tanto se le ha atribuido el monopolio para anular ciertos y determinados actos estatales: las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, lo que no significa que tenga el monopolio del control concentrado de constitucionalidad de todos los actos estatales (ibídem, p. 935).

Para ampliar sobre el diseño normativo de la jurisdicción constitucional venezolana, véase José Vicente Haro: "La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999", en Jesús María Casal y Alma Chacón Hanson (coords.): *El nuevo derecho constitucional venezolano*. Ponencias al VI Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al doctor Humberto J. La Roche, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 501-577.

[21] Brewer-Carías (en el trabajo citado en la primera parte de la nota anterior) indica que, dentro del control concentrado, existe también una jurisdicción *contencioso administrativa*, ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos (reglamentos) y no normativos, aunque siempre de rango sublegal (pp. 935-936).

En relación con la anunciada existencia de un control *concentrado* y de un control *difuso* de constitucionalidad, cabe recordar que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[22] ha dispuesto lo siguiente:

- Que "el control *concentrado* de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda" —énfasis agregado— (artículo 5, antepenúltimo párrafo).
- Que "todo tribunal de la República podrá ejercer el control *difuso* de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se aboque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme" —remarcado añadido— (artículo 5, penúltimo párrafo).

Naturalmente, las modalidades fiscalizadoras del control de constitucionalidad mencionadas en último término reposan respectivamente en los artículos 335 y 334 de la Constitución.

En efecto, aquél prevé que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y la 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 constitucionales son vinculantes para las otras salas de ese y demás tribunales de la República.

A su turno, el artículo 334, párrafo 1.º, prescribe: "Todos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución".

---

[22] Publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 37 942, de 20 de mayo de 2004.

Para consultar el texto de tal dispositivo legal y anotaciones a su articulado, véase Allan R. Brewer-Carías: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 3.ª ed. correg. y aum., Caracas: Jurídica Venezolana, 2005, y Carlos Luis Carrillo Artiles: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 3.ª ed. rev., ampl. y puesta al día, Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2005.

Ya en su párrafo 2.º, dicho precepto añade: "En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente".

5.2. La disposición constitucional referida a la inconstitucionalidad por omisión

Con arreglo al artículo 336, numeral 7, ibídem, se atribuyó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para:

> 7. 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.[23]

Debe recordarse que en el texto constitucional publicado primigeniamente el 30 de diciembre de 1999, aquel segmento de la norma comenzaba diciendo: "Declarar la inconstitucionalidad *del poder legislativo municipal, estadal o nacional…*", aunque posteriormente, la versión incluida en la *Gaceta Oficial* de 24 de marzo de 2000[24] apareció ya con la lógica corrección en cuanto a que la competencia de la Sala Constitucional en el numeral 7 del artículo 336 consiste en: "Declarar la inconstitucionalidad *de las omisiones* del poder legislativo…".[25]

Al respecto, Brewer-Carías señala que se trata del denominado "control de la constitucionalidad de las leyes por omisión", y que la norma consagra una amplísima potestad a la Sala Constitucional, si establecer condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que, en el caso de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular.[26]

De hecho, y como tendremos ocasión de comprobar *infra*, tal es el criterio de la Sala Constitucional, que en un importante pronunciamiento (sentencia n.º 1 556, de 9 de julio de 2002, sobre la que retornaremos) expuso —*mutatis mutandi*— que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

---

[23] Énfasis agregado.

[24] Se trata de una reimpresión, con correcciones, del texto original. Dicha reimpresión fue publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 5.453, Extraordinario, de 24 de marzo de 2000.

[25] Énfasis agregado en ambos casos.

[26] Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, t. II, 4.ª ed. aum. y anot., Colección Textos Legislativos n.º 20, Caracas: Jurídica Venezolana, 2004, p. 969.

Para finalizar esta reseña introductoria meramente ilustrativa de los perfiles de la regulación venezolana, cabe recordar —con Escudero León— que la Exposición de motivos de la Constitución de 1999 señala que la omisión inconstitucional se produce cuando el legislador se abstiene de desarrollar la norma constitucional "durante un tiempo excesivamente largo", previsión que —en la visión de la autora citada— mantiene la incertidumbre sobre la forma de determinación de ese tiempo excesivamente largo que conduce a una omisión inconstitucional.[27]

5.3. El desarrollo jurisprudencial que sobre el particular exhibe la Sala Constitucional

Es interesante analizar la praxis jurisprudencial que en el ámbito de la Sala Constitucional ha vivido la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea directamente a través de la previsión contenida en el artículo 336, numeral 7, de la Constitución, o por medio de ciertas sentencias que en forma indirecta se han referido a algunas cuestiones que presentan puntos de vinculación con las omisiones inconstitucionales y la fuerza normativa y suprema de la Constitución; por ejemplo, en esta última hipótesis, dando eficacia directa desde la jurisdicción a ciertos preceptos constitucionales antes de la intervención del legislador para fijar una interpretación normativa con valor obligatorio aunque provisorio hasta que se concrete la tarea legislativa.

Para cumplir el cometido propuesto examinaremos a continuación, en primer lugar, un conjunto de sentencias que giran en torno de la inconstitucionalidad por omisión y, en segundo lugar y a modo de caso testigo, pues no es el único que la Sala pronunció al respecto, un interesante decisorio en el que explicó los alcances de lo que denomina *jurisdicción normativa* y —como adelantábamos y según el propio pensamiento de la Sala— proporcionó aplicación inmediata a la Constitución, con el fin de que ella tuviera vigencia efectiva y brindara cobertura aun antes de que se dictaran las leyes para desarrollar los preceptos constitucionales.

Así, dentro del primer grupo, abordaremos la sentencia n.º 1 556, de 9 de julio de 2002; ya en conjunto por su atingencia temática y correlatividad cronológica, analizaremos las sentencias n.os 1 582, de 12 de junio de 2003, 2 073, de 4 de agosto de 2003, y 2 341, de 25 de agosto de 2003; y, finalmente, la sentencia recaída en el expediente n.º 3-1100, de 2 de marzo de 2005.

En un segundo momento, trataremos la sentencia n.º 1 571, de 22 de agosto de 2001 (caso *Asodeviprilara*), como precedente representativo del conjunto de causas en las que la Sala aplicó la denominada *jurisdicción normativa*.

---

[27] Margarita Escudero León: *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Serie Trabajo de Grado n.º 1, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 220.

5.3.1. Primer grupo de sentencias

5.3.1.1. Sentencia n.º 1 556, de 9 de julio de 2002

Dicha sentencia fue emitida en el expediente n.º 01-2337. La cuestión giraba en torno de la acción de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional, que —al decir de los peticionantes— había dejado de dictar, en el tiempo y el modo que ordenan las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la constitución, las normas allí definidas.

Según la primera de tales disposiciones transitorias, la Asamblea Nacional debía aprobar, "dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación", una reforma parcial del Código Penal; una ley orgánica sobre estados de excepción y una ley especial territorial para el estado Apure.

A su tiempo, de acuerdo con la segunda de las disposiciones transitorias nombradas, y "dentro del primer año, contado a partir de su instalación", debía hacer lo propio con una legislación sobre la sanción a la tortura; una ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas; una reforma a la Ley Orgánica del Trabajo en materia de prestaciones sociales; una ley orgánica procesal del trabajo; la legislación sobre el sistema judicial, la administración pública nacional, el poder ciudadano, el poder electoral, la legislación tributaria, de régimen presupuestario, de crédito público, una ley orgánica sobre defensa pública; una ley que desarrollara la hacienda pública estadal; una ley sobre régimen municipal; una ley del Banco Central de Venezuela; y la ley del cuerpo de policía nacional.

La decisión emitida por la Sala es importante en tanto sienta las bases jurídicas —sustanciales y procesales— de lo que entiende por *inconstitucionalidad por omisión*, razón por la cual varias sentencias sobre el particular terminan reenviando a ella.

Para construir su razonamiento, manifestó que el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución consagra, por primera vez en el derecho venezolano, la institución de la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión en que incurra el Poder Legislativo cuando no ha dictado las normas o medidas indispensables para asegurar la cumplimentación de la norma básica.

Una de las pautas centrales que demarcó sobre el instituto en general radicó en entender que no se trata de la inconstitucionalidad de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Ya en particular, es decir, a la luz de la preceptiva constitucional venezolana, del decisorio surge:

- que la Sala se autoadjudicó la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión;

- que no aparece limitada la iniciativa para activar el control de constitucionalidad que significa la declaratoria de inconstitucionalidad; tampoco la legitimación activa para la interposición de la acción; y
- que no señala el alcance de los lineamientos para la corrección de la omisión, los que parecen quedar al arbitrio de la Sala Constitucional, ajustados a derecho.

Respecto del procedimiento aplicable para el juzgamiento de las omisiones legislativas inconstitucionales, y pese a que tal determinación procedimental correspondía a los órganos legislativos del Estado aunque no fue ejecutada, debía la Sala dar alguna canalización procesal al planteo.

Ello, ante el criterio de la Sala en cuanto a que, en principio y salvo obstáculo insuperable, la normativa constitucional debía ser aplicada de inmediato, por lo que, de conformidad con la facultad derivada del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia[28] (LOCSJ), determinó que —mientras no se hubiera establecido por ley el procedimiento propio de la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo en el cumplimiento de una obligación constitucional— se le aplicará a tal pretensión el procedimiento previsto en la LOCSJ para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales —provenientes de su naturaleza.

Simplemente a modo de advertencia para medir la proyección futura del fallo que se explora en el particular, debe quedar en claro que, por imperio de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), la LOCSJ quedó derogada (cf. disposición derogativa, transitoria y final única, párrafo 1.º de aquélla), como así también las demás normas que resultaran contrarias a la LOTSJ. Ello se produjo —como vimos— el día 20 de mayo de 2004, es decir, en la fecha en que esta última fue publicada.

Por lo demás, y reenviando a la posición del Pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia —compartido por la Sala—, entendió que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla. Siguiendo su hilo argumental, estimó que la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, en razón de lo cual debía aplicarse en el caso el criterio antes referido, y juzgó que los recurrentes estaban legitimados para ejercer la acción.

Finalmente, y luego de observar que ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 84 de la LOCSJ concurría en autos, admitió la acción de inconstitucionalidad por omisión que se imputaba a la Asamblea Nacional y ordenó la

---

[28] Tal preceptiva legal fue publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 1 893, Extraordinario, de 30 de julio de 1976.

remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación a los fines de la continuación del procedimiento, de conformidad con los artículos 112 y siguientes, ibídem.

En punto a los lineamientos para operativizar su decisión, dispuso:

- notificar, por oficio, al Presidente de la Asamblea Nacional, con copia del escrito que contenía la solicitud; asimismo, emplazar a todo interesado mediante cartel, el cual sería publicado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, en uno de los medios impresos que considere dicho juzgado de mayor circulación; todo de conformidad con el artículo 116 de la LOCSJ;
- notificar, además, la decisión al procurador general, al fiscal general de la república y al defensor del Pueblo;
- conceder un término de sesenta (60) días continuos contados a partir del día siguiente a aquel en que conste en autos haberse realizado la última de las notificaciones o la publicación del Cartel que habían sido ordenadas, para que las partes presenten los alegatos y pruebas que estimen pertinentes, de acuerdo con el artículo 117 de la LOCSJ; y
- concluido el término probatorio, la Sala, conforme al artículo 118 de la LOCSJ, dispondría de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de conclusión de la relación, para dictar su decisión, a menos que la complejidad y la naturaleza del asunto exigieran un plazo mayor.

5.3.1.2. Sentencias n.os 1 582, de 12 de junio de 2003; 2 073, de 4 de agosto de 2003, y 2 341, de 25 de agosto de 2003

Dicha tríada de sentencias será analizada en conjunto en el presente epígrafe, pues las decisiones que la componen se encuentran concatenadas y marcan una secuenciación cronológica y jurídica motivada en un conjunto de acontecimientos políticos e institucionales que convulsionaron la vida democrática de Venezuela.

Los pronunciamientos en cuestión fueron emitidos en los expedientes n.os 03-1254 y 03-1308.

Sentencia n.o 1 582

El 15 de mayo de 2003, un abogado —actuando en su propio nombre— interpuso ante la Sala una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, con el número de expediente 03-1254.

El 21 de mayo del mismo año, otro letrado también interpuso dicha acción contra la Asamblea Nacional, a la cual se le dio entrada bajo el número de expediente 03-1308.

Al analizar ambos planteos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mencionó que se habían ejercido por distintos abogados dos acciones de inconstitucionalidad por omisión en contra de la Asamblea Nacional, en virtud de no haber designado a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral.

Al respecto, y como ambas articulaciones presentaban idénticos supuestos de hecho, fundamento jurídico y peticiones, decidió acumular la causa contenida en el expediente n.º 03-1308 a la causa del expediente n.º 03-1254.

Antes de ingresar al análisis de la cuestión que se le sometía, la Sala recordó la decisión de 9 de julio de 2002 (expediente n.º 01-2337), a la que nos refiriéramos *supra*, donde estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión y pasó a transcribirla en sus tramos pertinentes.

Igualmente, evocó que, según su jurisprudencia, las decisiones emanadas de las acciones de inconstitucionalidad por omisión y en que la Sala Constitucional —en virtud del mantenimiento de la integridad, la efectividad y la supremacía constitucionales, consagradas en los artículos 334 y 335 de la Constitución— llene los vacíos que puedan hacer inoperantes a las instituciones desde el punto de vista constitucional en virtud de tal omisión, tienen carácter estrictamente provisorio, hasta tanto el órgano al que se le imputa la omisión cumpla con su obligación constitucional.

Asimismo, y ante el planteo dirigido a que se declarara la cuestión de urgencia y de mero derecho, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 135 de la LOCSJ, la Sala acogió aquella solicitud y declaró la cuestión de urgencia, abreviando ciertos plazos, mas denegó la petición de pleno derecho, pues el examen del caso no requería un análisis objetivo, sino más bien sobre cuestiones fácticas, como lo era el hecho de no designarse a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, por lo que la Sala consideró que no se trataba de un asunto de mero derecho, sino que era necesaria la etapa probatoria.

En definitiva, la Sala dispuso:

- acumular la causa contenida en el expediente n.º 03-1308 al expediente n.º 03-1254;
- admitir las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa ejercidas por ambos abogados contra la Asamblea Nacional;
- negar la solicitud de mero derecho y declarar la urgencia de la causa y, sobre tal base, reducir los lapsos y términos del proceso;
- ordenar las notificaciones correspondientes al presidente de la Asamblea Nacional, a la procuradora general de la República, al fiscal general de la República y al defensor del Pueblo; y
- establecer los términos para que las partes y los interesados alegaran y probaran lo que estimasen pertinente, plazo a cuyo vencimiento el expediente debía remitirse a la Sala y, una vez ésta recibida, debía dictarse sentencia dentro de treinta (30) días.

Sentencia n.º 2 073

Cumplidas las notificaciones ordenadas en el resolutorio sobre el que acabamos de dar cuenta, se desencadenó una serie de vicisitudes procesales, entre las que pueden

enumerarse: presentaciones de distintas personas peticionando ser tenidas como partes y de otras que intentaban ser consideradas terceros interesados (las que fueron admitidas); solicitud de aclaratoria del pronunciamiento antedicho (la que en definitiva fue rechazada por haber sido articulada por quien no era parte en el proceso); pedimento de disolución de la Asamblea Nacional (el que fue desestimado); requerimiento de los apoderados judiciales de esta última pugnando por el rechazo de la acción interpuesta, quienes además acompañaron en anexo la lista de las personas postuladas a ser parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral (el que, como veremos, también fue denegado); etcétera.

Para conformar su resolución, la Sala elaboró una trama argumental respecto de la inconstitucionalidad por omisión y cuestiones afines con el *thema decidendum* que conviene al menos presentar aquí en forma condensada. Veamos:

En primer lugar, afirmó que, de acuerdo con el artículo 136 constitucional, el Poder Público de Venezuela está integrado por cinco poderes, uno de los cuales es el Electoral, por lo que, para que el régimen constitucional se desarrolle, es necesario que los cinco poderes, entre ellos el Electoral, se encuentren constituidos.

En cumplimiento de la disposición transitoria octava de la Constitución, la Asamblea Nacional dictó la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 35 573, de 19 de noviembre de 2002.

Por su parte, constató que los diversos pasos contemplados en la disposición transitoria primera de la Constitución se cumplieron, excepto el nombramiento de los rectores electorales, los cuales debían designarse por la Asamblea una vez presentados por el Comité de Postulaciones Electorales, después de haber recibido las postulaciones de los diferentes sectores de la sociedad que podían hacerlo. Esta elección debía hacerse siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Electoral, reducidos los términos a la mitad del tiempo.

Indicó que, conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la elección de los rectores debería hacerse por la Asamblea Nacional dentro de diez (10) días continuos de haber recibido por Secretaría las listas de los candidatos o candidatas postulados por el Comité, elección que, por ser la primera, debía abarcar a todos los rectores electorales y sus suplentes, a fin de cumplir con la disposición transitoria octava de la Constitución vigente, eligiéndolos por única vez simultáneamente y no en la forma prevista en el artículo 30 señalado.

Por aplicación de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y para cumplir con el mandato constitucional prevenido en la disposición transitoria octava, entendió que la Asamblea Nacional debió haber ejecutado la disposición transitoria primera de dicha ley y, en efecto, lo hizo parcialmente.

Reseñó que en fecha 8 de abril de 2003 fue presentada a la Asamblea Nacional, para su elección, la lista de los postulados, aceptados por el Comité de Postulaciones, y aquélla no procedió a nombrar oficialmente a los rectores o rectoras electorales dentro de los diez (10) días continuos, habiendo transcurrido con creces el lapso exigido por el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

Consideró que la omisión del nombramiento era "un hecho objetivo", que se constataba por el solo transcurso del tiempo a partir del 18 de abril de 2003, y que se presumía obedecía a la inexistencia en la Asamblea de la mayoría calificada consistente en el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, como lo exige el artículo 296 constitucional.

Advirtió que, si bien en algunas materias esa falta de acuerdo podría no producir ningún efecto inmediato, en lo concerniente a la designación del Poder Electoral, donde la propia Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral ordenan a la Asamblea Nacional la designación, la omisión —aun sin ser ilegítima— conducía a que la Sala declarara la inconstitucionalidad de la omisión, estableciera el plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción (cf. artículo 336, numeral 7, de la Carta Magna).

Razonó que, si fenecido el plazo la Asamblea o el órgano de que se trate no cumplían, la Sala podía delinear diversos correctivos a la situación; pero en materias en las cuales era posible que surgiera una mora en la designación de los Poderes Públicos, el correctivo consistía en el nombramiento provisorio de los integrantes del Poder Público, hasta que el órgano competente cumpliera, caso en el que, de inmediato, cesarían las funciones de los provisorios, mas no la legalidad y validez de los actos por ellos realizados que cumplieran los requisitos legales. Al respecto, la Sala reiteró su doctrina judicial (ya expuesta por ejemplo en el caso *Julián Isaías Rodríguez*, fallo de 23 de septiembre de 2002), que se trata de una situación casuística que permite, caso a caso, variaciones en el correctivo que resuelve la Sala.

No deja de ser interesante la afirmación de la Sala en cuanto a que "la omisión consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, para que proceda, basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado".

Por otra parte, merece siquiera una breve mención la reiteración[29] del argumento de la Sala en cuanto a que debe garantizarse "[l]a aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales […]". Se trata, concretamente, de lo que se ha dado en llamar la *jurisdicción normativa* de la Sala, tema sobre el que volveremos al tratar el caso *Asodeviprilara*, cuya sentencia fuera emitida el 22 de agosto de 2001.

---

[29] Tal doctrina judicial fue expuesta por la Sala en los fallos emitidos el 20 de enero de 2000, caso *Emery Mata*; el 30 de junio de 2000, causa *Dilia Parra*, y el 22 de agosto de 2001, caso *Asodeviprilara*, respecto del que *infra* efectuaremos una reseña.

En resumen, constató la existencia de la omisión y, para dar cumplimiento al artículo 335 de la Constitución (supremacía y efectividad constitucionales) y al numeral 7 del artículo 336, ibídem, y aplicar los plazos del artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, otorgó un lapso de diez (10) días continuos, a partir de la decisión que adoptaba, para que la Asamblea Nacional designara simultáneamente a los rectores electorales y a sus suplentes, conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, entre los presentados por el Comité de Postulaciones.

Expuso asimismo que, si transcurrido el lapso señalado la Asamblea Nacional no hubiera procedido a nombrarlos, la Sala lo haría dentro de un término de diez (10) días continuos.

Advirtió finalmente que el Consejo Nacional Electoral así nombrado podría dirigir cualquier proceso electoral conforme a la Ley que lo rige, y proceder de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Electoral a elaborar los proyectos de ley allí señalados, así como las normas y los procedimientos para su funcionamiento, lo que incluía las normas para convocar y efectuar referendos, a partir del 19 de agosto de 2003, las cuales regirían hasta cuando la Asamblea aprobara las leyes relativas a la materia.

Sentencia n.º 2 341

En la presente sentencia, de 25 de agosto de 2003, la Sala explicó que, como hasta la fecha del decisorio en cuestión la Asamblea Nacional no había designado a los rectores del Poder Electoral, y estando dentro del lapso para que la propia Sala hiciera la designación, procedió a realizarlo vertiendo algunas consideraciones:

En primer lugar, manifestó que, como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero que atendía al mantenimiento de la supremacía constitucional, ante el vacío institucional producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, aplicaría “en lo posible” tal ley, con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias.

Observó que tomaría en cuenta el acucioso trabajo del Comité de Postulaciones Electorales, y que en las designaciones nombraría rectores principales o suplentes a las personas que postularon la sociedad civil, el poder ciudadano y las universidades nacionales que podían hacerlo, aunque aclaró que dejaba a salvo su poder para la elección de otros sujetos fuera de los que habían sido propuestos.

También dijo que garantizaba al Poder Electoral que ella nombraba en forma provisoria “la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”. Pasó luego a reseñar las actividades que aquél estaba habilitado a desarrollar de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Electoral, pudiendo dentro de la autonomía que a dicho Poder le correspondía señalar los términos para cumplir sus cometidos.

Asimismo, sostuvo que con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados, procedía a designar su composición y la del

Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional funcionaría como un ente consultivo del Poder Electoral.

Dentro de ese marco, designó a los rectores principales; al presidente, vicepresidente, secretario y consultor jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral, Comisión de Registro Civil y Electoral, Comisión de Participación Política y Financiamiento); y a los miembros del Consejo de Participación Política.

Todos los designados fueron citados para la juramentación respectiva que se produciría el 27 de agosto de 2003, a las 11:00 a. m., en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La sentencia en cuestión mereció la crítica de Brewer-Carías, quien afirmó que la Sala "no se limitó a suplir la abstención de la Asamblea Nacional nombrando a los rectores del Consejo Nacional Electoral, sino que, extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público, procedió a nombrar directamente a todos los funcionarios directivos del organismo, competencia que no correspondía a la Asamblea Nacional (sino al propio Consejo Nacional Electoral que estaba nombrando) y respecto de cuyo ejercicio no se había producido omisión alguna que pudiera justificar tales nombramientos".[30]

5.3.1.3. Sentencia recaída en expediente n.º 03-1100, de 2 de marzo de 2005

En dicho pronunciamiento, la Sala Constitucional hizo lugar a la demanda de inconstitucionalidad por omisión que intentaron los apoderados judiciales de la Organización Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA) y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad omisiva de la Asamblea Nacional, por no haber dictado, "*dentro de un plazo razonable en derecho*", la ley especial que debía regular el Régimen Prestacional de Empleo.[31]

Consiguientemente, ordenó a la Asamblea Nacional que, dentro de un plazo máximo de tres (3) meses computables desde la notificación del fallo, preparara, discutiera y sancionara dicha ley, que debería adaptarse a los lineamientos generales de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (LOSSS) y a las regulaciones constitucionales en materia de seguridad social y trabajo o, en su defecto, un régimen transitorio que solventara la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social.

Asimismo, acordó una medida cautelar innominada mediante la cual suspendió los efectos del artículo 138 de la LOSSS y, consecuentemente, declaró la ultractividad

---

[30] Allan R. Brewer-Carías: *La Constitución de 1999…*, o. cit., t. II, p. 972.

[31] Énfasis añadido.

del decreto con rango y fuerza de ley que regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que fue publicado en la *Gaceta Oficial*, n.º 5 392, Extraordinario, de 22 de octubre de 1999, y, por ende, cautelarmente vigente a partir de la sentencia que se anota y hasta cuando la Asamblea Nacional pusiera fin a la situación de mora legislativa en los términos de ésta.

Como pautas argumentales salientes en cuanto a lo que aquí interesa específicamente y que dieron cuerpo al razonamiento de la Sala, pueden identificarse las siguientes:

- Que si bien la LOSSS no preceptúa un plazo determinado para que se dicten las leyes de los regímenes prestacionales especiales, considera la Sala que, a más de año y medio de la entrada en vigencia de la referida ley orgánica, se había prolongado en exceso el tiempo que razonablemente ameritaría la aprobación y promulgación de tales leyes, fundamentalmente, y en lo que se refiere al *sub lite*, de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que es la que carecía de régimen transitorio para la prestación de dicho beneficio. De tal manera, la Sala justificó su percepción en punto a que había transcurrido un "plazo razonable en derecho".
- Que el control de la constitucionalidad por omisión, en el marco de la jurisdicción constitucional venezolana, no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.
- Que la nueva ley que regula las funciones del Tribunal Supremo extendió subjetivamente la potestad de control jurisdiccional, por lo que ahora abarca no sólo las pasividades del Poder Legislativo nacional, estadal y municipal, sino también las de cualquier otro órgano del Poder Público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con lo cual, el control sobre la inconstitucionalidad por omisión equivale, en su amplitud y extensión, al control de la constitucionalidad de los actos —legislativos o no— que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (artículo 334 de esta última).
- Que, además, la omisión legislativa verificada implicaría el incumplimiento de los acuerdos internacionales que fueron válidamente suscritos por Venezuela, y que recogen el derecho a la seguridad social y establecen sus atributos esenciales. En tal sentido, la Sala evoca el convenio n.º 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la "Norma mínima de la seguridad social", cuya ley aprobatoria se publicó en *Gaceta Oficial* n.º 2 848, Extraordinario, de 27 de agosto de 1981, y pone énfasis en señalar que la ausencia de legislación importaba incumplir los artículos 19 a 24 y 71 del mencionado Convenio.

- Que la ausencia de desarrollo legislativo en relación con el régimen prestacional de empleo, por cuanto traía como consecuencia inmediata la falta de cotización para el financiamiento de la prestación del beneficio social en caso de desempleo y, más grave aún, en tanto implicaba la negación de otorgamiento de dicha prestación a los beneficiarios, comportaba la existencia de una omisión legislativa que debía ser remediada, a través de la orden a la Asamblea Nacional, para que pusiera fin a dicha situación y, en complemento, mediante la toma de medidas que, preventiva y cautelarmente, sopesaren las consecuencias de tal abstención y evitaran un indeseado incumplimiento de obligaciones internacionales.

En definitiva, sobre tal trama argumental y como anunciábamos, declaró la omisión de la Asamblea Nacional al no haber dictado la ley especial regulatoria del Régimen Prestacional de Empleo, puesto que, de conformidad con el artículo 336, cardinal 7, de la Constitución, y 5, cardinal 12, de la LOTSJ, se trataba de una inactividad normativa que impedía el eficiente ejercicio de derechos fundamentales (especialmente el derecho a la seguridad social —artículo 86 constitucional—) y, en consecuencia, el cumplimiento de la Norma Superior.

5.3.2. Segundo perfil de sentencias: la n.º 1 571, de 22 de agosto de 2001 (pronunciada en el expediente n.º 01-1 274), como caso testigo

El 12 de junio de 2001, el presidente de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (*Asodeviprilara*), así como otros ciudadanos, actuando a nombre propio, interpusieron acción de amparo constitucional invocando los "derechos difusos de los comerciantes, industriales, camioneros, dueños de carros libres o por puesto, y en fin de todos los demás Ciudadanos en situación semejante a las de ellos, víctimas que son de los financiamientos que los Bancos y las Entidades de Ahorro y Préstamo C. A., ofrecen mediante su publicidad y aplican denominándolos 'Crédito Mejicano', 'Crédito Indexado' o 'Flexicrédito'[…]", en contra de la Superintendencia de Bancos y Otros Institutos de Crédito, así como del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), "por la abstención de los cumplimientos de sus actos y de los deberes que les imponen sus cargos, materializándose así la violación de derechos y garantías constitucionales que ha posibilitado que numerosísimos Bancos y Entidades de Ahorros y Préstamo C. A." otorgasen créditos hipotecarios y comerciales, con reserva de dominio, o quirografarios, denominados Crédito Mexicano Indexado al Salario.

Más allá del caso puntual planteado y de los numerosos —y no menos relevantes aspectos— abordados por la Sala en esta sentencia, sólo nos interesa aquí reseñar algunas pautas vinculadas con la cuestión que aquélla denomina *jurisdicción norma-*

tiva y que tiene determinados puntos de contacto con la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Primeramente se encarga de señalar que, desde sus primeros fallos,[32] ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los derechos humanos, los derechos que desarrollan directamente el Estado social, las garantías y los deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas.

Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se basó en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones que dicha Sala efectúe sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

Sobre la base del mencionado artículo constitucional 335, en los casos concretos en que hubiese surgido alguna infracción constitucional, la Sala dijo haber ejercido la *jurisdicción en forma normativa*, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional y señalando sus alcances o formas de ejercicio, aunque no existieran leyes que la desarrollaran directamente. Indica que se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legislara sobre la materia.

Agrega que, por esta vía, no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal,[33] sino que, en casos en que había que aplicar leyes que colisionaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de aquéllas, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin de que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse.[34]

También, rechaza las críticas dirigidas a aquella especie de ejercicio de la jurisdicción, en cuanto a que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra contenida en la ley y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad.

Explica que el artículo 335 constitucional permite tal jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviera a bien desarrollarlas, quedando también en suspenso su efectividad en el tiempo.[35]

---

[32] Por ejemplo, en los casos *José Amando Mejía*, *Corpoturismo* y *Servio Tulio León*.

[33] Como sucedió —según la Sala aprecia— en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos en los casos *Defensoría del Pueblo*, de 30 de junio de 2000; *William Ojeda*, de 31 de agosto de 2000, y *Veedores de la UCAB*, de 23 de agosto de 2000. También, en los relativos a la legitimación en juicio de la sociedad civil (causa *Gobernadores*, de 21 de noviembre de 2000), o en el que resolvió lo atinente al hábeas data (caso *Insaca*, de 14 de marzo de 2001).

[34] Tal como, según lo puntualizado por la Sala, acaeció con el procedimiento de amparo en el caso *José Amando Mejía*, de 1 de febrero de 2000.

[35] Por esa razón, la Sala sostiene que ha rechazado tal inmovilismo constitucional, por aplicación inmediata de los principios constitucionales en el mencionado caso *José Amando Mejía*.

Cataloga como "tendenciosa" la crítica que apunta a la supuesta incertidumbre que causaría con este tipo de interpretación, ya que —según estima— la interpretación constitucional sólo funciona cuando no existe ley que desarrolle la norma constitucional, o ella sea contraria a la Constitución, y siempre queda proyectada hacia el futuro, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adapten a ella, motivo por el cual las sentencias se difunden y se publican en la *Gaceta Oficial* de la República.

En función de tal jurisdicción normativa, la Sala reivindicó su facultad no sólo de reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al artículo constitucional 26, sino que, ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional, que pudiera perjudicar a terceros —siendo lo lógico llamarlos a juicio—, podía así ordenarlo, siempre que el juez constitucional tuviera certeza de que ellos podían verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo, o considerara que debían participar de alguna forma en el proceso por ser necesariamente coobligados en la prestación que se demandaba.

Asimismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del artículo 26 de la Constitución y a fin de que esta cláusula tuviera vigencia, la Sala sostuvo haber implantado a procesos ya existentes los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismos inútiles (no esenciales), que informan a la administración de justicia en el nivel constitucional.

En ese sentido, y ante la acción de amparo incoada, habiendo los demandantes invocado sus derechos e intereses difusos o colectivos, la Sala se entregó a dilucidar si lo alegado se ventilaría mediante el amparo, o por otro proceso existente, adaptándolo al artículo 26 constitucional, para lograr el *desideratum* de dicha norma: una justicia oral, expedita e idónea.

Para finalizar esta reseña y dar paso a las observaciones que cerrarán el trabajo, se aprecia que fue así como la Sala decidió aplicar a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas —según indicó— a potenciar la oralidad, la brevedad, la concentración y la inmediación de esta clase de procesos.

6. Epílogo

Por razones de índole metodológica, en el presente sector de consideraciones finales invertiremos el orden de tratamiento de los temas que conformaron el núcleo de nuestra atención. Así, fraccionando este segmento conclusivo en dos partes, enfocaremos primeramente el ámbito jurídico venezolano y, a continuación, volcaremos ciertas pautas genéricas del ejercicio del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, insistiendo en la necesidad de su institucionalización como modo de viabilizar la normatividad y la supremacía del cuerpo y el espíritu constitucionales. Veamos:

6.1. En torno del modelo de contralor de las omisiones inconstitucionales en Venezuela

De la urdimbre de la doctrina judicial venezolana presentada en este trabajo y de la propia textura de la norma constitucional que institucionaliza la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales, pueden relevarse ciertas aristas para perfilar —bien que en forma primaria— los trazos básicos de la figura en la percepción interpretativa de la Sala Constitucional.[36] Veamos:

A) En primer lugar, dada la ausencia de pautas rígidas en la Ley Fundamental al diseñar el instituto, parecería que —en punto a la naturaleza jurídica de éste— el constituyente ha intentado encapsularlo en la categoría de la *acción popular*, lo que automáticamente lleva a pensar en una cierta laxitud en el examen del requisito de legitimación para articularla.

Así lo ha entendido la Sala Constitucional (por ejemplo, en la sentencia n.º 1 556, de 9 de julio de 2002), al apoyarse a su vez en el criterio que la desaparecida Corte Suprema de Justicia exhibiera acerca de la acción de inconstitucionalidad, sosteniendo que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, de lo que se sigue que cualquier persona, natural o jurídica, ostenta habilitación para ejercerla.

Sobre tal base argumental de la Corte, la Sala ha estimado que *la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad*, a partir de lo que construye una posición abierta y flexible al momento de analizar la legitimación de quienes impetran tal tipo de acción.

B) Al recorrer los pliegues jurisprudenciales de la Sala, se observa que desde la señera sentencia n.º 1 556, de 9 de julio de 2002, aquélla ha acudido al derecho comparado y a la doctrina autoral extranjera para modelar los contornos de la acción de inconstitucionalidad por omisión, elementos entre los que cabe computar a la *categorización tipológica de omisiones que las distingue entre absolutas (o totales) y relativas (o parciales)* (ver, *inter alia*, la decisión de 19 de agosto de 2002 y la sentencia n.º 1 582, de 12 de junio de 2003).

Lo anterior permite inferir la aceptación de tal modalidad taxonómica de omisiones inconstitucionales, como la propia Sala lo deja entrever en la sentencia n.º 2 073,

---

[36] Para una visión crítica de la labor de la Sala, particularmente en lo que considera el secuestro por ésta del "Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política", véase Allan R. Brewer-Carías: *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho* (cuyo subtítulo coincide precisamente con el entrecomillado de los renglones anteriores de esta nota a pie de página), Caracas: Los Libros de El Nacional, Colección Ares n.º 48, 2004.

de 4 de agosto de 2003, al indicar que la *omisión* consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, *sea ella total o parcial*.

Obviamente, a tal interpretación coadyuva el tenor literal del artículo 336, numeral 7, de la Constitución, al deferir a la Sala la atribución de "[d]eclarar 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* […]",[37] lo que involucra ambos tipos de omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

C) Vinculado con los parámetros para la tipificación de las omisiones inconstitucionales susceptibles de ser así calificadas por la Sala, ésta denota un criterio amplio y abarcador cuando se trata de determinar si se está o no frente a una preterición *contra Constitutione*.

Así, ha entendido que para que ésta proceda *basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución no haya culminado* (cf. sentencia n.º 2 073, de 4 de agosto de 2003).

D) En lo que atañe al alcance y al radio de acción de sus facultades para el ejercicio del control de la constitucionalidad por omisión, la Sala Constitucional desnuda una percepción muy vasta.

Es así como, concretamente en la sentencia recaída en expediente n.º 03-1100, de 2 de marzo de 2005, ha advertido contundentemente que el ejercicio de aquella competencia no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a *la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución*.

Ligado a ello, puntualizó —en el mismo pronunciamiento— que la nueva Ley que regula las funciones del Tribunal Supremo ha extendido subjetivamente la potestad de control jurisdiccional, abarcando no sólo las pasividades del Poder Legislativo nacional, estadal y municipal, sino también las de cualquier otro órgano del poder público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con lo cual el control sobre la inconstitucionalidad por omisión equivale, en su amplitud y extensión, al del control de la constitucionalidad de los actos —legislativos o no— que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley Básica.

---

[37] Énfasis añadido.

E) La lectura de la norma constitucional que instituye la inconstitucionalidad por omisión en el contexto venezolano permite apreciar que se trata de una de las fórmulas más osadas de cuantas exhibe el derecho comparado, no sólo porque —como anticipáramos— al parecer se la ha pautado como especie de acción popular, sino básicamente por el amplio espectro de movimiento que se le confiere a la Sala para intervenir sobre las omisiones en que hubiera incurrido el Poder Legislativo municipal, estadal o nacional, ya que aquélla puede declarar la existencia de tales comportamientos omisivos, establecer el plazo en el que el Poder Legislativo que corresponda deba salvar la omisión y, de ser necesario, hasta fijar los lineamientos para la corrección de ésta.

Sea como fuera, la Sala ha trasuntado su criterio en cuanto a que puede aplicar diversos correctivos de acuerdo con el supuesto que deba afrontar; en otras palabras, entiende que se trata de una situación casuística que le permite, caso a caso, determinar variaciones en el correctivo que resuelva aplicar (ver, por ejemplo, lo manifestado en la sentencia n.º 2 073, de 4 de agosto de 2003).

F) Finalmente, y como breve comentario acerca de la "jurisdicción normativa" que propone la Sala Constitucional, creemos que es interesante y plausible la impronta *activista* de tal órgano en favor de la vigencia y la operatividad de los preceptos constitucionales en un estado previo a la intervención del legislador (incluso ante la configuración de la omisión de éste en regular ciertos aspectos que requieran alguna reglamentación o pormenorización legal), en tanto proporcione una solución *provisoria* de manera de no subrogarse improcedentemente en el papel de aquél.

Al respecto, y para finalizar este tramo de consideraciones específicas para el ámbito venezolano, debe coincidirse con Casal cuando advierte que la facultad de la Sala de integrar lagunas o vacíos jurídicos vinculados a silencios legislativos no puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario, que se distinguiría de ésta por su provisionalidad.[38] Añade el citado autor que la naturaleza "normativa" de la función jurisdiccional cumplida por la Sala cuando colma vacíos legislativos para hacer operativos ciertos preceptos constitucionales —que la sentencia denomina impropiamente como "programáticos"— estriba sólo en los efectos generales de los criterios sentados sobre el modo de aplicación de la disposición constitucional hasta la intervención del legislador.[39]

---

[38] Jesús M. Casal H.: "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas", en *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 4, enero-julio de 2001, Caracas: Sherwood, p. 176.

[39] Ídem.

6.2. Lectura genérica de la praxis sobre la fiscalización de las omisiones inconstitucionales en el derecho comparado

Desde un registro general, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión y las soluciones que se vienen perfilando desde el dominio del derecho comparado nos suscitan las reflexiones que apuntamos a continuación:

A) El examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Iberoamérica pone al descubierto el afortunadamente creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretorianamente, diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales.

Al menos, pareciera consolidarse una tendencia de apertura del debate en cuyo interior discurre la convicción (al menos, la percepción) en punto a que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene algo por decir y aportar* en pro de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia (real y no sólo declamada) de los derechos y la consolidación del Estado constitucional de derecho.

B) A su tiempo, en la observación de la praxis jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia (*rectius*: Corte Constitucional, en el caso italiano), y pese a que en los respectivos ordenamientos constitucionales de tales países no existen expresas disposiciones acerca de la inconstitucionalidad por omisión, se verifica una importante actividad para controlar las omisiones legislativas relativas por medio del empleo *remedios unilaterales*, verbigracia, sentencias interpretativas y, dentro de éstas, las manipulativas y, más específicamente, las aditivas; y *bilaterales*, entre los que pueden contabilizarse las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las sentencias de apelación, las que declaran que la ley aún no es inconstitucional, el retraso de los efectos del fallo para dar tiempo a la intervención del legislador y las sentencias aditivas de principio o las sentencias-delegación.[40]

Al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional comparada se viene diseñando, pareciera quedar en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión.[41]

En la percepción expuesta por González Beilfuss, la insuficiencia del paradigma kelseniano del legislador negativo no refleja la función normativa que realizan dichos

---

[40] Autor y o. cit. en nota 18.

[41] Markus González Beilfuss: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pássim.

tribunales tanto en el plano legal como en el constitucional a través de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, los pronunciamientos estimatorios de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional.[42] En apariencia, tal actitud de las correspondientes jurisdicciones constitucionales denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad.[43]

C) El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue —*inter alia*— "recomponer" el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.

Así, resulta innegable que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.[44] Y tal principio de supremacía constitucional, además de requerir sustento normativo, *exige sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *así como de castigar las infracciones a tal supremacía*,[45] las que pueden provocarse por acción u omisión.

En tal línea de ideas, adquiere suma importancia la habilitación de adecuadas vías procesales para que el afectado por las omisiones inconstitucionales tenga allanado el acceso a la justicia, en orden a perseguir la descalificación de la conducta omisiva —y lesiva— "desplegada" por los órganos encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional. Obviamente, la cuestión recepta un *plus* axiológico si involucra derechos fundamentales, pues —como ha señalado Mortati— la discrecionalidad del legislador debe ceder frente a prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de tales derechos, lo que no excluye la determinación de cómo cumplirlas, de tal forma que de la elección del modo considerado como el más adecuado para satisfacerlos no se derive la reducción del contenido mínimo necesario para no tornar puramente ilusoria la satisfacción del interés protegido.[46]

Vemos allí la legítima probabilidad de que actúe la judicatura declarando que la omisión es inconstitucional, en tanto *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, y dicha esfera decisional del órgano legislativo no debe entenderse como "inmu-

---

[42] Ibídem, pp. 12-13.

[43] Franco Modugno: "Corte Costituzionale e potere legislativo", en AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, p. 48; aludido por Markus González Beilfuss: o. cit., p. 15.

[44] Autor y o. cit. en nota 10.

[45] Autor y o. cit. en nota 6.

[46] Costantino Mortati: "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milán: Giuffrè, 1972, p. 992.

nidad para hacer, no hacer, o hacer de cualquier manera"[47] aquello que la Constitución le impone.

D) La violación de la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; por tanto, es al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional —según sea el caso— a los que corresponderá diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace.[48]

Consistente con ello, el magistrado judicial deberá —*inter alia*—: pugnar por que se resguarde en el caso concreto el contenido mínimo de un derecho dispensado por la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que —en igualdad de circunstancias— detrae a otros. En todo caso, se impone la delineación de herramientas procesales (ya propias del modelo *unilateral*, ya del *bilateral o multilateral*) adecuadas a las pautas fisonómicas del sistema jurídico de que se trate, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional), de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre *invasivamente* en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: *libertad de configuración* del legislador); sin embargo, y en todo caso, tampoco resulta lícito (y, sobre todo, legítimo) que se obture la actuación judicial si el órgano legisferante margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad de circunstancias.

---

[47] Gráfica expresión de Bidart Campos, quien la completa afirmando: "Verificar que lo que hace, lo que deja de hacer, el fin y el medio por los que opta, y el modo como actúa o como se inhibe están de acuerdo con la Constitución, no es sujetarlo a una fiscalización lesiva de su zona competencial y de su capacidad de criterio y decisión. Es otra cosa: es plasmar la exigencia de asegurar y efectivizar la fuerza normativa de la Constitución allí donde el órgano controlado no le dio aplicabilidad operatoria, o se la dio inconstitucionalmente" (Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Ediar, 1995, pp. 167-168).

[48] Néstor P. Sagüés: "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.): *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D. F., 12 al 15 de febrero de 2002), México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 619.

En otras palabras, y como se ha dicho, 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 (y magistrados constitucionales) 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.[49]

En tales menesteres, es dable esperar que el órgano judicial o constitucional competente encargado de preservar la supremacía de la Constitución asuma un *activismo prudente* para corregir las omisiones inconstitucionales.

Un buen comienzo sería que aquél intentara armonizar las diversas pautas en juego: normatividad y supremacía de la Constitución; importancia axiológica del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; margen de acción (o de inacción) del legislador; y ejercicio del control de constitucionalidad por todos los jueces (en la hipótesis de contralor jurisdiccional difuso) o por el Tribunal Constitucional (en el supuesto del modelo concentrado), lo que requerirá en cada caso puntual un ejercicio de ponderación (sin preterir cierta tarea subsuntiva) para mantener una armónica coexistencia de las diversas variables convergentes en la cuestión.

E) Como parte sustancial del mensaje subyacente en este trabajo milita una premisa que en reiteradas ocasiones se declama desde el registro discursivo y en no pocas se incumple en el plano de la realidad, pero que —creemos— debe defenderse, reivindicarse e intentar que alcance encarnadura en la dimensión fáctica: *la Constitución no es poesía o mera retórica, sino, por el contrario, contenido normativo con vocación de operatividad*.

Y aunque no pueda dejar de reconocerse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión supone internarse en espacios *incómodos* del control de constitucionalidad, pues conecta con intrincados problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos hipersensibles al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *acosadas o invadidas* en ámbitos que creen de su exclusiva discrecionalidad o *limitadas antidemocráticamente*,[50] el esfuerzo bien vale la pena.

Es que, justamente, el control sobre las omisiones inconstitucionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de: *coadyuvar* al acercamiento de los extremos de la brecha abierta entre el exceso normológico y la inconsistencia

---

[49] Jesús M. Casal H.: o. cit., p. 186.

[50] Para ampliar sobre el punto, véase Víctor Bazán: "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.º 6, julio-diciembre 2005, San Pablo: Escola Superior de Direito Constitucional, en prensa.

pragmática a la que a veces se somete a la Ley Fundamental; *plasmar* sin retaceos la voluntad del constituyente; *acortar* el camino entre la Constitución y sus destinatarios; *generar* un sentimiento constitucional que permita a éstos identificarse con los preceptos de la Norma Básica, su carga ideológica y su textura axiológica, al comprobar que las disposiciones de aquélla son cumplidas y cumplibles; y, finalmente, *vivenciar* que la Constitución *es para todos* y el derecho no es sino un *instrumento de justicia*.

Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez (Guatemala) *

La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)

Introducción

Con ocasión del desarrollo de seminarios de difusión de la justicia constitucional, con un grupo de colegas letrados de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala nos percatamos de que en Guatemala existe escaso material bibliográfico y de consulta sobre el tema de la inconstitucionalidad abstracta. Fue así como, aprovechando el tener acceso a la fuente directa por desempeñar funciones en el citado tribunal, tuve la inquietud de realizar un pequeño ensayo en el cual, someramente, desarrollo la temática antes indicada. El opúsculo se inicia con la determinación de conceptos cuya intelección considero básica; entre ellos, se hace la diferenciación entre las expresiones *jurisdicción constitucional* y *justicia constitucional*, se define lo referente al conflicto constitucional y se analiza la labor del tribunal constitucional desde la óptica de los sistemas de control de constitucionalidad. Seguidamente, se analizan la acción de inconstitucionalidad abstracta, las modalidades de su planteamiento y algunos requisitos que se considera oportuno observar al momento de su promoción. Posterior a esto, se hace un breve análisis de lo que es el proceso de inconstitucionalidad abstracta y, finalmente, se concluye con lo relativo a la sentencia de inconstitucionalidad abstracta y los medios de impugnación establecidos por la ley de la materia. Se consi-

* Abogado y notario, asesor de la magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, conferencista de los seminarios de Difusión de la Justicia Constitucional auspiciados por dicha Corte y ex catedrático de los cursos Derecho Constitucional I y II y Jurisdicción Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. ‹mmejicanos@cc.gob.gt›

deró pertinente citar alguna jurisprudencia reciente de la Corte de Constitucionalidad para que, de manera ejemplificativa, se evidencie la operatividad que esta garantía constitucional (inconstitucionalidad abstracta) ha tenido en la práctica, así como el desarrollo jurisprudencial por el cual transitan ahora los criterios esbozados por el máximo tribunal constitucional guatemalteco. En el ensayo también se citan connotados autores del derecho procesal constitucional, sustentadores de modernas posiciones doctrinarias en esta reciente rama del derecho. El resultado de todo lo anterior está plasmado en este trabajo, el cual, como se acotó, pretende no sólo dejar un sencillo material de consulta que encuentre utilidad en aquellos operadores de justicia constitucional y estudiosos de la ciencia del derecho, sino también demostrar la viabilidad de la inconstitucionalidad abstracta como una garantía para la defensa del orden constitucional. Comparto así con el actual presidente de la Corte de Constitucionalidad, licenciado Juan Francisco Flores Juárez (a quien, por este medio, patentizo mi agradecimiento por su apoyo para la elaboración de este trabajo) que el conocimiento —y, agregaría, la defensa— del magno texto es un factor fundamental en la consolidación de un Estado de derecho; de manera que, si este trabajo logra brindar algún conocimiento a sus lectores sobre la temática del planteamiento de inconstitucionalidad abstracta, se habrá cumplido el propósito inicial por el cual fue elaborado.

1. Conceptos básicos

Abordar la temática del planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general requiere del correcto entendimiento de conceptos que el autor de este trabajo considera básicos. Observando una elemental teoría general de la pretensión, el proponente de este tipo de planteamientos debe conocer, de manera cierta, qué es lo que se pretende que el tribunal constitucional declare al acoger este tipo de pretensiones constitucionales. De ahí que, sin que la enumeración que a continuación se propone sea exhaustiva, se considera pertinente que al promover este planteamiento se comprendan los siguientes conceptos:

1.1. Jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional es fundamentalmente una jurisdicción especializada. Si se entiende a la jurisdicción como aquella potestad genérica que se confiere a determinados órganos del Estado para administrar justicia de conformidad con la Constitución y las leyes del país —lo que así es recogido en el artículo 203 constitucional cuando en él se establece que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política y las leyes de la República—, la jurisdicción constitucional será entonces aquella potestad que se confiere a uno o a varios órganos jurisdiccionales para administrar justicia constitucional al momento de conocer de procesos instituidos con el objeto de garantizar la supremacía constitucional. Dentro de estos procesos necesa-

riamente deben estar incluidos los controles preventivo y reparador, tanto de constitucionalidad de normas jurídicas como de actos del poder público cuando con estos últimos se amenace lesionar o se lesionen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República y las leyes del país. Es el conocimiento de dichos procesos y la decisión que sobre ellos se asuma, lo que integra la materia propia de conocimiento en la jurisdicción constitucional.

Para la adecuada intelección de lo antedicho, no puede soslayarse el que, por ser la jurisdicción una potestad que emana como consecuencia de una dispensa del legislador constituyente, su ejercicio debe apegarse a la preceptiva constitucional y a una ley especial de carácter instrumental o un conjunto de leyes de ese mismo tipo, que desarrollen la manera como se ejercitarán tanto la función jurisdiccional como la vía de acceso a ésta por los particulares o, incluso, del mismo Estado. Esto es aún más relevante en el caso de la jurisdicción constitucional, al comprender que es a través de ésta que se ha de lograr la prevalencia de la norma suprema. Así entendido, para el caso de la jurisdicción constitucional guatemalteca, puede concluirse que el establecimiento de este tipo de jurisdicción encuentra el debido respaldo del legislador constituyente en el título VI, capítulos I, II, III, IV y VI de la Constitución Política de la República y en una ley especial [1] —denominada genéricamente en la doctrina como Ley de Jurisdicción Constitucional— que es la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

También debe tenerse presente que las voces *jurisdicción constitucional* y *justicia constitucional* no son sinónimas. La sinonimia que de ellas se había entendido hasta hace tiempo reciente no es más que un resabio del modelo kelseniano puro de control de constitucionalidad. De parte nuestra, y siguiendo un objetivo trazado en la elaboración de este opúsculo, nos apartaremos de ese modelo, y por ello estimamos necesario hacer la distinción de ambos términos, como se realiza a continuación.

1.2. Justicia constitucional

En nuestro medio aún se tiene la creencia de que la justicia es una y solamente una, de manera que debe ser entendida como un concepto unívoco, tanto por los tribunales de la jurisdicción constitucional como por los de la jurisdicción ordinaria. No compartimos esa posición, pues consideramos que no es el mismo tipo de justicia que administran unos y otros órganos de justicia. De ahí que sea de suyo importante determinar qué es lo que debe entenderse por justicia constitucional.

---

[1] Denominada “la ley de la materia” en el segundo párrafo del artículo 268 de la Constitución Política de la República.

La justicia constitucional es definida por Juan Colombo Campbell [2] como aquella destinada a dar eficacia al principio de supremacía constitucional y al cumplimiento efectivo de su preceptiva; citando a Allan Brewer-Carías, el autor inicialmente citado sostiene que la justicia constitucional se administra no sólo cuando la Constitución existe como tal, sino cuando ésta es una norma verdaderamente aplicable por los órganos jurisdiccionales y prevalece, por su carácter supremo, frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado.[3]

Por su importancia, el estudio de la justicia constitucional ha merecido un particular tratamiento de los estudiosos del derecho procesal constitucional, y de aquellos que por razón de su función la aplican en su labor diaria.[4] Como se dijo, en el tema de la justicia aún se discute si su definición conceptual debe partir abordándola como un concepto valórico, único y subjetivo —cambiante según la época y el lugar— o aquel equivalente al término de verdad jurídica emanada de la autoridad de cosa juzgada. De manera que tal discusión, aún irresuelta, es lo que no permite reflejar, en esencia, que justicia constitucional sea equivalente a jurisdicción constitucional. Ello, precisamente, es lo que no permite la sinonimia entre estos dos últimos conceptos.

La justicia constitucional en sí interviene en la decisión de conflictos con relevancia constitucional. Álvarez Conde, citado por Marco Gerardo Monroy Cabra,[5] al referirse a la importancia de la justicia constitucional, ha expresado que ésta:

---

[2] Cf. Juan Colombo Campbell: "Funciones del derecho procesal constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2002, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002, p. 148.

[3] Ibídem, p. 143.

[4] A manera de ejemplo, se puede citar que en un Congreso Jurídico sobre Justicia Constitucional en el Derecho Comparado, celebrado en la ciudad de Antigua Guatemala en el mes de mayo de 1992, se aprobó, en la Declaración, que la existencia de una justicia constitucional constituye un elemento esencial para garantizar la libertad y los derechos fundamentales frente a actos de gobierno con marcado reproche de normas constitucionales. Se sostuvo también que la eficacia de una justicia constitucional se da cuando se confiere a una institución del Estado —un órgano jurisdiccional— la competencia necesaria para *controlar jurídicamente*, como instancia final, la conformidad a la Constitución de actos emanados por el poder público (véanse puntos 3 y 4 de la Declaración). Se cita también el punto 4 de la Declaración de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal (celebrada en la ciudad de Guatemala en el mes de noviembre de 1999), que expresa: "Se apreció la significativa consolidación de la justicia constitucional, lo que ha contribuido al reconocimiento social de que la primacía de la Constitución es de suyo importante para asegurar a los habitantes el disfrute de la vida democrática, y, como punto de partida, no sólo para confirmar su pleno acceso a los derechos fundamentales sino también para el debido progreso de las instituciones que deban hacerlos efectivos y viables".

[5] Cf. Marco Gerardo Monroy Cabra: "Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer 2004, p. 22.

a. Surge como una reacción al concepto clásico de Constitución, una vez aceptada que esta última ha dejado de ser una simple declaración de principios y se ha convertido en una norma directamente aplicable.
b. Es consecuencia del principio de la supremacía constitucional. De ahí que sólo sea posible administrar justicia constitucional en países dotados de una Constitución rígida.
c. Debe ser considerada como una manifestación del Estado de derecho, al suponer que en ella se consagran el principio de legalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división de poderes, vistos tanto en una óptica horizontal como vertical.

Al resumir lo anterior, para quien escribe este trabajo, la justicia constitucional será entonces toda actividad de aplicación directa de la Constitución, tanto por un tribunal constitucional como por un órgano jurisdiccional ordinario, al asumir dichos órganos que la norma suprema es una norma jurídica de aplicación prevaleciente y, como tal, *decisoria litis* para la solución de un conflicto constitucional en el que se hubiesen puesto en entredicho derechos y obligaciones jurídicamente exigibles. Con lo anterior se ha pretendido clarificar, de manera sencilla, lo que constituye el principal objetivo de una jurisdicción constitucional: administrar justicia constitucional.

1.3. Conflicto constitucional

Corresponde ahora responder: ¿Qué es lo que se pretende solucionar al administrar justicia constitucional? La respuesta a tal interrogante es: el conflicto constitucional. Colombo Campbell[6] define este tipo de conflicto como aquel que se produce cuando una persona o un órgano público, por acción u omisión, genera una infracción valórica, formal o sustancial de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política de la República, de tal manera que la existencia de este tipo de conflictos implica el quebrantamiento mismo de la preceptiva suprema, y de ahí que ello justifique el accionar los mecanismos previstos por el sistema para restablecer la plena eficacia de la norma infringida.

Por ello, es válido afirmar que todo conflicto constitucional surge entonces de una infracción directa de la Constitución, y tal violación puede darse por un particular, o bien acontecer en una actividad de una autoridad en el ejercicio del poder público. El conflicto constitucional tiene, en ese sentido, las siguientes características:

a. Presupone la existencia, en el ordenamiento jurídico, de una Constitución como norma suprema, de manera que la resolución del conflicto se de aplicando un elemental principio de jerarquía normativa.

---

[6] Colombo Campbell: o. cit., p. 154.

b. En él debe estar comprendida toda violación constitucional, y ésta debe ser susceptible de tutela jurisdiccional.
c. Debe ser necesariamente resuelto por un órgano jurisdiccional.

1.4. Sistemas de control de constitucionalidad

Una vez elucidada la materia de conocimiento en la jurisdicción constitucional, corresponde ahora establecer quiénes pueden administrar justicia constitucional, así como la forma como se administra este tipo de justicia. Para responder a tales interrogantes debe hacerse un breve análisis de los sistemas de control de constitucionalidad, ya que mediante éstos es como se determina la forma en que en el ordenamiento jurídico de un país se administra la justicia constitucional, sobre todo en la temática que interesa en este ensayo: el control de constitucionalidad de normas.

La doctrina predominante del derecho procesal constitucional ha llegado al consenso de que los sistemas de control de constitucionalidad, adoptados por la mayoría de los textos constitucionales del mundo, son los siguientes:

1.4.1. Sistema difuso o americano

En este sistema, originado en el sistema norteamericano de administración de justicia, la labor de administrar justicia constitucional corresponde a todos los órganos jurisdiccionales sin distinción alguna, que están facultados para realizar una labor de interpretación y aplicación directa del texto constitucional. Este sistema debe su denominación de *difuso* a la pluralidad de órganos de control, los que tienen facultad de decidir cuestiones respecto de la conformidad constitucional de una ley, la aplicación de ésta un caso concreto una vez establecida tal conformidad, así como la desaplicación de aquel precepto que consideren inconstitucional en el caso particular.

Sus características son: a) que la ley declarada inconstitucional lo es únicamente para un caso en particular; de ahí que la decisión judicial vincula únicamente a quienes figuran como parte —*interpartes*— en un proceso determinado, y b) la normativa tachada de inconstitucionalidad no pierde su vigencia en el ordenamiento jurídico, sino únicamente es excluida como *aplicable* a un caso concreto.

Si bien en el ordenamiento jurídico guatemalteco existen características de este sistema de control,[7] sostenemos que, por previsión de lo dispuesto en el inciso *a* del artículo 272 de la Constitución Política de la República, en puridad, éste no es el sistema que sigue el ordenamiento jurídico de este país.

---

[7] Véanse los artículos 116 al 132 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

1.4.2. Sistema concentrado o europeo

En este sistema existe un órgano jurisdiccional especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional, que es al que se le encarga resolver, con absoluta exclusividad, todos los conflictos constitucionales o cuestiones de inconstitucionalidad de normas. Debe su denominación a que fue un sistema propuesto, en absoluta puridad, por Hans Kelsen, y en sus inicios fue adoptado por el sistema constitucional austriaco, a principios del siglo pasado (1920).

Sus características son: a) que si la decisión es la de declarar la inexequibilidad de la norma impugnada, ésta será expulsada del ordenamiento jurídico, quedando así sin vigencia, y b) que los efectos de la decisión de acogimiento de la inconstitucionalidad son *erga omnes*, es decir, vinculantes tanto para los gobernantes como para los gobernados.

Aun cuando pudiese pensarse que esta orientación es la que sigue el ordenamiento constitucional guatemalteco,[8] se sostiene aquí que este sistema tampoco es, en puridad, el observado en dicho ordenamiento, sobre todo si se toma en cuenta lo dispuesto en los artículos 266 y 272, inciso *d*, de la Constitución Política de la República.

1.4.3. Sistema mixto

Este sistema pretende establecer una posición ecléctica de los dos sistemas citados.[9] Se dice que es *mixto*, pues en él interactúan órganos que forman parte del denominado Poder Judicial y también un Tribunal Constitucional autónomo e independiente de dicho poder, a los cuales la propia Constitución Política les ha asignado competencias y atribuciones separadas, que pueden ejercer simultáneamente en el ámbito de acción de una jurisdicción constitucional.

Definitivamente éste es el sistema adoptado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, según puede colegirse de lo dispuesto en los artículos 266, 267, 268 y 272 de la Constitución Política de la República.

1.5. El tribunal constitucional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor[10] afirma que un tribunal constitucional es aquel órgano jurisdiccional, situado dentro o fuera de la esfera del Poder Judicial, cuya

---

[8] Véanse los artículos 272, incisos *a*, *f* y *h*, de la Constitución Política de la República, y 133, 140, 141, 163, incisos *a*, *e*, *f* y *h*, y 164, incisos *a* y *b*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

[9] Diversos tratadistas sostienen que el sistema mixto no es un sistema enteramente autóctono y original, Véase Francisco Eguiguren Praeli: *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires: CIEDLA-Fundación Konrad Adenauer, 2000.

[10] Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México: Fundap, 2002, p. 59.

función material esencialmente consiste en la resolución de litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional. Colombo Campbell [11] expresa que un tribunal constitucional es el órgano al que la Constitución y sus leyes complementarias otorgan jurisdicción y competencia para resolver los conflictos constitucionales. De ahí la importancia en cuanto a que éste deba ser autónomo e independiente de los demás organismos del Estado, pues es evidente que en su labor de juzgamiento, con matiz político pero vinculando sus decisiones al derecho, se pronuncia sobre decisiones de los organismos tradicionales del Estado.

Entre las características de la competencia de un tribunal constitucional —siguiendo a Colombo Campbell—[12] se pueden mencionar las siguientes:

a. Tienen una competencia especializada para velar por el cumplimiento de las normas constitucionales; su carácter de especialidad es conferido por la propia Constitución de la República y la ley reguladora de la jurisdicción constitucional.
b. El ejercicio de su competencia surge de la parificación que realizan del acto señalado como violatorio de la Constitución y las normas contenidas en esta última, para lo cual es necesaria la existencia de un acto de autoridad con el cual se pueda realizar tal labor de contraste.
c. El tribunal no puede legislar, administrar (funciones legislativa y ejecutiva) o calificar la conveniencia de disposiciones legales o administrativas; más bien, su labor debe ir encaminada a establecer únicamente si tales actuaciones guardan conformidad o no con los preceptos constitucionales.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, para el conocimiento de planteamientos de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, el tribunal constitucional es la Corte de Constitucionalidad.[13]

1.5.1. Competencias del tribunal constitucional en materia de inconstitucionalidad de normas

La competencia de un tribunal constitucional está siempre determinada por la propia Constitución Política, que puede autorizar, en una norma de carácter programático, que el ejercicio de la función jurisdiccional pueda ser desarrollado en una norma de rango inferior, siempre que esta última no sobrepase ni restrinja los límites establecidos en la normativa suprema. En el caso del ordenamiento jurídico guatemal-

---

[11] Colombo Campbell: o. cit., p. 165.
[12] Ibídem, p. 170.
[13] Véanse los artículos 267, 268 y 272, inciso *a*, de la Constitución Política de la República.

teco, la competencia del tribunal constitucional está establecida por lo dispuesto en los artículos 268 y 272 de la Constitución Política de la República, que también son desarrollados en los artículos 163, 164 y 165 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cuerpo normativo que también ostenta rango constitucional.

Las características del ámbito competencial de un tribunal constitucional son las siguientes:

a. La competencia dimana de la propia Constitución Política de la República y, por ello, todo conflicto respecto de ella debe ser resuelto por el propio tribunal.
b. Es una competencia restringida; es decir, que se realiza únicamente con relación a los asuntos que señala la Constitución Política de la República.
c. La competencia de un tribunal constitucional es improrrogable e indelegable.
d. Atiende a un principio de especialidad.[14]
e. Se rige, en materia de interpretación, por aquellas reglas que inspiran la hermenéutica de la Constitución del país en el que se aplica.

La competencia funcional o *ratione materiae* de un tribunal constitucional, en el control de constitucionalidad de disposiciones normativas, puede ejercerse de las siguientes maneras:

1.5.1.1. A priori (control preventivo) [15]

Esta competencia se ejercita cuando la normativa a ser enjuiciada en un examen de constitucionalidad aún no está vigente. Usualmente, se desarrolla en el decurso del proceso de emisión de la norma, hasta antes de su sanción y publicación. Su finalidad es la de prevenir futuras inconstitucionalidades en preceptos normativos cuya vigencia pretende el órgano emisor de éstos.[16]

---

[14] Véase el artículo 268 de la Constitución Política de la República.

[15] Por su importancia, se cita aquí al Prof. Víctor Bazán, quien, al referirse al control preventivo de tratados internacionales, expresa lo siguiente: "De cualquier modo, en un esquema 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 la República". El connotado autor argentino resume así —*mutatis mutandis*— la importancia de un control previo de constitucionalidad. Véase Víctor Bazán: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado,* México: Porrúa, 2003, p. 16.

[16] Véanse los artículos 163, incisos *e* y *f*, y 164, incisos *a* y *b*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

1.5.1.2. A posteriori (control reparador)

Es la competencia que se ejercita en el examen de constitucionalidad de preceptos jurídicos que ya se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico. En esta competencia se faculta al tribunal para la expulsión del ordenamiento jurídico de preceptos cuya inconstitucionalidad hubiese sido ya determinada, con el objeto de que éstos queden sin vigencia[17] y prevalezca la normativa suprema en dicho ordenamiento.

1.5.1.3. Directa

Es aquella que se ejerce en el conocimiento y la decisión de acciones de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.[18] Se dice que es directa, en atención al efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad (*erga omnes)* y porque, en el sistema jurídico guatemalteco, la acción se promueve directamente ante la Corte de Constitucionalidad, que conoce y resuelve de ella en única instancia.

1.5.1.4. Indirecta

Es la que se ejerce para el conocimiento y la decisión de planteamientos de inconstitucionalidad de leyes en casos concretos.[19] La denominación también atiende a los efectos de declaratoria de inconstitucionalidad (de estimarse la pretensión, ello no implica la pérdida de vigencia de la normativa impugnada), que es la inexequibilidad en la aplicación de la norma en un caso concreto con antelación a la decisión de fondo del asunto. En el sistema jurídico guatemalteco, el conocimiento y resolución de este tipo de planteamientos es esencialmente biinstancial, y por ello la Corte de Constitucionalidad no conoce, de manera directa, de éstos.

Específicamente, para la inconstitucionalidad directa o abstracta se establece que las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad, instituido en el artículo 268 de la Constitución Política de la República.[20]

---

[17] Véanse los artículos 140 y 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

[18] Véanse los artículos 133, 140 y 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

[19] Véanse los artículos 116 al 132 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

[20] Véanse los artículos 267, 268, 272, inciso *a*, de la Constitución Política de la República, y 133, inciso *a*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

2. La acción de inconstitucionalidad

2.1. La acción procesal constitucional y la pretensión de inconstitucionalidad

Eduardo J. Couture[21] define la *acción* como aquel poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión, y de ahí que, como menciona dicho autor, es por medio de la acción que se cumple la jurisdicción; es decir —desde un punto de vista abstracto—, ésta materializa el derecho a la jurisdicción. Mauro Chacón Corado[22] expresa que la acción es el ejercicio del poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de dirigirse a los órganos jurisdiccionales para que procesalmente le resuelvan sus pretensiones.

Colombo Campbell,[23] al hacer referencia propiamente a la acción procesal constitucional, indica que ésta puede definirse como el derecho a impulsar a los tribunales competentes para que abran un proceso destinado a conocer y decidir en conflictos constitucionales. En esa línea de pensamiento, Ernesto Rey Cantor[24] expresa que la acción de inconstitucionalidad es un derecho constitucional fundamental que legitima a cualquier ciudadano para demandar ante la Corte Constitucional actos con fuerza de ley, con el objeto de que éstos se declaren inconstitucionales, a fin de restablecer la supremacía constitucional.

Con el propósito de ensayar una definición propia sobre lo que es la acción procesal constitucional de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, diremos que por medio de ésta se materializa el derecho que le asiste a toda persona legitimada por la ley, de pretender que un tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad de preceptos normativos de alcance general, una vez advertido que en éstos concurre, de manera total o parcial, vicio de inconstitucionalidad, acaecido, bien en el procedimiento de formación de la normativa impugnada, o bien en el contenido de la regulación que se pretende en esta última, y se proceda a la expulsión de la normativa inexequible del ordenamiento jurídico nacional, en resguardo del principio de supremacía constitucional.

Acotado lo anterior, debe hacerse una necesaria escisión —de acuerdo con la doctrina procesal moderna— que determine la inexistencia de sinonimia entre los términos *acción* y *pretensión*, pues la acción es propiamente un derecho que viabiliza

---

[21] Cf. Eduardo Couture: *Fundamentos del derecho procesal civil,* 3.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1969, pp. 57-74.

[22] Mauro Chacón Corado: *Los conceptos de acción, pretensión y excepción,* 2.ª ed., Guatemala: Centro Editorial Vile, 2000, p. 55.

[23] Colombo Campbell: o. cit., p. 177.

[24] Ernesto Rey Cantor: "Acción popular de inconstitucionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, n.º 1, enero-junio, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México: Porrúa, 2004, pp. 117-118

el acceso a la tutela judicial (así es reconocido, implícitamente, en el artículo 29 constitucional), tendencia que adoptamos en el concepto anteriormente esbozado, y pretensión será entonces el contenido de la acción, que para el caso de la acción procesal constitucional será el de que se declare la inconstitucionalidad de la normativa impugnada.[25] Con ello se quiere decir que la pretensión de inconstitucionalidad es, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, una pretensión meramente constitutiva, pues persigue la extinción de una norma (estado jurídico), operada a partir del momento en que se emite la sentencia de inconstitucionalidad.[26]

Esta acción procesal constitucional es la que da origen al proceso constitucional de inconstitucionalidad abstracta. De ahí que pueda concluirse que este último parte de un acto dispositivo (de parte legitimada), aun cuando su continuación deba ser impulsada oficiosamente.[27] Su planteamiento, así entendido, es autorizado en el artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y el órgano competente para conocer de dicha acción es la Corte de Constitucionalidad, ante la que se planteará la acción directamente, y conocerá de ésta en única instancia.

Como aspectos importantes a tener en cuenta respecto de la acción procesal de inconstitucionalidad abstracta en el ordenamiento jurídico guatemalteco, se citan los siguientes:

a. Es un planteamiento en el que quien lo promueve puede desistir en cualquier fase del proceso.[28]
b. No existe un plazo establecido en la ley para promoverla (es decir, no existen plazos que determinen situaciones de caducidad y prescripción para promover la acción).[29] Como se explicará más adelante, únicamente se requiere que la norma impugnada esté vigente, y que sea durante su vigencia que se promueva la acción de inconstitucionalidad.

---

[25] Cita también el profesor costarricense Rubén Hernández Valle que "el particular al plantear el respectivo proceso constitucional pone en juego una pretensión material a la omisión de futuras intervenciones o ataques al mismo contenido, si la situación fáctica o jurídica permanece idéntica". Cf. Rubén Hernández Valle: "La vinculatoridad de las resoluciones de la sala constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n.º 1, enero-junio 2004, México: Porrúa, 2004, p. 86.

[26] Véase la sección 4.4 de este trabajo.

[27] Véase el artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

[28] Ello no ocurre en el caso de otros ordenamientos jurídicos. A manera de ejemplo, se cita el caso de Colombia, en el que la Corte Constitucional de ese país jurisprudencialmente ha determinado que no es posible desistir de la acción de inconstitucionalidad, por cuanto, una vez planteada ésta, corresponde al tribunal promover el proceso constitucional hasta la sentencia, y porque el ejercicio de dicha acción no implica un interés particular para quien la plantea, sino más bien conlleva un interés general en preservar la supremacía constitucional. Cf. Sentencia C-1504 de dicho tribunal.

[29] En otros ordenamientos jurídicos en el derecho comparado, sí existen esos plazos. Se cita, a manera de ejemplo, los artículo 242, numeral 3, de la Constitución colombiana de 1991 y 100 del Código Procesal Constitucional de Perú.

c. No se requiere —salvo en el caso del procurador de los Derechos Humanos, como se explicará más adelante— la acreditación de un interés legítimo para promoverla.

2.2. Legitimación para el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad

Por previsión del artículo sexto de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el inicio de un proceso de inconstitucionalidad abstracta —como todo proceso relativo a la justicia constitucional en Guatemala— requiere de un acto procesal de parte para que, posteriormente, el impulso procesal pueda darse oficiosamente. En el caso del planteamiento de inconstitucionalidad abstracta se requiere acreditar la legitimación que la propia ley de la materia otorga al pretensor para proponer un examen de constitucionalidad de normas. Sin embargo, sostenemos que, para el ordenamiento jurídico guatemalteco, el sustento constitucional de la legitimación en un planteamiento de inconstitucionalidad abstracta lo constituye fundamentalmente un elemental cumplimiento del deber político contemplado en el artículo 135, inciso *b*, del texto constitucional, relativo a "Cumplir y velar por que se cumpla la Constitución Política de la República", y es ello lo que permite afirmar que en la pretensión de inconstitucionalidad no se busca la tutela de un interés particular sino la de un interés general.

La legitimación para proponer un planteamiento de inconstitucionalidad abstracta, contemplada en el artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, es aquella que en doctrina procesal moderna se ha denominado *legitimación extraordinaria*,[30] ya que en ésta el pretensor no puede afirmar que sólo a él le asiste la titularidad del derecho —en este caso, de aquel derecho a proponer el examen de constitucionalidad—, pues es la propia ley de la materia la que le confiere una posición habilitante para formular la pretensión de inconstitucionalidad en condiciones tales que permitan el examen por el tribunal en cuanto al fondo de aquélla; de tal manera que esa legitimación radica en una expresa atribución que una ley confiere, siendo esta última una norma de naturaleza meramente procesal.

En el artículo 134 antes citado se expresa que tienen legitimación activa para promover la acción de inconstitucionalidad general:

2.2.1. La Junta Directiva del Colegio de Abogados a través de su presidente

En este caso, la ley vigente establece que el presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados tiene legitimación para promover el planteamiento de inconstitu-

---

[30] Cf. Mauro Chacón Corado y Juan Montero Aroca: *Manual de derecho procesal civil guatemalteco,* vol. I, Guatemala: Magna Terra, 1999, p. 72.

cionalidad abstracta. Distinto de lo regulado en la ley anterior (decreto n.º 8 de la Asamblea Nacional Constituyente), que requería que la decisión para promover la acción de inconstitucionalidad abstracta la asumiera la asamblea general de dicha institución gremial, ahora es únicamente este cuerpo colegiado (Junta Directiva) el que en decisión mayoritaria —o unánime— puede facultar a su presidente y representante legal a promover el planteamiento.[31] Dado que la legitimada por la ley es la Junta Directiva (órgano colegiado) del Colegio de Abogados, es evidente que el presidente, al momento de promover el planteamiento, deberá acreditar, con certificación del punto del acta correspondiente que contenga la sesión de ese cuerpo colegiado, que aquélla, en esa sesión, decidió la promoción de la acción constitucional y lo facultó para instarla.

2.2.2. El Ministerio Público a través del procurador general de la Nación

En el momento de entrar en vigencia la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, tanto el Ministerio Público como la Procuraduría General de la Nación constituían una sola institución; de ahí que el procurador general de la Nación también era el jefe del Ministerio Público.

Como consecuencia de una reforma constitucional acaecida en 1993, se escindieron las instituciones del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación. En dicha reforma se creó la figura del fiscal general de la República (artículo 251 constitucional reformado) y se estableció que es este funcionario quien ostenta la calidad de jefe del Ministerio Público. Se mantuvo la regulación respecto de que es esta última institución una auxiliar de la administración pública, con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes en el país.

Con el objeto de adecuar dicha reforma al texto de la Ley de Jurisdicción Constitucional vigente y así elucidar cuál de las dos instituciones (Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación) era la que tenía legitimación para promover la acción general de inconstitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad elucidó la cuestión[32] y determinó que la legitimación activa a que se refiere el inciso *b* del artículo 134

---

[31] Así opera también en el Código Procesal Constitucional del Perú, cuando en su artículo 99 expresa: "Para interponer la demanda [de inconstitucionalidad], previo acuerdo de su Junta Directiva, los Colegios Profesionales deberán actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su Decano". El *decano* es, en sí, lo que en el foro guatemalteco sería el presidente del Colegio.

[32] En autos dictados en los expedientes 1030-96, 1103-96 y 53-97, al considerar: "La Ley Orgánica del Ministerio Público incluye dentro de sus funciones la de preservar el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, facultando al Fiscal General para ejercer por sí mismo o por medio de los órganos de la institución, las atribuciones que la ley le otorga, entre las que se encuentra la de intervenir en procesos de inconstitucionalidad y promover todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y demás leyes de la materia. En consecuencia, es obvio que *la legitimación activa que le confiere la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de*

de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se le confirió a una institución pública determinada: el Ministerio Público; de manera que es esta última institución la que puede promover la acción de inconstitucionalidad abstracta por intermedio del funcionario que ostenta su representación legal, que en este caso y como consecuencia de la reforma constitucional de 1993 es el fiscal general de la República. Lo anterior se matizó así para que, sin necesidad de reformar el inciso antes indicado, se entendiera que la legitimación que se regula en éste la sigue teniendo el Ministerio Público, pero con la variación en cuanto al funcionario que en representación de aquélla comparece a promover la acción.

2.2.3. El procurador de los Derechos Humanos, en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia

La institución del Procurador de los Derechos Humanos es creada en la actual Constitución Política de la República (1985) como un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos, con facultades de supervisión de la administración pública (artículo 274). La propia Constitución, en su artículo 275, le asigna diversas atribuciones y deja una reserva de ley para ampliar el ámbito de competencia de dicho funcionario (literal *g*, del artículo 275).

En el caso del planteamiento de inconstitucionalidad general, el citado funcionario tiene legitimación activa[33] para promover el examen de constitucionalidad, pero condicionado a proponer el examen de preceptos normativos cuando éstos "afecten intereses de su competencia", es decir que afecten (limiten) el ámbito de sus atribuciones, o bien afecten los denominados *intereses difusos*.[34] Considero que así ha sido entendido por la mayoría de los funcionarios que han ocupado dicho cargo desde su creación.[35]

Constitucionalidad al Ministerio Público, la debe ejercer por medio de su jefe que es el Fiscal General de la República" (cursivas añadidas).

[33] Con ello, en la ley de jurisdicción constitucional guatemalteca se mantiene una tendencia ya preponderante en el derecho comparado, respecto de otorgar legitimación activa a este funcionario para proponer el examen de constitucionalidad de preceptos normativos. Véase, a manera de ejemplo, lo contemplado en los artículos 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de la República de Costa Rica, 32.1.*b* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español y 99 del Código Procesal Constitucional del Perú.

[34] Sobre el tema puede consultarse la sentencia n.º 656, de 5 de junio de 2001, emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en el caso *Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional.*

[35] A manera de ejemplo puede consultarse la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 3 de agosto de 1995 (expediente 669-94, Gaceta 40, p. 330).

2.2.4. Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos

Este inciso hace referencia a la denominada *acción popular de inconstitucionalidad*; es decir que por este medio se legitima a cualquier persona (individual o jurídica) a promover la acción, sin tener que acreditar interés legitimo en su promoción. Como antes se dijo, la legitimación que se concede en este inciso parte de un deber político que cualquier ciudadano, obviamente, en pleno goce y capacidad de ejercicio de sus derechos, tiene en cuanto a velar para que se cumpla la Constitución. Es tan amplia la expresión "cualquier persona", que una interpretación conforme al principio *pro actione* daría lugar a concluir que también los extranjeros pueden proponer la acción de inconstitucionalidad abstracta, o bien que también la pueden proponer personas jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado.

Para ello, como un requisito más bien de carácter formal, lo único que se establece en este inciso es que el escrito introductorio del planteamiento lleve el auxilio de tres abogados colegiados activos, con lo que se supera una regulación anterior que sobre el tema establecía que la acción debía ser auxiliada por diez profesionales del derecho, lo que limitó en demasía su planteamiento.[36]

Como se indicó, por la amplitud de la legitimación que confiere este inciso, no se requiere demostrar un interés jurídico propio en la declaratoria de inconstitucionalidad, ni afectación directa de derechos o intereses del postulante en la normativa impugnada.

2.3. Aspectos a observarse en la promoción del planteamiento de inconstitucionalidad

Una vez acotados los conceptos antedichos, merecen también un análisis —aunque en este artículo de modo somero— determinados aspectos que quien promueve la acción de inconstitucionalidad abstracta debe observar, aspectos éstos que, considero, son verdaderos presupuestos de procedibilidad de dicha acción. Entre éstos se pueden mencionar los siguientes:

2.3.1. Generalidad de la normativa impugnada (abstracción e impersonalidad)

En la jurisdicción constitucional guatemalteca, para que una disposición normativa pueda ser impugnada por vía de inconstitucionalidad abstracta se requiere que ésta tenga el carácter de aplicación general. Ello sigue una división que clasifica a las normas en autoaplicativas y heteroaplicativas. Las primeras, por previsión del artículo

---

[36] Véase Mynor Pinto Acevedo: *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Guatemala: Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1995, pp. 27-32.

10, inciso *b*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, son impugnables en la jurisdicción constitucional, pero por vía del amparo. No ocurre ello con las normas denominadas *heteroaplicativas*, que por tratarse de regulaciones dirigidas a un número indeterminado de personas, son impugnables por vía de inconstitucionalidad abstracta, en atención a que son normas que por su sola vigencia no podrían afectar de manera directa derechos fundamentales —evento en el que lo que procedería sería la pretensión de amparo—, aun cuando crearan derechos o deberes a los gobernados, pero sí podrían, en su sustancia o en su forma, contravenir preceptos constitucionales.

De lo anterior se puede concluir que lo que se pretende en el control de constitucionalidad de normas por vía de inconstitucionalidad abstracta es el enjuiciamiento de la norma con abstracción de hechos concretos en los que podría ser aplicada. Es por ello que el examen es eminentemente jurídico y, desde luego, debe hacerse sin sustituir la voluntad del órgano emisor de la normativa enjuiciada respecto de la conveniencia de emitirla.

Por la amplitud con que está instituida la acción de inconstitucionalidad general en la jurisdicción constitucional guatemalteca, ésta procede contra leyes, reglamentos y disposiciones normativas, siempre que en ellas esté presente la característica de la generalidad, es decir, que su ámbito de aplicación abarque a toda la población y no solamente a sujetos determinados. A continuación, entonces, analizaremos brevemente cada uno de estos supuestos.

2.3.1.1. Leyes

Cuando se hace referencia al vocablo *leyes*, esto debe entenderse como todas aquellas disposiciones normativas emanadas por el Congreso de la República, una vez cumplido el debido procedimiento legislativo establecido constitucionalmente para la validez y vigencia de una norma que propenda a regular conductas de los gobernantes y gobernados. No estaría comprendido en este supuesto todo lo relacionado con disposiciones que emanan de pactos colectivos de condiciones de trabajo ni cuerpos normativos estatutarios de personas jurídicas, pues, evidentemente, éstos no son de aplicación general, sino que vinculan únicamente a aquellos que intervinieron en el proceso de emitirlos. La Corte de Constitucionalidad ha clarificado ya lo que debe entenderse por el vocablo *ley*, atendiendo a su concepto general de tipo constitucional, como aquella "disposición aprobada por el Congreso de la República y sancionada, promulgada y publicada por el Ejecutivo".[37] Desde luego que, si no existe excepción alguna de parte del legislador constituyente, debe entenderse que pueden impugnarse por esta vía normas de carácter sustantivo, instrumental e inclusive programático.

---

[37] Véase la sentencia de 5 de septiembre de 1997, dictada en los expedientes acumulados 342-97, 374-97, 441-97, 490-97 y 559-97.

2.3.1.2. Reglamentos

Una vez que se cumpla con la condición de aplicación general —por desarrollar una ley de igual condición—, la Constitución Política de la República también habilita la impugnación vía inconstitucionalidad abstracta de disposiciones reglamentarias, es decir, aquellas que, conforme el artículo 183, literal *d*, de la Constitución Política de la República, son emitidas por el Ejecutivo con el objeto de desarrollar leyes emanadas por el Congreso de la República, con la limitación constitucional de que las disposiciones reglamentarias no pueden alterar el espíritu de la norma que pretenden desarrollar.

Dentro de estos reglamentos, susceptibles de ser impugnados por medio de la inconstitucionalidad abstracta, también están comprendidos aquellos que en doctrina se denominan de *praeter legem*, es decir, aquellos que no desarrollan o ejecutan una ley habida cuenta de que su existencia no depende de la existencia previa de aquélla. Aquí es donde están comprendidas las normas reglamentarias emitidas por las instituciones autónomas del Estado, en tanto, como se ha venido repitiendo, éstas tengan aplicación general.[38]

2.3.1.3. Disposiciones de carácter general

En intelección *lato sensu*, se dice que una disposición de carácter general es aquella que establece un comportamiento jurídico obligatorio —*ex lege*—, que va dirigido a un número indeterminado de personas y que, por su carácter *erga omnes*, integra el ordenamiento jurídico como un acto de contenido normativo y alcance general.

Estas disposiciones pueden ser de una gama muy variada en la legislación guatemalteca; desde luego, para ser consideradas pasibles de ser impugnadas mediante

---

[38] El examen de constitucionalidad de normas de carácter reglamentario ha sido autorizado en la consistente jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. A manera de ejemplo, se cita el precedente en el que dicho tribunal consideró: "La acción directa de inconstitucionalidad procede contra las disposiciones normativas de carácter general que contengan vicio total o parcial de inconstitucionalidad […] De ahí que el control constitucional no se limite a la ley stricto sensu como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República sino también comprenda reglamentos y disposiciones de carácter general" (sentencia de 21 de julio de 2004, dictada en el expediente 2122-2003). Con el objeto de ejemplificar la procedencia de impugnación vía inconstitucionalidad abstracta de este tipo de normas (reglamentarias), se transcribe aquí parte de la motivación de dicha sentencia, en la que el tribunal constitucional guatemalteco consideró lo siguiente: "[...] el artículo 19 de la Ley Orgánica del Presupuesto que dispone que es por medio de una *ley* que aprueba el presupuesto, en la que en su apartado 'Presupuesto de Egresos' deben estar contenidos todos aquellos 'gastos que se estima se devengarán en el período', y de ahí que si lo que se pretendió normar fue una asignación específica de un gasto con cargo al Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, ello tuvo que haberse realizado en la forma en la que se hizo en el artículo 44 de la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2003, Decreto 75-2002 del Congreso de la República, y no por medio de una disposición reglamentaria, ya que al hacerlo de esta última manera infringe el principio de reserva de ley establecido en los artículos 237 y 238 de la Constitución Política de la República" (la cursiva es del original).

inconstitucionalidad abstracta deben tener un carácter obligatorio y existir en la ley alguna sanción por inobservancia de este tipo de disposiciones.[39]

2.3.2. Vigencia de la normativa impugnada

Por medio de la acción de inconstitucionalidad general o abstracta se pretende fundamentalmente la expulsión de la normativa impugnada del ordenamiento jurídico del país. De ahí que para ello se requiera, por elemental que parezca, que el precepto atacado de inconstitucionalidad constituya normativa vigente en el ordenamiento jurídico interno. Explica todo lo anterior por qué, cuando durante el proceso de inconstitucionalidad abstracta la normativa queda sin vigencia (por derogación tácita o expresa realizada por su emisor), en la sentencia no existe materia sobre la cual emitir un pronunciamiento en el sentido pretendido por el promoviente de inconstitucionalidad, y de ahí que, por ese motivo, el planteamiento de inconstitucionalidad deba desestimarse.[40]

Lo anterior también es aplicable a aquellos casos en que, si bien se ha seguido el debido proceso para la emisión de la norma, ésta aún no está vigente por no haber concluido dicho proceso. El caso más común es el de la situación de *vacatio legis*, en el cual, por no considerarse que la normativa está en vigencia, tampoco son impugnables por vía de inconstitucionalidad abstracta los actos legislativos —que posteriormente se traducirán en normas jurídicas—, pues, se reitera, no se lograría el efecto perseguido con la pretensión de inconstitucionalidad, cual es el de la expulsión del ordenamiento jurídico de una normativa vigente.

---

[39] Un caso particular sobre el cual se conoció (y se declaró con lugar) una acción de inconstitucionalidad de una disposición de carácter general fue aquel en que lo que se impugnó fue un formulario para la declaración de pago de un impuesto —el formulario DRISR-07 y el instructivo denominado "Asalariados deberán presentar declaración jurada ante su patrono"—. Como labor ejemplificativa, se cita aquí la motivación expresada por el tribunal constitucional guatemalteco en sentencia de 12 de septiembre de 1988 (expediente 192-88), en la que se consideró lo siguiente: "Los formularios para la declaración jurada de renta regulados con carácter oficial, adquieren una fuerza ordenadora, general y enmarcadora de la actividad del contribuyente, por lo que son susceptibles de ser impugnados por vía de inconstitucionalidad".

[40] Para clarificar lo anterior, es útil la consideración expresada por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 13 de octubre de 1999 (expediente 29-99), fallo en el que se expresó lo siguiente: "El análisis se circunscribirá a lo que respecta a la constitucionalidad del artículo 127 relacionado, puesto que, como quedó acreditado en autos, los instructivos de mérito fueron derogados […] por lo que, en lo que a ellos respecta, ya no hay materia que conocer". En este caso, los instructivos a que se refiere el fallo eran "disposiciones de carácter general", que fueron impugnados juntamente con la norma jurídica (artículo 127) citada en él.

2.3.3. Ataque dirigido contra normas y no actos de autoridad

El planteamiento de inconstitucionalidad abstracta, autorizado en el artículo 267 de la Constitución Política de la República, conlleva, fundamentalmente, un enjuiciamiento de la normativa impugnada con el objeto de determinar su conformidad constitucional con la normativa suprema. De ahí que son normas jurídicas, y no actos en los cuales se hubiesen aplicado dichas normas, las que son pasibles de ser impugnadas por vía de inconstitucionalidad. Lo anterior explica también por qué, si lo pretendido es la derogatoria de la norma por razón de inconstitucionalidad, tal declaración no podría concurrir en el caso de un acto de autoridad.[41]

Es por ello que, como lo explica su naturaleza jurídica, el planteamiento de inconstitucionalidad abstracta no debe realizarse con sustento en apreciaciones subjetivas del promoviente sobre hechos futuros o circunstancias fácticas acaecidas en el momento de instarse el planteamiento. Es la abstracción de estos hechos la que posibilita que el examen pretendido se haga en un rigor netamente jurídico, y que la cuestión se resuelva —como lo establece el artículo 143 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad— como "punto de derecho".[42]

2.4. Formas de proposición (señalamiento) del vicio de inconstitucionalidad de la normativa impugnada

Como regla general, se autoriza el planteamiento de inconstitucionalidad abstracta contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que adolezcan de vicio parcial o total de inconstitucionalidad. La determinación de la forma como acaece o se configura tal vicio es lo que constituye la materia objeto de somero análisis en este apartado.

---

[41] Ejemplo de esto es lo considerado por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 19 de noviembre de mil novecientos noventa y seis, dictada en el expediente 228-96, en la que se consideró lo siguiente: "Por otra parte, por recaer la regulación atacada sobre actividades que pueden o no estar bajo el ámbito del Decreto 53-85 del Congreso de la República, es evidente que no puede quedar sujeta al control abstracto de inconstitucionalidad (que enjuicia normas no hechos), ya que, *como se plantea la acción que se examina, comprende situaciones fácticas o concretas que tienen otro tipo de contralor de legalidad ordinaria o constitucional*, en donde se puedan conocer y valorar las pruebas acerca del cuestionamiento de la aplicación de tales aranceles" (cursivas añadidas).

[42] Así lo ha considerado la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 8 de abril de 1999 (dictada en el expediente 855-98), en la que se puntualizó lo siguiente: "Los interponentes […] se concretan a hacer estimaciones sobre cuestiones fácticas ajenas al neto examen normativo que concierne a este medio de control de la primacía constitucional, y que, en su caso, podrían ser objeto de otro tipo de acciones".

2.4.1. Por motivo de fondo

Lo que más comúnmente se impugna en inconstitucionalidad abstracta es el vicio de inconstitucionalidad por motivo de fondo. Este ocurre cuando la normativa impugnada viola sustancialmente el contenido de una norma constitucional; es decir, la contravención se da cuando se establece, por medio de una elemental operación de parificación entre la norma inferior y la superior, que lo regulado en la primera viola, restringe o tergiversa lo regulado en la segunda, que en todo caso debe ser una norma constitucional.[43]

2.4.2. Por motivo de forma

El motivo de inconstitucionalidad por vicio de forma, denominado también vicio formal o vicio en el proceso *interna corporis*, se suscita cuando, en la emisión de la normativa impugnada, el órgano emisor de ésta inobservó (total o parcialmente) el procedimiento establecido en la Constitución Política de la República para la emisión, vicio que es aplicable tanto a leyes como a reglamentos.[44]

En este caso no es la infracción a la *sustancia* de un precepto constitucional lo que origina la contravención constitucional, sino la inobservancia de todas o una de las reglas establecidas en normas constitucionales para la válida emisión de la norma impugnada. De ahí que la inobservancia de una sola de dichas reglas ocasiona un vicio de inconstitucionalidad *interna corporis* que puede ser objetado mediante inconstitucionalidad abstracta, con el objeto de lograr la expulsión del ordenamiento jurídico de la preceptiva infractora del debido proceso sustantivo establecido en la Constitución Política de la República para la emisión de normas jurídicas.

---

[43] Para ejemplificar cómo ha sido determinado dicho vicio, se cita lo considerado en la sentencia de 18 de noviembre de 2002 (dictada en el expediente 1555-2001), en la que se determinó lo siguiente: "[…] tal expresión [refiriéndose a una contenida en el artículo 15 del decreto 30-2001] resulta violatoria de la seguridad y certeza jurídicas garantizadas para el juzgamiento penal en los artículos 2 y 17 constitucionales, razón por la cual tal expresión debe excluirse por inconstitucional, del ordenamiento jurídico guatemalteco".

[44] La Corte de Constitucionalidad, al determinar la concurrencia de este tipo de vicio, en sentencia de 15 de marzo de 1988 (expediente 231-88), consideró lo siguiente: "Corresponde con exclusividad al Congreso de la República la potestad de decretar, reformar o derogar leyes, *debiendo sujetarse a lo dispuesto en la misma Constitución, en lo atinente al proceso formativo y sanción que corresponde, pues de no sujetarse a esta exigencia, las leyes que pudieran emitir devendrían en inconstitucionales*, no porque su contenido pudiere estar en disconformidad con algún precepto fundamental, sino *porque para su formación y sanción no se cumplió con el proceso establecido para su emisión*" (cursivas del original).

2.4.3. Señalamiento sobre si el vicio es total o parcial en la normativa impugnada

Con el objeto de cumplir con la exigencia a que se refiere el artículo 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y que el planteamiento observe una elemental técnica que ayude a una mejor comprensión de la tesis en la que se pretenda sustentar la pretensión de inconstitucionalidad abstracta, se considera conveniente que en el planteamiento introductorio de la pretensión se realice una indicación en la que se determine si el vicio de inconstitucionalidad está contenido:

a. en una parte (palabra, expresión u oración completa) de un artículo (disposición normativa);
b. en varios artículos que integran un cuerpo normativo; conviene precisar, también en este caso, si el vicio ocurre en la manera como se indicó en el literal anterior;
c. En la totalidad de un cuerpo normativo, o bien de una disposición de carácter general (normalmente esto último ocurre en evento de concurrencia de vicio *interna corporis*).

Todo ello tiene como objetivo establecer si la inconstitucionalidad denunciada se promueve total o parcialmente en una ley, reglamento o disposición de carácter general.[45]

2.4.4. Evento de inconstitucionalidad sobrevenida

La inconstitucionalidad abstracta también puede promoverse cuando la normativa que se pretende enjuiciar adolece de vicio de inconstitucionalidad sobrevenida. Al hacer referencia a tal vicio, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

2.4.3.1. Carácter preconstitucional de la norma impugnada

Para establecer si una norma adolece de vicio de inconstitucionalidad sobrevenida, debe determinarse inicialmente si su emisión y fecha de entrada en vigencia es anterior a la de la actual Constitución Política de la República (1985).[46] El carácter

---

[45] La relevancia de tal determinación se explica en la consideración realizada por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 19 de mayo de 1988 (expedientes acumulados 282/285-87), en la que se determinó lo siguiente: “No puede servir de fundamento para solicitar la inconstitucionalidad de un decreto, el hecho de que algunas de sus disposiciones pudieran contravenir preceptos constitucionales, porque, en este caso, el vicio de inconstitucionalidad recaería en esas disposiciones y no en la ley en su totalidad”.

[46] Un ejemplo de impugnación de este tipo de normas puede verse en la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 26 de septiembre de 1996 (expediente 305-95), por la que se declaró la

preconstitucional se da entonces cuando la normativa fue emitida antes de la entrada en vigencia del actual texto constitucional, aun cuando hubiese entrado en vigencia en fecha posterior a la de la normativa suprema. La inconstitucionalidad sobrevenida concurre, entonces, si lo regulado en estas normas preconstitucionales contraviene preceptiva constitucional vigente.

En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, en el período comprendido entre el 23 de marzo de 1983 y la fecha de entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República (31 de mayo de 1985) se emitieron una serie de cuerpos normativos (592 decretos-leyes, aproximadamente), algunos de los cuales entraron en vigencia con posterioridad a la fecha de la vigencia del actual texto constitucional. Evidentemente, muchos de estos cuerpos normativos no guardan concordancia con los preceptos sustantivos instituidos en el texto supremo, y aun cuando este último, en su artículo 16 transitorio, reconoció "la validez jurídica de los decretos-leyes emanados del Gobierno de la República a partir del 23 de marzo de 1982, así como a todos los actos administrativos y de gobierno realizados de conformidad con la ley a partir de esa fecha", ello en ningún momento significa que tales decretos-leyes estén excluidos del control de constitucionalidad de las normas, ni que el reconocimiento antedicho les confiera jerarquía igual o superior a la propia Constitución.[47]

2.4.3.2. La confrontación debe ser con una norma constitucional vigente

Cuando se denuncia vicio de inconstitucionalidad sobrevenida, según la jurisprudencia sentada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la contravención debe ser con una norma del texto constitucional vigente (1985).[48]

---

inconstitucionalidad total de los decretos n.^{oa} 2, de la Junta de Gobierno de la República de Guatemala, emitido el 5 de julio de 1954, y 68, dictado por el presidente de la República el 6 de agosto del mismo año, al haberse considerado que el vicio de inconstitucionalidad "alcanza también a las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general preconstitucionales vigentes que no guarden concordancia o conformidad con los principios adoptados en la vigente ley fundamental del Estado, en cuyo caso por ministerio legis son susceptibles de llegar a ser declaradas sin validez, por sobrevenir ilegitimación en su confrontación con dicha ley".

[47] Véase la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 17 de septiembre de 1986 (expediente 12-86).

[48] Así lo determinó la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 16 de agosto de 1994 (dictada en el expediente 138-94), en la que se determinó lo siguiente: "a) el control de constitucionalidad, según lo que antes se consideró, únicamente puede tener como parámetro las normas de la Constitución Política de la República que entró en vigor en mil novecientos ochenta y seis. El objeto de ese control es mantener el orden constitucional y la supremacía de una Constitución concreta: la vigente. Utilizar como parámetros de la constitucionalidad de las leyes y, en general, actos de autoridad textos constitucionales ya derogados, es contrario al principio de supremacía de la Constitución vigente, b) el proceso mediante el cual puede plantearse la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, es un instrumento de Garantía y Defensa del Orden Constitucional vigente, que se ejercita ante un órgano jurisdiccional privativo (la Corte de Constitucionalidad), mediante un procedi-

2.4.4. Evento de inconstitucionalidad por omisión

La temática de inconstitucionalidad por omisión es algo novedoso en la jurisdicción constitucional guatemalteca, no así en la jurisprudencia constitucional comparada (véase, a manera de ejemplo, la emanada por los tribunales constitucionales alemán, austriaco, español e italiano, por citar algunos casos). Este tipo de inconstitucionalidad se suscita, a decir del profesor Víctor Bazán: "cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros".[49] En ese mismo sentido, Martín Risso Ferrand[50] expone que, para que exista una omisión constitucional, se requiere: a) la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer, y b) que se trate de un caso de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador.

En la jurisprudencia constitucional guatemalteca ha habido casos en los cuales se ha señalado la inconstitucionalidad de preceptos normativos, sin hacer la concreta indicación respecto de que el vicio del cual pudieran adolecer aquellos fuera un vicio de inconstitucionalidad por omisión. No es el propósito de este ensayo hacer una referencia más profunda a la temática. Basta determinar aquí que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ya ha sentado jurisprudencia sobre la concurrencia de dicho vicio, aunque sin indicar de manera concreta que se trata de un vicio de inconstitucionalidad por omisión.[51]

---

miento establecido por la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de mil novecientos ochenta y seis. Este medio de garantía tiene por finalidad defender el orden constitucional y, consecuentemente, la supremacía de la Constitución Política actualmente en vigor, por lo que no es posible aplicarlo con respecto de textos constitucionales que dejaron de tener vigencia". Con un criterio similar la Corte de Constitucionalidad desestimó un planteamiento de inconstitucionalidad abstracta, en sentencia de 17 de septiembre de 1986 (expediente 12-86), luego de haber considerado: "No sería posible declarar la inconstitucionalidad de la emisión de los Decretos Leyes confrontándolos con una Constitución aún no vigente en la fecha en que dicha emisión se efectuó, pero si es posible el examen de sus disposiciones y debe hacerse en el presente caso, al haber entrado en vigor la Constitución, pues no podrían permanecer incólumes disposiciones que la contradigan o tergiversen, solamente porque hayan sido emitidas con anterioridad, ya que no podrían coexistir con la Constitución de la República, que es norma superior, leyes que la contravinieran"

[49] Víctor Bazán: "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución,* n.º 2, México: Porrúa, 2004, p. 199.

[50] Cf. Martín J. Risso Ferrand: "Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2001, p. 12.

[51] Ello puede determinarse en la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 9 de diciembre de 2002 (expediente 890-2001), cuando al conocer sobre un planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 24 *ter* del Código Procesal Penal consideró lo siguiente: "La norma contenida en el artículo 24 ter del Código Procesal Penal contempla una serie de delitos, regulando que

2.5. Formalidades a observarse en el escrito introductorio del planteamiento de inconstitucionalidad

Como todo planteamiento que será presentado por escrito en un órgano jurisdiccional, el que contiene la pretensión de inconstitucionalidad abstracta debe cumplir con ciertos requisitos formales que posibiliten el examen pretendido. Para ello debe observarse lo siguiente:

2.5.1. Requisitos aplicables a toda primera solicitud

En cuanto a los requisitos aplicables a toda primera solicitud, la referencia que se hace en el artículo 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se refiere —por aplicación de lo dispuesto en su artículo 7— a los contenidos en el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco.[52]

---

para su persecución por el órgano acusador del Estado, se dependerá de instancia particular 'salvo cuando mediaren razones de interés público', estando comprendidos dentro de esta exclusión: a) si el delito fue cometido por funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo, y b) si el delito fue cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador, o cuando el delito fuere cometido por uno de sus parientes [de la víctima] dentro de los grados de ley, tutor o guardador. Si bien lo anterior pudiera dar a entender que en esto último estarían comprendidos los hijos beneficiarios de una pensión alimenticia, y por ello cualquier delito cometido contra ellos es de acción pública, lo cual es razonable de acuerdo con obligaciones que al Estado de Guatemala imponen los artículos 47, 51 y 52 del texto supremo, se ve que *la norma segrega de la tutela estatal* —por impedir actuar de manera oficiosa al Ministerio Público— *el caso de los cónyuges, cuando uno de ellos pudiera ser el agraviado* (pues debe tenerse presente que éstos aun cuando son parientes 'no forman grado' de acuerdo con el artículo 190 del Código Civil), *aspecto que genera una desigualdad entre aquellas personas a quienes les pueda asistir el derecho a ser alimentadas (cónyuges, hijos, padres y hermanos), carente de base razonable de acuerdo con los parámetros establecidos en los artículos 4 y 47 de la Constitución* […] la remisión que en éste último artículo se hace a lo dispuesto *en el Código Penal*, permite apreciar que *al regular los citados delitos, en este último cuerpo legal tampoco se hace distinción alguna entre cónyuges, hijos, hermanos y padres,* cuando éstos pudieran ser los beneficiados con el cumplimiento de la obligación alimenticia y agraviados (víctimas) *con la negativa del cumplimiento de dicha obligación* […] *Las razones anteriores son suficientes para establecer la inconstitucionalidad* de la que adolece el precepto normativo impugnado, razón por la cual debe excluirse a dicho precepto del ordenamiento jurídico guatemalteco, lo cual no puede generar impunidad respecto de los delitos de negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia, pues interpretando lo dispuesto en el artículo 24 Bis del Código Procesal Penal […] lleva a determinar que en el caso de los delitos de negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia, la actividad del órgano acusador oficial del Estado, está comprendida en la clasificación que se establece en los artículos 24, numeral 1) y 24 Bis, ambos del Código Procesal Penal, sin que para ello sea necesaria instancia particular alguna". (Las cursivas no aparecen en el texto original, pero son útiles para determinar el vicio de inconstitucionalidad —por omisión— advertido en la norma ordinaria impugnada.)

[52] Véase el artículo 28 del acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

Dentro de ellos podemos afirmar que deben observarse, como mínimo, los siguientes requisitos:

a. Presentación del pretensor de la inconstitucionalidad, con indicación de sus datos generales (edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio); si el promoviente fuese una persona jurídica, deberán indicarse los datos generales de su representante legal, así como aquellos que se refieran a la acreditación de personería de dicho representante y a la existencia jurídica de la accionante.
b. Postulación profesional, ya que, al ser un requisito el auxilio de abogado colegiado activo (tres, en el caso de que el promoviente fuese un particular), debe hacerse puntual referencia sobre a quién(es) se le(s) ha encomendado el auxilio profesional, así como la indicación del lugar que se señala para recibir notificaciones.
c. Indicación del fundamento jurídico que autoriza —*in genere*— la promoción de la acción de inconstitucionalidad abstracta (aun cuando no es rigurosamente obligatorio, esta indicación también incluye la de la cita de leyes, al final del escrito introductorio del planteamiento).
d. Formulación del petitorio en términos claros y precisos (lo que incluye la *causa petendi* de la acción).
e. Indicación del lugar y la fecha de presentación del planteamiento, así como del número de copias que se adjuntan al escrito.[53]
f. Firma del postulante (si este no supiera o no pudiera firmar, podrá aceptarse la firma "a ruego de").
g. Firma del(de los) abogado(s) auxiliante(s) del planteamiento de inconstitucionalidad. Aquí debe indicarse que, si fuesen más de tres abogados los propuestos para el auxilio pertinente, todos ellos deberán firmar el planteamiento.

2.5.2. Expresión, en forma separada, de los motivos jurídicos en los que se apoya la impugnación

En el apartado expositivo del escrito introductorio del planteamiento, la ley de la materia requiere que el proponente realice una expresión "en forma razonada y clara" de los motivos jurídicos en los que se apoya la pretensión (artículo 135 *in fine*). De igual manera, el artículo 29 del acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad dispone que en el escrito por el cual se promueva la inconstitucionalidad "debe existir un capítulo especial, que puede subdividirse en apartados, en los que se expresará en forma razonada y clara los motivos jurídicos en los que descansa *cada una* de las

[53] Véase el artículo 1 del acuerdo 2-97 de la Corte de Constitucionalidad.

impugnaciones". La cursiva no aparece en el texto original, pero la utilidad de destacarlo así obedece a que, en evento de impugnación de varios preceptos normativos, el razonamiento que evidencie la inconstitucionalidad de éstos deberá hacerse por separado, y proponerse la correspondiente tesis respecto de cada uno de dichos artículos, con el objeto de determinar el vicio de inconstitucionalidad del cual adolece cada uno de ellos.[54]

Quien realiza este trabajo sostiene que —por elemental lógica jurídica— toda proposición en un planteamiento de inconstitucionalidad abstracta debería llevar la formulación de una tesis que demuestre al tribunal constitucional:

a. Cuál es la norma constitucional que se señala como inconstitucional (con indicación de texto [o forma] en la que está contenido el vicio).
b. Cuál es el precepto constitucional que se señala como infringido.
c. Un razonamiento pertinente que evidencie en qué consiste la infracción, es decir, cómo lo regulado en la norma inferior contraviene la preceptiva de la suprema. Si se trata de inconstitucionalidad por vicio *interna corporis*, es recomendable acreditar documentalmente en qué momento acaeció el vicio, o bien indicar si éste se suscitó por una omisión de hecho de integrantes del órgano emisor de la normativa impugnada.

Para la debida sustentación de la tesis a proponerse, también se recomienda la realización de una pertinente consulta de precedentes jurisprudenciales aplicables que respalden la proposición a formularse, a fin de que éstos puedan ser invocados en el planteamiento de inconstitucionalidad como precedentes o doctrina legal aplicable para la debida solución del caso.

2.6. Omisión de requisitos

La ley de la materia también prevé que pueda suscitarse una eventual omisión de requisitos en el planteamiento de inconstitucionalidad. Para ello, la referi-

---

[54] La falta de una debida expresión de fundamento, de acuerdo con los preceptos antedichos, es lo que ha originado que muchos planteamientos de inconstitucionalidad sean desestimados, con base en el siguiente criterio jurisprudencial: "Se omite hacer el cuestionamiento separado a que obligan los artículos 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 29 del Acuerdo 4-89 de este tribunal […] Ante tal circunstancia […] se imposibilita el examen de la acción […] Tal exigencia es debidamente congruente con la naturaleza trascendente de tal medio de protección constitucional, y, además, porque la disposición de la ley de exigir la asistencia técnica de letrados para la interposición de la inconstitucionalidad de carácter general, no es de ninguna manera arbitraria, sino se explica por la justificada necesidad de que la impugnación de normas se fundamente con la suficiente solidez". Cf. Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 19 de noviembre de 1999 (expedientes acumulados 615/642-99).

da ley establece que, cuando concurra tal omisión, "la Corte de Constitucionalidad ordenará al interponente suplirlos [esto es, cumplir con ellos] dentro de tercero día" —se entiende, de haberse notificado al accionante la resolución que contiene el requerimiento previo— (artículo 136 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Por previsión de lo dispuesto en el artículo 30 del acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, este tipo de omisiones pueden darse:

1. *Como omisión de expresión de fundamento jurídico en el que se apoye la pretensión*. En este evento la Corte de Constitucionalidad queda facultada para omitir en su análisis y en su fallo este aspecto[55] y resolver en cuanto a los demás que sí tengan fundamento expresado.
2. *Como omisión de otro requisito formal*,[56] evento éste en el que el trámite del proceso de inconstitucionalidad debe suspenderse, se entiende, definitivamente.

3. El proceso de inconstitucionalidad

3.1. El debido proceso constitucional

Todo proceso jurisdiccional, como lo sería el proceso de inconstitucionalidad abstracta, tiene como objetivo el solucionar, por medio de una sentencia o su equivalente, un conflicto de relevancia jurídica, ergo: el conflicto constitucional, para el caso del tema que aquí se aborda. El proceso constitucional representaría entonces un proceso especializado en el que, mediante la aplicación directa del texto constitucional, se decide la solución del conflicto antes indicado.

---

[55] Con la consecuencia de tener que desestimarse el planteamiento (por omisión de fundamento). Véase el criterio jurisprudencial emanado en las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad el 11 de septiembre de 1996, en la que se consideró: "La acción de inconstitucionalidad corresponde a los sujetos legitimados por la ley, quienes, en virtud del principio dispositivo que rige la materia, delimita el conocimiento del Tribunal a las disposiciones expresamente impugnadas, no siendo permisible que la justicia constitucional subrogue la voluntad impugnaticia que corresponde exclusivamente a los accionantes, porque, de lo contrario, no sólo se pretendería que la Corte ejerza la función de una nueva cámara legislativa revisora de oficio de las leyes, sino que asuma la posición de parte en el debate al sindicar la materia de inconstitucionalidad y luego resolver sobre la misma." (Expedientes acumulados 886/887/889/944/945-96), y de veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y seis, en la que se determinó: "por la naturaleza de la justicia constitucional, el Tribunal solamente puede entrar a conocer y hacer declaración respecto de normas y disposiciones expresamente impugnadas por la parte accionante y debidamente razonadas en su exposición" (expediente 305-95).

[56] Como podrían ser los enumerados en el apartado 2.5.1 ("Requisitos aplicables a toda primera solicitud"), *supra*.

Debido proceso constitucional será entonces "el medio que el sistema de la jurisdicción especializada establece para la solución del conflicto constitucional propiamente tal".[57]

3.2. ¿Quiénes son parte *en el proceso de inconstitucionalidad?*

Normalmente, el proceso se origina como consecuencia de un conflicto de intereses respecto de una relación jurídica material; de ahí que son los titulares de esa relación quienes se convierten en partes de éste. *Parte* es, entonces, quien participa en la resolución de esa pretensión, ya sea promoviéndola ante el órgano jurisdiccional, o bien oponiéndose a ella con el objeto de que en el acto decisorio judicial definitivo la pretensión sea objeto de desestimación.

En puridad, en el proceso de inconstitucionalidad abstracta no puede hablarse de concurrencia de *partes*. Ello porque no existe una controversia entre dos partes determinadas (actor y demandado) respecto de una relación jurídica, ni existe un conflicto particular de intereses entre dos sujetos. Lo que en este tipo de procesos se propone es el examen jurisdiccional de una norma acusada de contravenir preceptiva constitucional; de ahí que lo único que se requiera para iniciar el proceso de inconstitucionalidad abstracta sea un acto dispositivo por el que, proponiendo tal examen, se le dé inicio.

En un proceso de inconstitucionalidad abstracta intervienen de manera obligatoria: su pretensor, el órgano emisor de la disposición normativa impugnada y el Ministerio Público. Pero también pueden intervenir otros que, en razón de la particular función o labor que desempeñan, pueden aportar elementos de juicio y enriquecer así el debate constitucional. De ahí que en este ensayo hagamos una breve referencia a quienes, sin darles el calificativo de *partes*, intervienen en un proceso de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.

3.2.1. El accionante

La previsión expresa de lo contenido en el artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad pone de manifiesto que este tipo de proceso no se inicia *ex officio*, sino más bien que se requiere de un acto dispositivo que le dé inicio. Ese acto de disposición es aquel realizado por sujeto legitimado por la ley para promover la acción de inconstitucionalidad general; de ahí la razón por la que, en la jurisprudencia constitucional guatemalteca, este sujeto sea denominado como el *accionante* o el *postulante* de inconstitucionalidad.

---

[57] Cf. Juan Colombo Campbell: "El debido proceso constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 158.

El accionante o postulante es quien promueve la acción de inconstitucionalidad, el proponente de la tesis que demuestra el vicio de inconstitucionalidad —y sobre la cual girará la discusión en el proceso— y pretensor de la declaratoria de inexequibilidad de la norma. Requiere, para promover la acción, ostentar legitimación que para este caso en particular dimana de lo previsto en el artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.[58]

3.2.2. La autoridad emisora de la normativa impugnada

Normalmente, y por un elemental principio de audiencia debida, el tribunal constitucional debe conferir intervención, en el proceso de inconstitucionalidad abstracta, al órgano o autoridad emisora de la normativa enjuiciada. Esto obedece a que, siendo tal autoridad la autora de la norma que pudiese ser objeto de exclusión del ordenamiento jurídico, ella podrá expresar en el debate constitucional las razones por las que considera que no existe vicio de inconstitucionalidad en aquélla.

Explica lo anterior que, cuando se han instado inconstitucionalidades generales contra leyes, se le ha dado intervención al Congreso de la República; cuando se trata de ataque contra acuerdos gubernativos, se ha dado intervención al presidente de la República, etcétera. De lo que se trata, como se dijo, es de que estas autoridades estén en posibilidad jurídica de *defender* la constitucionalidad de la norma enjuiciada, esgrimiendo para tal efecto la argumentación debida.

3.2.3. El Ministerio Público

Según el texto constitucional vigente, en lo referente al artículo 251, el Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración de justicia, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. De ahí que su intervención en el proceso de inconstitucionalidad abstracta devenga obligada, no sólo por el cumplimiento de la obligación antedicha, sino, además, por previsión expresa de acuerdo con lo contenido en el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. La intervención de tal institución en este tipo de procesos se realiza por medio de agentes fiscales de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal.[59]

---

[58] Véase lo comentado respecto de la legitimación activa del postulante de inconstitucionalidad en el apartado 2.2 (“Legitimación para el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad”), *supra*.

[59] Aquí cabría acotar que, cuando es el fiscal general de la República quien propone la acción de inconstitucionalidad abstracta, la audiencia que de la acción tendría que conferirse al Ministerio Público devendría innecesaria, por una elemental duplicidad de funciones y argumentaciones que en nada contribuirían a la celeridad del debate constitucional.

3.2.4. Personas y entidades a las que la Corte de Constitucionalidad otorgue participación en el proceso de inconstitucionalidad

A estas personas (normalmente personas jurídicas) o instituciones (usualmente públicas) se les da intervención en el proceso de inconstitucionalidad abstracta atendiendo la especialización o relación que cada una de ellas guarde con la normativa impugnada; ello con el objeto de recabar su parecer (*opinio juris*) respecto del examen de constitucionalidad propuesto. La disposición contenida en el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad concede amplitud al tribunal constitucional para decidir sobre a qué personas o entidades se les puede conferir participación, al disponer que ello se dará cuando "la Corte estime pertinente"; lo cual, lejos de ser una disposición meramente subjetiva, confiere, como antes se dijo, una amplia facultad al tribunal para enriquecer el debate constitucional mediante una participación pluralista.[60]

3.2.5. Amicus curiae

Es un tercero que quienes intervienen en el proceso de inconstitucionalidad pueden considerar ajeno, pero cuya participación se basa en un justificado interés sobre la manera como se resolverá en definitiva la cuestión sometida a decisión del tribunal.

Sobre el aspecto de la participación del *amicus curiae* en el proceso de inconstitucionalidad, me uno a las ideas que sobre su utilidad expone Bazán,[61] en cuanto a que esta utilidad es en razón a que ellos pueden proponer (someter a consideración) una cuestión relevante que las partes aún no han señalado al tribunal, proponer información pertinente de cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que aquél pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces sobre el particular, indicar (e invocar) precedentes jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para la decisión de casos con cierto grado de complejidad, y así constituyen herramientas válidas para la solución de cuestiones que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, en las que la decisión que sobre tales cuestiones recaiga, conduzca a marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes. El

---

[60] Es así como se explica el hecho de que, en determinados asuntos, la Corte de Constitucionalidad haya resuelto conferir audiencia a instituciones del Estado, en razón de la especialidad de funciones que éstas desempeñan. Un ejemplo de ello es que, cuando se ha promovido acción de inconstitucionalidad abstracta contra disposiciones normativas de carácter tributario, se haya dispuesto conferir audiencia a la Superintendencia de Administración Tributaria, y en otros casos al Ministerio de Finanzas Públicas. Cuando tal acción se ha promovido en materia arancelaria, también se ha conferido audiencia al Ministerio de Economía, y cuando se promovió la acción contra normas del Código de Salud, se le confirió audiencia al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

[61] Víctor Bazán: "*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 252-280.

connotado profesor argentino resume la utilidad del *amicus curiae* (o los *amici curiae)* al afirmar —con Juan V. Sola— que "mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas".[62] Lamentablemente, en el medio guatemalteco, la presentación de un *amicus curiae* se ha dado en muy contadas ocasiones.

3.3. Admisión a trámite e integración del tribunal

Una vez propuesta la acción de inconstitucionalidad abstracta y establecido (por el tribunal) el cumplimiento de todos los requisitos formales, el planteamiento se admite a trámite y se ordena la integración del tribunal conforme lo previsto en los artículos 269 de la Constitución Política de la República y 137 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, es decir, con número de siete magistrados, de los cuales cinco son los magistrados titulares y los otros dos serán escogidos por sorteo (aleatoriamente) entre los magistrados suplentes.[63]

3.4. Decisión de suspensión provisional de la normativa impugnada

En un plazo no mayor de ocho días, contados a partir de la fecha de interposición del planteamiento de inconstitucionalidad abstracta, la Corte de Constitucionalidad debe resolver, de oficio y sin formar artículo, sobre la suspensión (o no) de la ley, el reglamento o la disposición de carácter general impugnada.

Si la decisión es la de acordar la suspensión provisional de la normativa impugnada, el artículo 138 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad dispone que tal decisión debe acordarse siempre que, a juicio del tribunal, se den (de manera inescindible) dos supuestos:

---

[62] Ibídem, p. 254.

[63] Aquí también es pertinente acotar que, si bien el artículo 137 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad podría originar confusión respecto de la integración del tribunal al disponer: "Cuando la inconstitucionalidad planteada sea contra una ley, la Corte de Constitucionalidad se integrará con siete miembros en la forma prevista en el artículo 269 de la Constitución", lo cual podría conducir a una interpretación —restrictiva y en exceso positivista, a mi juicio— de que únicamente en caso de impugnación de leyes es que debe realizarse la integración con el número de magistrados antes citados, soy del criterio de que una interpretación *ad bonam partem* de lo dispuesto en el artículo 269 constitucional no dejaría lugar a dudas para sostener que, aun en los casos de inconstitucionalidad abstracta promovida contra reglamentos o disposiciones generales, el tribunal constitucional debe quedar integrado con el número de magistrados a que se refiere el artículo 269 *in fine*.

1. que la inconstitucionalidad de la normativa impugnada sea notoria;[64]
2. que la aplicación de la normativa impugnada sea susceptible de causar gravámenes irreparables.[65]

A lo anterior cabe agregar que, a juicio de quien escribe este trabajo, tal facultad (la de suspensión provisional de la normativa impugnada) sólo debería ser ejercida en casos muy excepcionales, pues el hecho de que se hubiese acordado la suspensión provisional podría dar a entender que ello orienta un criterio futuro del tribunal a mantener la apreciación (subjetiva) realizada en esta fase procesal y, sobre esa base, declarar la procedencia de la inconstitucionalidad abstracta, lo que no ha ocurrido en todos los casos en los que se ha acordado la suspensión antedicha.[66]

Finalmente, si se decidió la suspensión provisional, en el auto que así se hubiese acordado deberá ordenarse la publicación de dicha resolución en el *Diario Oficial*, al día siguiente de haberse decretado ésta; ello con el objeto de que sea a partir de esa fecha de publicación que los efectos de la normativa impugnada queden suspendidos.

3.5. Audiencia por quince días a quienes el tribunal dará participación en el proceso de inconstitucionalidad

En el mismo auto en el que se asume la decisión respecto de suspender o no la normativa impugnada de inconstitucionalidad, deberá determinarse a qué personas (mayoritariamente jurídicas) o instituciones (públicas o privadas) debe conferirse audiencia por quince días, aparte del Ministerio Público, institución a la que el conferirla es obligado. Ello es así porque, una vez determinadas dichas personas, a éstas se les notifica la acción planteada, y se espera que ellas formulen al tribunal su particular apreciación respecto de la denuncia de inconstitucionalidad, que no necesariamente tiene que coadyuvar con el proponente, pero que tampoco debe, obligatoriamente, oponerse a lo argumentado por este último.

---

[64] El adjetivo *notoria* debe ser entendido como está definido en el Diccionario de la Real Academia Española.

[65] Cuando se hace la apreciación sobre "gravámenes irreparables", a mi juicio, el tribunal debe hacer la reflexión de que estos gravámenes pueden causarse no sólo al proponente de inconstitucionalidad, sino también al propio ordenamiento jurídico y, por qué no decirlo, a la sociedad misma. Con esto último también se pretende preservar el interés social (colectivo) a que se refiere el artículo 44 de la Constitución Política de la República.

[66] Véase, a manera de ejemplo, lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de 3 de agosto de 1995 (expediente 669-94), en la que dicho tribunal resolvió declarar: "I) *Sin lugar la inconstitucionalidad* de los artículos 467 inciso 2) literal a) y 469 inciso 1) del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República. II) *Queda sin efecto la suspensión provisional decretada* con fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro y publicada en el Diario oficial del dieciséis del mismo mes y año" (cursivas añadidas).

De cualquier manera, el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad dispone que, evacuada o no la audiencia conferida, el proceso de inconstitucionalidad abstracta sigue su trámite; es decir, este proceso no se detiene por actitud pasiva u omisiva de estas personas o instituciones, lo cual es congruente con lo que dispone dicha ley en su artículo sexto.

3.6. Señalamiento de día para la vista

Una vez vencido el plazo de las audiencias respectivas, hayan sido o no evacuadas éstas, la Corte de Constitucionalidad deberá señalar de oficio día y hora para la vista, lo cual debe hacer en el plazo de veinte días contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo de la última de las audiencias a que se refiere el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Se ha generado alguna dubitación respecto de si la vista debe conferirse únicamente al accionante y al Ministerio Público —pues sólo a éstos hace referencia el artículo 139 de la ley—, o bien debe notificarse a las demás personas o instituciones intervinientes en el proceso, con el objeto de que éstas también puedan participar en ella. Compartimos este último criterio, no sólo en aplicación de un elemental principio *pro actione*, sino porque también la norma no es prohibitiva respecto de la participación de aquéllas en la vista; más bien, lo que sí contiene la norma es una limitación referente a quiénes específicamente pueden solicitar que la vista se realice en forma pública, facultad que el artículo antes indicado confiere únicamente al accionante y al Ministerio Público.

3.6.1. Alegación oral en audiencia de vista pública

La mayoría de las vistas que se realizan en procesos de inconstitucionalidad abstracta ante la Corte de Constitucionalidad se realizan de manera privada, y de esa cuenta es que éstas son evacuadas por escrito. Esa forma de realización no es totalmente obligatoria, puesto que, como se dijo, tanto el accionante como el Ministerio Público pueden solicitar que la vista se realice de manera pública, con el objeto de presentar verbalmente ante el pleno del tribunal sus argumentaciones.

Para que pueda realizarse una audiencia en vista pública, el accionante puede solicitar que la vista se realice de esa manera: a) en el propio escrito introductorio del planteamiento de inconstitucionalidad abstracta, o b) en la audiencia que a los intervinientes en el proceso se confiere por quince días. Lo usual es que el accionante formule tal pedimento en el escrito introductorio antedicho. En el caso del Ministerio Público (Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparo y Exhibición Personal), si la pretensión de esta institución es que la vista se realice de forma pública (oral), debe formular tal pedimento en la audiencia que por el plazo de quince días se le confiere conforme lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La forma en la que esta audiencia se lleva a cabo en la sede de la Corte de Constitucionalidad está regulada en el acuerdo 7-88 de la Corte de Constitucionalidad, denominado también Reglamento para la Celebración de Vistas Públicas, aplicable, por previsión del artículo primero de dicho acuerdo, a todas las vistas públicas que realice la Corte de Constitucionalidad.[67]

Finalmente, cabe acotar que, cuando una vista se lleve a cabo en forma pública, la oralidad en la presentación de los argumentos no es óbice para que, con el objeto de dejar constancia de éstos en el expediente contentivo del proceso, los participantes puedan reiterar sus posiciones por escrito, práctica que la Corte de Constitucionalidad ha considerado válida, en atención a que dichos argumentos también han merecido la consideración del tribunal constitucional al momento de dictar la sentencia respectiva.

4. La sentencia de inconstitucionalidad

4.1. La sentencia como acto decisorio judicial

La emisión de sentencias de los tribunales constitucionales en asuntos de inconstitucionalidad abstracta constituye una de las labores más importantes que desempeñan este tipo de órganos jurisdiccionales. Como una solución de derecho positivo inmediata, por medio de estas sentencias se hace una puntual referencia a la Constitución Política de la República y se precisa el sentido y alcance de los valores y principios constitucionales que determinan el contenido de normas de jerarquía inferior. Sostiene el profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá[68] que este tipo de sentencias, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, conlleva la realización de una labor de interpretación de principios y valores y una actividad integradora del derecho, y es, además, una decisión con trascendencia política, lo que sitúa a los tribunales constitucionales en una posición distinta de la de los tribunales ordinarios.

De ahí que, en el acto decisorio judicial en el proceso de inconstitucionalidad abstracta, el juez constitucional deba realizar una labor de enjuiciamiento normativo, con inclusión de valores, principios y normas rectoras de los ciudadanos, sin sesgar su criterio a intereses parciales o sectarios, sino más bien procurar la prevalencia de la Constitución. Ello se logra mediante la emisión de un fallo con motivación suficiente que evidencie la racionalización de la decisión.

---

[67] Véase, para una idea de la manera en la que se celebran las vistas públicas en la Corte de Constitucionalidad, lo contenido en los artículos 6 inciso *c*, 7, 8 y 9 del acuerdo 7-88 de dicha Corte, en lo atinente a la inconstitucionalidad abstracta.

[68] Cf. Humberto Nogueira Alcalá: "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* n.º 2 julio-diciembre 2004, México: Porrúa, 2004, p. 71.

4.2. Plazo para la emisión de la sentencia de inconstitucionalidad

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad dispone en su artículo 139 (en lo conducente): "La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista. La Corte de Constitucionalidad deberá dictar sentencia dentro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad". Existe, entonces, una identidad en el plazo máximo a que se refiere la norma antes indicada con el que en la referida ley se contempla para el trámite del proceso de inconstitucionalidad (planteamiento, orden de integración del tribunal, decisión sobre suspensión o no de la normativa impugnada, audiencia por quince días, señalamiento del día para la vista y emisión de sentencia).

4.3. Principios y aspectos a ser tomados en cuenta en la emisión de la sentencia de inconstitucionalidad

En el acto decisorio judicial del proceso de inconstitucionalidad abstracta existen principios y aspectos que deben ser observados por el tribunal constitucional al emitir el pronunciamiento correspondiente. Brevemente, haremos referencia a éstos por separado.

4.3.1. Principios

4.3.1.1. De supremacía constitucional

Por medio de este principio, toda decisión sobre un proceso de inconstitucionalidad abstracta está vinculada a la observancia de la supremacía constitucional; ello es así, pues lo que se pretende por este tipo de procesos es precisamente la prevalencia de la norma suprema. De ahí que, como se ha venido mencionando en este ensayo, la Constitución Política de la República es siempre la norma *decisoria litis*, y por ello su aplicación es directa, no sólo porque el examen requiere que sea una norma constitucional la que se denuncie como infringida, sino porque, en el fondo, lo pretendido es que se imponga la jerarquía de este tipo de normas mediante la expulsión de aquella de grado inferior que la contravenga.[69]

---

[69] Quizá donde más se ha hecho palpable este principio sea en la famosa sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 25 de mayo de 1993, con ocasión de un "autogolpe de Estado" realizado por el entonces presidente constitucional de la República, Jorge Serrano Elías. En la motivación de dicha sentencia se consideró: "Esta Corte ha declarado en reiteradas oportunidades que uno de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la existencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho. La supralegalidad constitucional se reconoce, con precisión absoluta, en terminantes normas de la Constitución, a saber: el artículo 44 que dice: 'Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza', el 175 establece: 'Ninguna ley podrá contrariar las disposicio-

4.3.1.2. Democrático

Por el principio democrático, el tribunal constitucional, en el momento de decidir sobre la procedencia de una pretensión de inconstitucionalidad abstracta, debe observar que la labor de enjuiciamiento de un precepto normativo se hace a la luz de su conformidad con el texto constitucional, no por la conveniencia en su emisión. Ello es así porque, en un régimen constitucional sustentado en principios democráticos, la labor del tribunal constitucional debe cierto respeto a la actividad legislativa realizada por el Congreso de la República, por ser éste el organismo de Estado legitimado por la Constitución Política de la República para decidir la política de dicha actividad.

Nogueira Alcalá[70] describe la observancia de este principio como una labor de "cortesía constitucional" que consiste en que los órganos del Estado se deben un respeto y cortesía mutuos, en cuanto a sus recíprocos ámbitos competenciales, en los que cada uno debe tomar decisiones con autonomía.

Este principio, que también se conoce como el principio de *conservación normativa* o *conservación del derecho*, es el que explica por qué la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto normativo es excepcional.

4.3.1.3. In dubio pro legislatoris

Este principio es aplicable en situaciones de dubitación sobre la concurrencia de vicio de inconstitucionalidad de una norma; de acuerdo con él, al no existir elementos de juicio suficientes para declarar la inconstitucionalidad de un precepto normativo, debe respetarse (para el caso de las leyes) la decisión del organismo legislativo, conservando el acto político impugnado y evitando así sustituir la voluntad del legislador respecto de la conveniencia o inconveniencia de la normativa impugnada en el proceso de inconstitucionalidad abstracta.[71]

4.3.2. Aspectos

4.3.2.1. Acumulación objetiva de pretensiones

Este tipo de acumulación se da cuando existen varios procesos de inconstitucionalidad abstracta en los cuales se ha impugnado la misma normativa. Ha sucedido con

---

nes de la Constitución' y las 'que violen o tergiversen los mandatos constitucionales serán nulas ipso jure', y el 204 preceptúa: 'Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado'".

[70] Nogueira Alcalá: o. cit., p. 87.

[71] La aplicación que de este principio se ha realizado en la jurisprudencia constitucional guatemalteca puede verse en las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad el 13 de agosto de 2003 (expedientes acumulados 825/1305/1342-2000), de 15 de diciembre de 2003 (expedientes acumulados 1766-2001 y 181-2002) y de 20 de abril de 2004 (expediente 1185-2003).

alguna frecuencia, especialmente en asuntos de materia tributaria, que los ciudadanos han instado diversos planteamientos de inconstitucionalidad impugnando mediante ellos una misma normativa. Por ello, y con el objeto de evitar decisiones contradictorias, aparte de una elemental economía y concentración procesal, procede que al momento de emitirse la sentencia respectiva se establezca si existen procesos similares que, por su identidad, merezcan su acumulación al más antiguo, y todos ellos sean objeto de decisión en una sola sentencia.

Este tipo de acumulación es autorizado en el artículo 182 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual regula que la Corte de Constitucionalidad podrá disponer la acumulación de aquellos asuntos que "dadas las circunstancias y por razones de identidad o similitud, se justifique la unidad del trámite y decisión".

4.3.2.2. Resolución como punto de derecho

El examen de un planteamiento de inconstitucionalidad general se realiza en abstracto, es decir, prescindiendo de circunstancias fácticas que, aun esgrimidas por su proponente, no obstan para que el examen sea netamente jurídico. Así lo impone el artículo 143 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al disponer: "La inconstitucionalidad en cualquier caso, será resuelta como punto de derecho", lo que tampoco prohíbe que, en su resolución, el tribunal constitucional pueda invocar su propia jurisprudencia, consultar antecedentes, dictámenes, opiniones y elementos doctrinarios.

4.3.2.3. Observancia de doctrina legal

Por la previsión realizada en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad —cuya aplicación en el proceso de inconstitucionalidad abstracta es autorizada en el artículo 143 de la misma ley—, la jurisdicción constitucional guatemalteca observa una característica del denominado *sistema del precedente*, entendido como aquel en el que una decisión asumida por un órgano jurisdiccional sobre una cuestión de derecho, por previsión de una norma puede ser obligatorio, bien para el mismo tribunal o para otros de igual o menor rango en los subsiguientes casos en los que se plantee nuevamente la misma cuestión o una cuestión con la que la ya juzgada evidencie estrecha similitud. De ahí que deba ser el propio tribunal constitucional el que, atendiendo lo contenido en el artículo 43 *in fine*,[72]

[72] El cual dispone lo siguiente: "La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido".

observe, al emitir sus decisiones sobre planteamientos de inconstitucionalidad abstracta, la doctrina legal ya sentada por él en casos análogos, sin perjuicio, claro está, de la facultad que la citada norma le confiere de poder separarse de su propia jurisprudencia.

4.3.2.4. Ratio decidendi

La *ratio decidendi* la constituye todo aquel conjunto de razones que constan en la motivación del fallo y sirven de sustento a la decisión asumida en él. El profesor costarricense Rubén Hernández Valle[73] sostiene que todo tribunal constitucional realiza una labor de interpretación de la Constitución a fin de crear claridad y certeza jurídicas; de ahí que su labor vincula la futura conducta de los órganos y personas a quienes afecta la resolución constitucional, evitando que comportamientos constitucionales declarados ilegítimos puedan ser nuevamente reiterados, lo cual "no podría hacerse si sólo el Por Tanto de la sentencia fuere vinculante, dado que los fallos de las sentencias miran siempre hacia el pasado, no hacia el futuro".

En este punto coincido con Hernández Valle, pues la jurisprudencia constitucional guatemalteca contiene ejemplos[74] en los cuales la motivación del fallo, integrada con su apartado decisorio, vincula *erga omnes.* Ello muestra que el fundamento de que la sentencia es vinculante no sólo en su parte dispositiva sino también en su parte considerativa obedece a que por medio de esta última se vincula la conducta futura de los órganos estatales, con una indicación concreta del marco en que pueden realizar dicha conducta, y contiene a su vez una prohibición implícita de que en el futuro se puedan repetir actos y condiciones previamente declarados inconstitucionales.

4.3.2.5. Decisión mayoritaria

La sentencia de inconstitucionalidad abstracta es emitida en Guatemala por un órgano colegiado: la Corte de Constitucionalidad. De ahí que para el caso de dicho acto decisorio existan puntuales normas que establezcan, por elemental que parezca, que una decisión —sobre todo si ésta es estimatoria de la pretensión—[75] sobre lo

---

[73] Hernández Valle: o. cit., p. 48.

[74] Véanse las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad el 5 de septiembre de 1997 (expedientes acumulados 342/374-97/441/490/559-97), 8 de febrero de 1999 (expediente 931-98), 13 de agosto de 2003 (expedientes acumulados 825/1305/1342-2000) y 3 de agosto de 2004 (expedientes acumulados 898-2001 y 1014-2001).

[75] Véase el artículo 145 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que regula: "La inconstitucionalidad solo podrá declararse con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que forman el tribunal". Así también, el artículo 178 de la citada ley dispone: "Las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad deberán contar con la opinión favorable de la mayoría de los Magistrados que la integran".

debatido en dicho proceso deba asumirse con un voto mayoritario de quienes integran el tribunal constitucional en un caso en particular. Las reglas para asumir este tipo de decisiones se encuentran contenidas en los artículos 145, 178, 179 y 181 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

4.4. Sentencias atípicas

De acuerdo con la teoría kelseniana, el tribunal constitucional participa en el ejercicio de la potestad legislativa desempeñando una labor de *legislador negativo*. Sin embargo, de acuerdo con las corrientes modernas originadas en los tribunales constitucionales italiano y alemán, ahora seguidas por en Latinoamérica, *inter alia*, por la Corte Constitucional colombiana, se considera que la labor de los tribunales constitucionales va más allá de lo que la teoría indicada propone. Así, la labor de estos tribunales también conlleva una función creadora de normas individuales, en las que su función no se limita únicamente a la declaración de inexequibilidad de preceptos normativos sino, más bien, en caso de desestimación del planteamiento, a clarificar el texto de éstos mediante una labor exegética, a manera de establecer la forma como deben interpretarse a partir del momento de la emisión de la sentencia.

Surgen entonces las denominadas sentencias *atípicas*, como antes se dijo, de raigambre en las jurisdicciones constitucionales italiana, alemana y colombiana. El objeto de incluir este tipo de sentencias en este ensayo obedece a que, a criterio de quien lo realiza, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ya ha incursionado en este campo emitiendo este tipo de sentencias, como a continuación se verá.

4.4.1. Sentencias interpretativas

Son sentencias de carácter meramente declarativo, que mediante una *interpretación conforme* a la Constitución pretenden evitar la estimativa de un planteamiento de inconstitucionalidad cuando los preceptos impugnados pueden guardar conformidad con una interpretación armonizable con la Constitución Política de la República. Con ello se pretende evitar que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de una ley provoque un vacío o una laguna legal con daño a otros derechos, valores y principios que también están llamados a ser preservados por la Constitución.[76]

---

[76] Respecto de esto último, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha sustentado lo siguiente: "La perspectiva señalada parece radicalmente contradictoria, porque el enjuiciamiento pretende la nulidad por derogatoria de toda disposición, con lo cual, dentro de la inconstitucionalidad debería incluirse aquellos aspectos que no tienen semejante tacha. La doctrina y la jurisprudencia en otros sistemas han permitido salvar estas lagunas por medio de las llamadas sentencias interpretativas" (sentencia de 30 de diciembre de 1988, expediente 289-88). En sentido similar, la sentencia de 26 de mayo de 1988, Expediente 25-88.

4.4.2. Sentencias manipulativas

Dentro de esta clasificación están aquellas sentencias por las que el tribunal constitucional, realizando una labor de modificación o integración de los preceptos normativos impugnados de inconstitucionalidad, emite una declaración en la cual estos últimos son interpretados de manera distinta y con un contenido diferente del que constaría en su texto original.[77]

Las sentencias manipulativas, a su vez, se subdividen en:

4.4.2.3. Sentencias aditivas

Son aquellas en las que se declara una estimativa parcial del planteamiento de inconstitucionalidad; una vez declarada la inexequibilidad del precepto normativo, se crea una disposición normativa, por vía de sustitución o adición, con significado opuesto a la norma declarada inconstitucional.[78]

Este tipo de sentencias se da mayoritariamente en los casos de inconstitucionalidad por omisión, ya que, en palabras de Bazán,[79] hacen referencia a aquel tipo de resoluciones con las que la Corte [constitucional] declara inconstitucional una cierta disposición "en tanto y en cuanto deja de decir algo".

4.4.2.4. Sentencias sustitutivas

Son aquellas en que, como refiere Romboli, citado por Bazán,[80] el tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley "en la parte que prevé una determinada cosa en vez de prever otra". Para ello, el vacío normativo que genera la declaratoria de inexequibilidad es cubierto por el tribunal constitucional por medio de una regulación de carácter específico con sustentación constitucional.[81]

4.4.2.5. Sentencias aditivas de principio

Estas sentencias son aquellas que fijan principios generales que deben ser ejecutados con la intervención del legislador, pero que, en determinados casos concretos, puede hacer referencia el juez para su solución.[82]

---

[77] En este sentido, la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el 13 de agosto de 2003 (expedientes acumulados 825/1305/1342-2000).

[78] A modo de ejemplo podría citarse la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el 5 de septiembre de 1997 (expedientes acumulados 342/374-97/441/490/559-97)

[79] Bazán: "Jurisdicción constitucional local…", o. cit., p. 202.

[80] Ibídem.

[81] En este sentido, la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el 3 de agosto de 2004 (expedientes acumulados 898-2001 y 1014-2001)

[82] En este sentido, por la labor de determinación de principios generales a ser observados por el organismo legislativo, la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 8 de febrero de 1999 (expediente 931-98).

4.4.2.6. Sentencias integradoras

Estas sentencias son las que se emiten cuando un tribunal considera que una omisión puede implicar exclusión (verbigracia, de un derecho), de manera que eliminar tal omisión implicaría incluir todos aquellos que hubiesen sido discriminados o marginados arbitrariamente con el precepto declarado inexequible.[83]

4.4.3. Sentencias exhortativas

Nogueira Alcalá[84] dice que estas sentencias van desde un simple "consejo" al legislador, hasta fórmulas más coactivas que llaman a este último a regular una materia establecida en la Constitución. Estas exhortaciones pueden darse mediante directrices al organismo legislativo sobre cómo legislar en determinadas materias, adecuándose entonces tal labor al marco constitucional.[85]

4.5. Forma de las sentencias de inconstitucionalidad

Las sentencias que la Corte de Constitucionalidad emite en procesos de inconstitucionalidad abstracta llevan una forma que incluye: los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la impugnación, el trámite, las alegaciones, la parte considerativa y la parte resolutiva del fallo. La manera como deben estructurarse dichas sentencias está regulada en el artículo 31 del acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

4.6. Efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

4.6.1. Estimación del planteamiento

Se da cuando la Corte de Constitucionalidad determina la inconstitucionalidad del precepto normativo acusado de inconstitucionalidad, bien sea por vicio de fondo o de forma, y declara así la inexequibilidad (total o parcial) de dicho precepto. Los efectos que produce tal estimativa son los siguientes:

---

[83] En este sentido fueron emitidas las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de fechas 9 de diciembre de 2002 (expediente 890-2001) y 5 de noviembre de 2003 (expediente 732-2003).

[84] Nogueira Alcalá: o. cit., p. 97

[85] En este sentido, la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 13 de julio de 2005 (expediente 2765-2004). En esta sentencia, en su parte resolutiva se ordenó: "Se le fija a la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social el plazo de diez días para que realice las acciones legales pertinentes de conformidad con sus facultades a efecto de regular nuevamente y en observancia a lo dispuesto en el mismo, la materia que la normativa impugnada regulaba, bajo apercibimiento de imponerle a cada uno de sus miembros la multa de cuatro mil quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pudieran incurrir en caso contrario".

4.6.1.1. Efecto constitutivo

En el caso de la jurisdicción constitucional guatemalteca, la Corte de Constitucionalidad no realiza una labor de declaratoria de nulidad del precepto normativo impugnado de inconstitucionalidad.[86] Realiza, eso sí, una labor de derogatoria de dicho precepto —de acuerdo con el artículo 8, inciso *d*, de la Ley del Organismo Judicial— por advertir antinomia con revelancia constitucional entre una norma constitucional y una de jerarquía inferior. Por ello, se sostiene que el efecto de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad es, para el caso guatemalteco, constitutivo, pues produce la extinción de un estado jurídico.

4.6.1.2. Efectos en el tiempo

En atención a la seguridad y la certeza jurídica que deben estar ínsitas en este tipo de declaraciones (estimativas), la decisión de inexequibilidad de un precepto normativo produce ciertos efectos que deben modularse en el tiempo para que el propio sistema se adecue a la nueva situación jurídica acaecida como consecuencia de la decisión antedicha. Estos efectos son los siguientes:

Efecto ex nunc

Determina la inconstitucionalidad de la norma, eliminándola del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo. Es a este tipo de efecto, aunque no con la puridad de su conceptualización, que se refiere el artículo 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que dispone que, cuando se hubiese acordado la suspensión provisional de la normativa impugnada de inconstitucionalidad, los efectos de la declaratoria de inexequibilidad "*se retrotraerán a la fecha* en la que se publicó la suspensión" (cursivas añadidas).

Efecto ex tunc

Este efecto, que es el más común que emiten los tribunales constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad abstracta, es aquel por el que la declaratoria de inconstitucionalidad surte efectos que van desde el pronunciamiento y la notificación o publicación del fallo hacia el futuro, sin afectar las situaciones anteriormente producidas al amparo de dicha norma. En el caso de la jurisdicción constitucional guatemalteca, este efecto se da a partir de la fecha de publicación del fallo estimatorio en el *Diario Oficial*, según previsión expresa del artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhi-

---

[86] Sobre esto último aún no existe un criterio uniforme; complica aún más su armonización lo dispuesto en el artículo 175 constitucional, que expresa: "Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*".

bición Personal y de Constitucionalidad, al contemplarse en éste que el o los preceptos declarados inconstitucionales "dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial".

4.6.1.5. Publicidad del fallo

El efecto de dar publicidad al fallo que declare con lugar una pretensión de inconstitucionalidad abstracta obedece a la previsión que sobre tal aspecto se hace en el artículo 146 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. De acuerdo con este artículo, deben publicarse en el *Diario Oficial* las sentencias por las que la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total o parcial de un precepto normativo, lo cual deberá hacerse dentro de los tres días siguientes a la fecha en que dichas sentencias queden firmes, sin que en dicha publicación se incluyan los votos razonados que a favor o en contra de la decisión se hubiesen emitido, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del acuerdo 4-89 emitido por la Corte.

4.6.1.6. Cosa juzgada

Por el carácter estimatorio de la pretensión, este tipo de decisiones (estimativas) tienen la fuerza de cosa juzgada, tanto formal —al no ser susceptibles de impugnarse— como material (por el efecto derogatorio que conllevan). Ésa es la manera como debe entenderse lo regulado en el segundo párrafo del artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.[87]

4.6.2. Desestimación del planteamiento

Al analizar la pretensión de inconstitucionalidad abstracta, el tribunal constitucional realiza una labor de parificación entre la norma tachada de inconstitucional con aquella a la que se dice contravenir. Si en esa labor el tribunal determina que no se establece la contravención denunciada por la conformidad entre la primera y la segunda, o bien porque no se advierte vicio de inconstitucionalidad si se realiza una intelección *conforme a la Constitución* de la normativa objetada, procede a desestimar la pretensión. Esta decisión conlleva los siguientes efectos:

---

[87] Sobre el particular, vale aquí citar al profesor Jesús Casal Hernández, quien afirma: "[…] las sentencias que declaren la ilegitimidad constitucional de una norma legal, lo cual se traduce, en concordancia con su artículo 137 —que no admite recurso alguno contra las decisiones de la Corte Constitucional—, en la obligación de acatar el fallo. Se estima que, en los demás supuestos, las sentencias de la Corte Constitucional ostentan el valor de precedente persuasivo". Cf. Jesús M. Casal Hernández: "Cosa Juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 304-305.

4.6.2.1. Inexistencia de cosa juzgada material

Para que pueda existir cosa juzgada material, se requiere que las partes ya no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento. En el caso de decisión desestimatoria de inconstitucionalidad, no existe, en la ley de jurisdicción constitucional guatemalteca, disposición alguna que prohíba el replanteamiento de la cuestión, desde luego, con nuevos argumentos.

4.6.2.2. Efectos económicos y sancionatorios

Los efectos económicos y sancionatorios que apareja una decisión desestimatoria del planteamiento de inconstitucionalidad abstracta están contenidos en el artículo 148 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual establece que la condena y las sanciones establecidas en él no serán aplicables a aquellos contenidos en los incisos *a*, *b* y *c* del artículo 134 de esta ley.[88] Con ello, únicamente aquel particular, auxiliado por tres abogados colegiados activos, podría ser objeto de este tipo de efectos. Éstos son los siguientes:

Condena en costas al postulante

Según la previsión que de la imposición de dicha condena se hace en el artículo 148 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, ésta se hará al pretensor de inconstitucionalidad abstracta cuando su pretensión se declare sin lugar. Sin embargo, la jurisprudencia consistente de la Corte de Constitucionalidad ha determinado que tal condena no puede ser impuesta por las siguientes razones:

a. porque en este tipo de procesos no intervienen *partes*[89] y, de esa cuenta, no existe una contienda entre particulares a quienes pueda afectar la promoción injustificada de un planteamiento de inconstitucionalidad;
b. porque, usualmente, quienes intervienen en un proceso de inconstitucionalidad abstracta son entidades estatales;
c. porque no es función del Estado de Guatemala incrementar su patrimonio (por medio del cobro de costas judiciales) a costa del promoviente de inconstitucionalidad, quien insta su planteamiento sobre la creencia de que está cumpliendo con una obligación establecida en la propia Constitución Política de la República —artículo 135, inciso *b*;
d. por no existir, entonces, sujeto procesal legitimado para el cobro de costas judiciales.

---

[88] En caso concreto serían el presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el fiscal general de la República y el procurador de los Derechos Humanos.

[89] Véase *supra*, apartado 3.2 ("¿Quiénes son 'parte' en un proceso de inconstitucionalidad?").

Imposición de multa a los abogados auxiliantes

El citado artículo 148 dispone que en caso de pronunciamiento desestimatorio de inconstitucionalidad abstracta ha de imponerse a cada uno de los abogados patrocinantes una multa de cien a mil quetzales. Lo que aquí se sanciona es la responsabilidad que el profesional del derecho tiene en cuanto a la juridicidad del planteamiento si, por carencia de la debida sustentación jurídica, éste es desestimando. Es evidente que, por aplicación del artículo 144 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, también existen casos en los que se puede exonerar a los abogados auxiliantes del pago de la multa respectiva. Estos casos son, entre otros, cuando se trate de planteamientos sustentados en jurisprudencia previamente sentada que sea innovada en el fallo desestimatorio (giro jurisprudencial), o cuestiones en las que exista extrema dubitación sobre la forma en la intelección de preceptos (que éstos admitan varias interpretaciones), o bien cuando el caso haya quedado sin materia sobre la cual el tribunal pueda válidamente pronunciarse, por derogación expresa de la normativa impugnada.

4.6.2.3. Publicidad del fallo

Antes se expuso en este trabajo la obligación de publicar el fallo cuando el planteamiento era estimado (declarado con lugar) por el tribunal constitucional. Pero también existe un caso en el que un fallo desestimatorio debe publicarse, y éste es cuando, habiéndose suspendido provisionalmente la normativa impugnada, en el examen de fondo se desestima el planteamiento. En este evento, por razones de seguridad y certeza jurídicas respecto de establecer a partir de cuándo recobrará vigencia la normativa suspendida, es que debe publicarse la sentencia desestimatoria.

4.6.3. En ambos casos (estimación y desestimación del planteamiento)

Para ambos eventos (estimación y desestimación del planteamiento de inconstitucionalidad abstracta) existen efectos comunes, de acuerdo con la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Éstos son:

4.6.3.1. Efectos jurisprudenciales

En eventos de estimación o desestimación de la pretensión, los pronunciamientos emitidos tienen, por previsión del último párrafo del artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, efectos jurisprudenciales. Ello implica que, para el caso de la jurisdicción constitucional guatemalteca, todos los fallos que la Corte de Constitucionalidad emita en materia de inconstitucionalidad abstracta tienen efectos jurisprudenciales, y si son emitidos en un sentido determinado pueden constituir la doctrina legal a que se refiere el artículo 43 de la citada ley.

4.6.3.2. Efecto vinculante

Este efecto, que concurre en las sentencias que emanan de la Corte de Constitucionalidad, se da como consecuencia de lo regulado en el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que establece: "Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos". Como se puede colegir, aun en casos de desestimación de planteamientos en la jurisdicción constitucional guatemalteca, la interpretación que se pueda hacer de normas enjuiciadas por señalamiento de vicio de inconstitucionalidad es vinculante para el poder público. Cobra, entonces, relevancia la *ratio decidendi* de los fallos emanados por la Corte de Constitucionalidad en materia de inconstitucionalidad abstracta.

5. La impugnación de la decisión de inconstitucionalidad

5.1. Existencia de correctivos procesales

En el proceso de inconstitucionalidad abstracta, lo único que está regulado en la jurisdicción constitucional guatemalteca como correctivos procesales son los remedios procesales de aclaración y ampliación. Según lo previsto en el artículo 147 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad,[90] contra las sentencias y autos dictados en materia de inconstitucionalidad se pueden instar los correctivos antes indicados, para lo cual éstos deben ser promovidos: a) si los conceptos de un auto o sentencia son oscuros, ambiguos o contradictorios (aclaración), y b) si se hubiese omitido resolver sobre alguno de los puntos sobre los cuales versó la demanda de inconstitucionalidad abstracta. Se entiende que la impugnación debe instarse contra la parte resolutiva de la resolución —sentencia o auto—, pidiendo únicamente la corrección de las deficiencias antes indicadas, no así que se modifique el fondo de lo resuelto, por la naturaleza propia (remedios procesales) de los correctivos referidos.

5.2. Inimpugnabilidad de las decisiones de suspensión provisional y declaratoria de inconstitucionalidad de la normativa impugnada

Refiere el artículo 142 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que contra las sentencias y los autos en los cuales el tribunal se pronuncia sobre la suspensión provisional de la normativa impugnada de inconstitucionalidad "no cabrá recurso alguno". *Prima facie,* parecería que dicha disposición es contradictoria

---

[90] Esta norma también es complementada con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que expresa: "Contra las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad sólo procede la aclaración y ampliación, pero los Magistrados que las dicten serán responsables con arreglo a la ley".

con la contenida en el artículo 147 de la propia ley; empero, su correcta intelección debe partir de interpretar restrictivamente la palabra *recurso*, entendiendo éste como un medio de impugnación por el que puede cambiarse el fondo de lo decidido, y no como sinónimo de *remedio procesal*. Al entender así el espíritu de la norma, también puede entenderse que la intención del legislador constituyente fue la de que esas decisiones, sobre todo las sentencias, generaran autoridad de cosa juzgada desde el momento de su emisión. Por ello es que ese tipo de decisiones son inimpugnables por medio de *recursos*.

Conclusiones

1. Todo conflicto constitucional da lugar a una cuestión susceptible de ser conocida en la jurisdicción constitucional y resuelta mediante la aplicación de la justicia constitucional. De ahí que, una vez determinado el conflicto, procede accionar ante la jurisdicción citada con el objeto de que sea un tribunal especializado (tribunal constitucional) el que proceda a solucionarlo, por medio de una solución jurídica apegada a la preceptiva suprema.

2. La acción de inconstitucionalidad materializa el derecho subjetivo que le asiste a toda persona legitimada por la ley para solicitar que un tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad de preceptos normativos de alcance general, una vez advertido que en éstos concurre, de manera total o parcial, vicio de inconstitucionalidad, acaecido, bien en el procedimiento de formación de la normativa impugnada, o bien en el contenido de la regulación que se pretende en esta última, y se proceda a la expulsión de la normativa inexequible del ordenamiento jurídico nacional, en resguardo del principio de supremacía constitucional.

3. El proceso de inconstitucionalidad abstracta es un proceso especializado en el que, mediante la aplicación directa del texto constitucional, se decide la solución de un conflicto constitucional, haciendo prevalecer dicho texto sobre cualquier disposición normativa o acto de gobierno que lo confronte.

4. La sentencia dictada en un proceso de inconstitucionalidad abstracta constituye una solución de derecho positivo inmediata que, haciendo una puntual referencia al conjunto de principios y valores en los que se sustenta la Constitución Política de la República, se precisa el sentido y alcance de éstos, a efectos de determinar, a su vez, el contenido de normas de jerarquía inferior y la conformidad de éstas con la normativa suprema.

Bibliografía

BAZÁN, Víctor: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México: Porrúa, 2003.

— "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n.º 2, México: Porrúa, 2004.

— "Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M.: "Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

COLOMBO CAMPBELL, Juan: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2002, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002.

— "El debido proceso constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1969.

CHACÓN CORADO, Mauro: *Los conceptos de acción, pretensión y excepción*, 2.ª ed., Guatemala: Centro Editorial Vile, 2000.

CHACÓN CORADO, Mauro, y Juan MONTERO AROCA: *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*, volumen I, Guatemala: Magna Terra, 1999.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Buenos Aires: CIEDLA-Fundación Konrad Adenauer, 2000.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México: Fundap, 2002.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: "La vinculatoridad de las resoluciones de la sala constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n.º 1, enero-junio 2004, México: Porrúa.

Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional de la República de Costa Rica, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, 2002.

MONROY CABRA, Marco Gerardo: "Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* n.º 2, julio-diciembre, México: Porrúa, 2004.

PINTO ACEVEDO, Mynor: *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Guatemala: Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Serviprensa Centroamericana, 1995.

REY CANTOR, Ernesto: "Acción popular de inconstitucionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, n.º 1, enero-junio, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México: Porrúa, 2004.

RISSO FERRAND, Martín J.: "Declaración de Inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2001.

Leyes consultadas

Constitución Política de la República de Guatemala.
Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
Código Procesal Constitucional de Perú.
Constitución Política de Colombia (1991).

Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú) *

El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú

1. Presentación

El proceso de hábeas corpus es un mecanismo de protección judicial de la libertad personal. Fue incorporado en el Perú mediante la ley de 21 de octubre de 1897,[1] y por primera vez reconocido a nivel constitucional en la Carta de 1920.[2] Los sucesivos textos constitucionales de 1933 y 1979 siguieron esta tendencia. La Constitución de 1993 lo contempla en el artículo 200.º inciso 1.º.

A pesar de su reconocimiento en la norma suprema del ordenamiento jurídico, el proceso de hábeas corpus ha atravesado serios problemas. Basta recordar que durante el conflicto armado interno que ocurrió en el Perú como consecuencia del terrorismo resultó prácticamente inútil para hacer frente a casos de detención arbitraria o

---

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar (institución académica de la Comunidad Andina). ‹lhuerta@pucp.edu.pe›

[1] Acerca del primer proyecto de ley conocido sobre este proceso, recomendamos consultar el trabajo de Daniel Soria Luján: "Dos fuentes en torno a los antecedentes históricos del hábeas corpus en el Perú (a propósito de su centenario)", en *Ius et Praxis* n.º 28 (julio-diciembre de 1997), Lima: Universidad de Lima, pp. 111-128.

[2] El artículo 24.º de la Constitución de 1920 establecía: "Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto in fraganti delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere. *La persona aprehendida o cualquier otra podrá interponer, conforme a la ley, el recurso de Hábeas Corpus por prisión indebida*" (cursivas añadidas).

desaparición forzada. La Comisión de la Verdad y Reconciliación ha dejado constancia de esta situación, que no puede ser olvidada.[3]

En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional ofrecen herramientas para que a través del hábeas corpus se puedan garantizar de forma rápida, oportuna y eficaz los derechos fundamentales ante actos lesivos que los amenazan o vulneran. En este trabajo deseamos ofrecer un panorama general sobre este proceso, a partir de su reciente desarrollo normativo y jurisprudencial.

2. Marco normativo

La Constitución de 1993 y el Código Procesal Constitucional constituyen en la actualidad el marco normativo en el Perú sobre el proceso de hábeas corpus. Los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen una fuente importante para el análisis de este proceso, a fin de que su regulación y desarrollo en la práctica sean compatibles con el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

2.1. Constitución de 1993

La primera fuente para el estudio del proceso de hábeas corpus es la Constitución de 1993, la cual precisa los siguientes aspectos:

- El artículo 200.º, inciso 1.º, establece el objetivo del proceso de hábeas corpus al señalar que procede para proteger la libertad individual y los derechos constitucionales conexos ante cualquier amenaza o violación de éstos por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.
- El artículo 200.º también establece que este proceso debe regularse a través de una ley orgánica y que puede dársele inicio incluso durante los estados de excepción.
- El artículo 202.º, inciso 2.º, señala que es competencia del Tribunal Constitucional conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus.

---

[3] Cf. Comisión de la Verdad y Reconciliación: *Informe final*, Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003, tomo VI, pp. 494-522. Este informe fue presentado públicamente el 28 de agosto del 2003.

La Carta de 1993 no regula mayores aspectos procesales del hábeas corpus, lo que facilita que en el plano normativo puedan aprobarse o modificarse las normas que lo regulan, a fin de dar respuesta inmediata a las situaciones de la realidad que así lo exijan. El único aspecto cuestionable de la actual Carta Política es haber previsto que el Tribunal Constitucional conozca únicamente los casos en que la demanda respectiva ha recibido una respuesta negativa en el Poder Judicial, aspecto sobre el cual nos detendremos cuando analicemos la intervención del Tribunal en este proceso.[4]

2.2. Legislación del proceso de hábeas corpus: de la ley 23506 al Código Procesal Constitucional

La regulación de los procesos constitucionales a través de una sola ley orgánica, en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 200.º de la Constitución de 1993, tuvo que esperar casi una década. Mientras tanto, existió una normativa dispersa y preconstitucional.

2.2.1. Ley 23 506

El desarrollo legal del proceso de hábeas corpus se encontraba previsto en la ley 23 506, publicada el 8 de diciembre de 1982, la cual fue emitida en el marco de la Constitución de 1979. Esta ley fue objeto de varias reformas[5] y se mantuvo vigente incluso con el texto constitucional de 1993. La anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ley 26 435, publicada el 10 de enero de 1995) reguló el trámite de este proceso ante esta institución. Algunas modificaciones a la ley 23 506 tuvieron por objetivo limitar el uso del hábeas corpus.[6] Incluso se le otorgó a la justicia militar

---

[4] Véase la sección 5 (“Instancias de resolución”), apartado 4 (“Intervención del Tribunal Constitucional”).

[5] La ley 25 398, publicada el 9 de febrero de 1992, contiene las normas complementarias más importantes.

[6] El texto original del artículo 6.º del decreto ley 25 659 (publicado el 13 de agosto de 1992), mediante el cual se reguló el delito de traición a la patria, estableció: “En ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las acciones de garantía de los detenidos, implicados o procesados por el delito de terrorismo comprendidos en el decreto ley 25 475, ni contra lo dispuesto en el presente decreto ley”. Esta norma fue modificada mediante el artículo 2.º de la ley 26 248, publicada el 25 de noviembre de 1993, que permite la presentación de hábeas corpus a favor de las personas procesadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria, pero con un trámite especial. De otro lado, el artículo 17.º del decreto legislativo 824 (Ley de Lucha contra el Narcotráfico, publicado el 24 de abril de 1996) estableció: “No proceden las acciones de hábeas corpus a favor de las personas involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas durante la detención preventiva en la investigación policial, en la que haya participado el representante del Ministerio Público y el caso haya sido puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente”. Estas normas recién fueron derogadas mediante el Código Procesal Constitucional (primera disposición transitoria y derogatoria, incisos 7 y 11).

competencia para conocer determinadas demandas.[7] Asimismo, se emitió un decreto legislativo sobre la competencia judicial en materia de hábeas corpus, el cual fue declarado inconstitucional.[8]

Este complejo marco legal originó varios problemas entre los operadores jurídicos, quienes tenían serias dificultades para identificar en muchos casos qué normas estaban vigentes.[9]

2.2.2. Código Procesal Constitucional

Todo lo señalado sobre la ley 23 506 era más que suficiente para justificar la expedición del *Código Procesal Constitucional* (ley 28 237, publicada el 31 de mayo del 2004, en adelante: *el Código*), donde se encuentra la actual regulación sobre el proceso de hábeas corpus y que empezó a regir el 1 de diciembre del 2004, luego de un período de seis meses de *vacatio legis* (junio-noviembre del 2004). En él se regulan todos los procesos constitucionales previstos en el artículo 200.º de la Constitución.

El Código contiene una sección común (título I, artículos 1.º al 24.º) dedicada a los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, lo cual se explica por cuanto se trata de tres procesos con un mismo objetivo, cual es proteger derechos fundamentales. En esta sección hay aspectos generales de especial importancia, como las causales de improcedencia aplicables y el trámite ante el Tribunal Constitucional, entre otros.

Las normas específicas sobre el proceso de hábeas corpus se encuentran en el título II del Código (artículos 25.º al 36.º). Asimismo, el artículo IX del Título preliminar establece la posibilidad de aplicar normas supletorias.[10]

---

[7] El artículo 5.º del decreto legislativo 895 (Ley contra el Terrorismo Agravado), publicado el 23 de mayo de 1998, establecía: "En este delito la acción de Hábeas Corpus se interpondrá únicamente ante cualquier Juez Instructor Militar, cuyo trámite se regirá por la normatividad vigente". Esta norma fue modificada por la ley 27 235 (artículo 2.º), publicada el 20 de diciembre de 1999, mediante la cual se señaló que en estos casos "la acción de hábeas corpus […] se interpondrá de acuerdo con las normas generales de la materia". El Código Procesal Constitucional (primera disposición transitoria y derogatoria, inciso 13) ha derogado la ley 27 235.

[8] Nos referimos al decreto legislativo 900, publicado el 29 de mayo de 1998. El Tribunal se pronunció sobre esta norma mediante la sentencia del expediente 004-2001-I/TC, publicada el 27 de diciembre del 2001.

[9] Una importante compilación de las normas que regularon el proceso de hábeas corpus hasta antes del Código Procesal Constitucional puede consultarse en la sección "Jurisprudencia constitucional" del sitio web de la Comisión Andina de Juristas, ‹www.cajpe.org.pe›.

[10] El artículo IX establece: "En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina".

La regulación del hábeas corpus en un solo cuerpo normativo, junto con los otros procesos constitucionales, constituye un aporte sustantivo del derecho procesal constitucional peruano. Debe recordarse que en el derecho comparado algunos países establecen el marco legal del hábeas corpus en sus normas sobre procesos penales, lo que, de acuerdo con García Belaunde, constituye un error.[11] En otros, se encuentra en la norma que regula los aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional.[12]

Además de unificar en un solo cuerpo legal la legislación procesal constitucional, el Código destaca porque regula los procesos constitucionales desde la perspectiva de la teoría general del proceso e introduce importantes reformas normativas.

2.3. Tratados sobre derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Interamericana

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, como el hábeas corpus, constituyen mecanismos a través de los cuales se concreta el derecho a la protección judicial de tales derechos.[13] Por esta razón, el derecho internacional de los derechos humanos constituye una fuente de especial importancia para evaluar si el marco legal y el desarrollo del proceso de hábeas corpus en el plano interno son compatibles con las normas y la jurisprudencia internacional. Debe recordarse que, de acuerdo con la IV disposición final y transitoria de la Constitución y el artículo V del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos reconocidos en la Constitución, como el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre la materia celebrados por el Estado peruano y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se encuentra reconocido en diferentes normas internacionales, como se aprecia en el siguiente cuadro:

---

[11] Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, pp. 105-109.

[12] Cf. capítulo IX del título IV de la Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia (artículos 89-93).

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, del 30 de enero de 1987, § 32.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	"Artículo 8.º. 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 la ley" (cursivas añadidas).
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	"Artículo 2.º. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; […]" (cursivas añadidas).
Convención Americana sobre Derechos Humanos	"Artículo 25.º. 1. Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. […]" (cursivas añadidas).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido los siguientes lineamientos sobre el contenido, respeto y garantía del artículo 25.º de la Convención Americana:

- A fin de garantizar el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, no basta con que los recursos judiciales respectivos se encuentren establecidos de modo expreso en la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que deben ser *adecuados* y *eficaces* para determinar si se han violado estos derechos y adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer su ejercicio. La Corte ha señalado que un recurso es adecuado si, dentro del derecho interno, resulta "idóneo para proteger la situación jurídica infringida", mientras que su eficacia implica que debe ser "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido".[14]
- Desde esta perspectiva, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que resulten ineficaces por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, "cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia,

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez*, sentencia sobre el fondo, del 29 de julio de 1988, § 64 y 66.

como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".[15]

Junto con el reconocimiento expreso del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, las normas internacionales también contienen una referencia específica al derecho a un recurso o mecanismo judicial idóneo y efectivo para proteger la libertad personal:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	"Artículo 9.º inciso 4.º: Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a *recurrir ante un tribunal*, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal" (cursivas añadidas).
Convención Americana sobre Derechos Humanos	"Artículo 7.º inciso 6.º: Toda persona privada de libertad tiene *derecho a recurrir* ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. […]" (cursivas añadidas).

Una interpretación concordante de la Constitución de 1993 con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos permite afirmar que toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado para lograr la protección de sus derechos fundamentales, lo cual implica contar con mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha tutela. Si estos mecanismos judiciales no existen, o no son idóneos ni efectivos, se ve afectado el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

El proceso de hábeas corpus en el Perú debe ser analizado desde esta perspectiva, a fin de evaluar si cumple con las exigencias previstas a nivel internacional para tutelar la libertad individual u otros derechos fundamentales.[16]

---

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, del 6 de diciembre de 1987, § 24.

[16] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre actos que impidieron que el hábeas corpus fuera un recurso efectivo en el país. Se pueden consultar al respecto las sentencias sobre el fondo de la Corte en los casos *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997, § 49-55 (impedimento normativo para presentar un hábeas corpus); *Castillo Páez*, del 3 de noviembre de 1997, § 80-84 (problemas para resolver un hábeas corpus); *Durand y Ugarte*, del 16 de agosto del 2000, § 93-110 (imposibilidad de resolver un hábeas corpus luego de los sucesos de los penales de 1986); y *Cesti Hurtado*, del 29 de setiembre de 1999, § 109-133 (incumplimiento de una sentencia de hábeas corpus).

3. Derechos protegidos

La libertad personal es el clásico derecho protegido por el hábeas corpus. Sin embargo, en el ordenamiento constitucional peruano este proceso también ha sido establecido para proteger otros derechos.

La Constitución de 1979 establecía que el hábeas corpus procedía para la protección de la "libertad individual". La ley 23 506 (artículo 12.º) estableció un conjunto de situaciones relacionadas con la libertad física ante las cuales cabía la posibilidad de presentar un hábeas corpus. Pero, asimismo, estableció otros derechos, no relacionados con la libertad individual, como susceptibles de ser objeto de tutela mediante el hábeas corpus, como la reserva de convicciones y la libertad de conciencia. Además, la citada norma dejaba en claro que las situaciones allí señaladas eran enunciativas.

La Constitución de 1993 reitera que el hábeas corpus puede ser empleado para garantizar la libertad individual, pero agrega que también protege los "derechos constitucionales conexos", sin precisar mayores aspectos sobre estos últimos.[17] Surge al respecto la interrogante sobre qué se entiende por derechos "conexos" con la libertad individual, asunto que ha venido siendo precisado por la jurisprudencia.

El Código Procesal Constitucional establece en el artículo 25.º, también de manera enunciativa, los derechos que pueden ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus. En esta lista se incorporan derechos que no estaban mencionados en la legislación anterior, pero que en la práctica jurisprudencial fueron tutelados por el hábeas corpus, como por ejemplo, los derechos de las personas privadas de libertad ante inadecuadas condiciones de reclusión, el derecho a la integridad personal y el debido proceso, en este último caso cuando su violación afecta también la libertad individual. La inviolabilidad del domicilio, antes protegida por el proceso de amparo, ahora es protegida mediante el hábeas corpus.

Especial atención merece el reconocimiento que realiza el Código al derecho a no ser objeto de desaparición forzada, lo que responde a lo ocurrido en nuestro país en el marco de la lucha contra el terrorismo, en que las desapariciones forzadas fueron una práctica sistemática y generalizada.

No corresponde en este trabajo describir cada uno de los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus.[18] Sin embargo, es importante señalar que uno de los

---

[17] Al comentar este artículo constitucional, Rubio señala que la redacción de la Carta vigente es mejor que la anterior. En este sentido afirma: "[…] en la Constitución (de 1979) no estaba definida la libertad individual y, por ello, el artículo 12.º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo número 23 506, aplicó el Hábeas Corpus, precisamente, a varios derechos que, siendo conexos con la libertad individual, son distintos a ella". Marcial Rubio Correa: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima: PUCP, 1999, tomo 6, p. 44.

[18] Sobre la libertad física puede consultarse: Francisco Eguiguren Praeli: *Estudios constitucionales*, Lima: ARA, 2002, pp. 25-92, y Luis Alberto Huerta Guerrero: *Libertad personal y hábeas corpus: estudios sobre jurisprudencia constitucional*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, pp. 9-35.

presupuestos para dar inicio a los procesos de tutela de derechos fundamentales consiste en que la controversia que se someta a los tribunales gire en torno a la amenaza o violación de alguno de ellos. En el caso del hábeas corpus, debe tratarse de la libertad individual, los derechos conexos a ella o los mencionados en el artículo 25.º del Código, entendiendo esta lista siempre en forma enunciativa.

4. Desarrollo del proceso

A continuación presentamos los aspectos de mayor importancia vinculados con el desarrollo del proceso de hábeas corpus.

4.1. Legitimación activa

Una de las características del proceso de hábeas corpus radica en que la demanda respectiva puede ser presentada por la persona agraviada o cualquier otra en su favor. Esta legitimación bastante amplia puede encontrase prevista en el nivel constitucional,[19] o en el nivel legal. Esta última opción ha sido asumida en el Perú. Estuvo prevista en la ley 23 506 (artículo 13.º) y ahora se encuentra en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 26.º establece:

> La demanda [de hábeas corpus] puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. […] También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.

De especial importancia es remarcar la legitimación que de modo expreso se otorga a la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con Abad, esta institución ha establecido lineamientos para emplearla, como por ejemplo, que la persona afectada esté en situación de indefensión, que exista una clara y manifiesta violación de un derecho constitucional y que el caso concreto pueda tener una trascendencia colectiva, como ser útil para fijar un precedente.[20]

4.2. Legitimación pasiva

De acuerdo con la Constitución (artículo 200.º), la demanda de hábeas corpus se puede presentar contra cualquier autoridad, funcionario o persona. Si bien los alcances de este trabajo no permiten extenderse sobre la materia, parece importante refe-

---

[19] Así ocurre, por ejemplo, en los textos constitucionales de Bolivia (artículo 18-I), Chile (artículo 21.º), Colombia (artículo 30.º), Ecuador (artículo 93.º) y Venezuela (artículo 27.º).

[20] Samuel Abad Yupanqui: "Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales. Reflexiones después de ocho años", en *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004*, Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, 2004, pp. 23-24.

rirse brevemente a dos temas: su procedencia frente a resoluciones judiciales y frente a actos de particulares.

4.2.1. Hábeas corpus contra resoluciones judiciales

La procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales siempre ha sido un tema polémico, por los problemas de nuestro sistema de administración de justicia y por la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado ante casos particularmente delicados, como los procesos contra personas acusadas de terrorismo, corrupción, tráfico ilícito de drogas u otros graves delitos.

4.2.1.1 Legislación anterior al Código[21]

La legislación anterior sobre hábeas corpus contenía varias disposiciones que establecieron como regla general la prohibición de acudir a este proceso para cuestionar resoluciones judiciales. Éstas fueron:

- Artículo 6.º inciso 2.º de la ley 23 506: "No proceden las acciones de garantía: Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular".
- Artículo 10.º de la ley 25 398: "Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2.º del artículo 6.º de la ley (23506), deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen".
- Artículo 16.º de la ley 25 398. "No procede la acción de Hábeas Corpus: a) Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía, b) Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un proceso regular; […]".

Desde el inicio de sus actividades en junio de 1996, la tendencia general del Tribunal Constitucional se ha orientado a declarar improcedentes las solicitudes de hábeas corpus dirigidas contra resoluciones judiciales, con fundamento en las normas citadas. En este sentido estableció como pauta general que:

> [El proceso de hábeas corpus] *no tiene por objeto efectuar una evaluación de la interpretación del derecho que los jueces de la jurisdicción ordinaria puedan realizar en el ámbito de sus competencias exclusivas*, pues tal tarea corresponde

---

[21] Un análisis más extenso sobre este tema se encuentra en nuestro trabajo *Libertad personal y hábeas corpus: estudios sobre jurisprudencia constitucional*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, pp. 37-61.

> efectuarla al propio Poder Judicial, a través de las diversas instancias, habilitando para ello el ejercicio de los medios impugnatorios que el ordenamiento procesal prevé.[22]

Sin embargo, el Tribunal estableció excepciones a esta regla, con los siguientes argumentos:

> [En] toda causa constitucional donde se anulen resoluciones o se dejen sin efecto procesos por considerarse irregulares, [el hábeas corpus] será siempre, o en toda circunstancia, una alternativa absolutamente *excepcional* a la que no cabe acudir sino *en casos manifiestamente inconstitucionales*, y en la que ha de cuidarse de sobremanera el no convertir al proceso constitucional en una suprainstancia jurisdiccional que se derive en un pronunciamiento sobre el fondo de los procesos respectivos.[23]

A partir de estas premisas, una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con base en la legislación anterior permite afirmar que en nuestro sistema procesal constitucional se aceptaba la posibilidad de emplear el hábeas corpus contra resoluciones judiciales en los siguientes casos:

- cuando la resolución judicial era expedida en contradicción del debido proceso o el principio de legalidad;
- cuando la resolución judicial que ordenaba alguna medida limitativa de derechos era expedida sin que se cumplieran los requisitos previstos en la legislación procesal penal o sin observarse los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Por lo tanto, la prohibición legal prevista en la legislación fue la regla general aplicada por el Tribunal, pero éste estableció excepciones a través de su jurisprudencia.

4.2.1.2 Código Procesal Constitucional

El artículo 4.º del Código Procesal Constitucional aborda el tema de la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales. Al respecto señala:

> El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Un primer aspecto a destacar es, precisamente, que ahora exista una sola norma al respecto y no tres, como ocurrió con la legislación anterior.

Un segundo aspecto relevante es que se ha dejado de lado la expresión “procedimiento regular”, que a todas luces resultaba insuficiente para el análisis de este tema, dada su falta de precisión.

---

[22] Sentencia del expediente 1316-99-HC/TC (*caso César Peñalba Mojonero*), del 29 de marzo del 2000 y publicada el 29 de mayo del 2000, fundamento 3 (cursivas añadidas).

[23] Sentencia del expediente 678-99-HC/TC (caso *José Luis Rengifo y otro*), del 1 de octubre de 1999 y publicada el 16 de febrero del 2000, fundamento 6 (cursivas añadidas).

En tercer lugar, el Código reitera el criterio del Tribunal sobre el carácter excepcional de la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, pues para que proceda se requiere que existan determinados presupuestos. Éstos son:

- La resolución judicial que se cuestiona debe ser firme, es decir, la última que se expida en el nivel judicial, sea porque se han agotado todos los recursos ordinarios para impugnarla o haya quedado consentida.[24]
- La resolución judicial que se cuestiona debe haber afectado la libertad individual o la tutela procesal efectiva. Sobre esta última, el Código precisa su contenido en forma enunciativa.[25]

En este sentido, la regla general sigue siendo la improcedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales. Si no se trata de una resolución judicial firme que afecte la libertad individual o la tutela procesal efectiva, la demanda deberá declararse improcedente.

4.2.2 Hábeas corpus contra particulares

La Constitución permite que el proceso de hábeas corpus pueda ser empleado contra particulares. Si bien la gran mayoría de las demandas se presenta contra autoridades estatales o funcionarios, es importante señalar algunos casos en que el acto lesivo de los derechos protegidos por el hábeas corpus ha provenido de particulares.

Así, han sido frecuentes las demandas presentadas contra centros de salud donde a los pacientes dados de alta se les impide retirarse por no haber cancelado los gastos de atención médica. En estos casos el Tribunal ha señalado que la falta de pago de gastos por internamiento no puede impedir que los pacientes abandonen el centro de salud.[26]

---

[24] En el caso del proceso de amparo, el Código señala que la demanda contra una resolución judicial es improcedente si "el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo". Similar disposición no se ha previsto para el caso del hábeas corpus, lo que puede dar lugar a dudas sobre si también se requiere impugnar la resolución judicial que afecta derechos fundamentales antes de acudir a este proceso. De modo indirecto el Tribunal se ha pronunciado sobre este tema en la sentencia del expediente 4107-2004-HC/TC, del 29 de diciembre del 2004 y publicada el 25 de mayo del 2005. En el fundamento 5 de esta decisión señala que por sentencia judicial firme puede entenderse "aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia".

[25] De acuerdo con el artículo 4.º del Código: "Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal".

[26] Sentencia del expediente 1411-2001-HC/TC (caso *Lorgia Olivares de Cabezas*), del 1 de abril del 2002 y publicada el 22 de setiembre del 2002. En este caso el Tribunal declaró que carecía de objeto

También se pueden mencionar los casos de hábeas corpus contra la colocación de rejas u otros obstáculos para ingresar a determinadas zonas de la ciudad, resueltos principalmente por el Tribunal a través del análisis de la justificación para adoptar este tipo de medidas y la existencia de una autorización municipal para tal efecto.[27]

4.3. Forma y contenido de la demanda

La no exigibilidad de formalismos para la presentación de las demandas de hábeas corpus es otra de las características de este proceso. Esto implica, entre otros aspectos, que la solicitud respectiva pueda ser presentada en forma escrita o verbal, que no sea obligatoria la firma o asesoría de un abogado, o el pago de una suma de dinero como contraprestación del servicio de administración de justicia (tasas judiciales).

La ley 23 506 (artículos 13.º y 14.º) establecía que la demanda podía ser presentada "por escrito o verbalmente […]" y "sin necesidad de poder, papel sellado, boleta de litigante, derecho de pago, firma de letrado o formalidad alguna". El Código Procesal Constitucional mantiene esta tendencia y señala que para presentar la demanda no se requiere "firma de letrado, tasa[28] o alguna otra formalidad" (artículo 26.º) y que "puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo" (artículo 27.º).

En cuanto al contenido de la demanda, por lo general se exige que en ésta se indiquen los hechos que motivan el inicio del hábeas corpus. La argumentación jurídica es opcional.

La ley 23 506 abordó este tema, aunque sólo para el caso de las demandas presentadas de manera verbal, exigiendo únicamente que se "[suministre] una sucinta relación de los hechos" (artículo 14.º). El Código Procesal Constitucional así lo reitera (artículo 27.º).

En la demanda también se puede señalar el lugar donde se encuentra privada de libertad la persona a favor de la cual se presenta el hábeas corpus. Pero, a pesar de la utilidad de esta información, no se trata de un requisito indispensable, pues puede resultar difícil en los hechos establecer el paradero de la víctima de una detención arbitraria. Al respecto, la ley 25 398 (artículo 27.º) establecía:

---

pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, pues la persona agraviada dejó el centro de salud antes de que se emitiera la sentencia.

[27] Cf. sentencias de los expedientes 2961-2002-HC/TC (caso *Renzo Lercari Carbone*), del 4 de marzo del 2004 y publicada el 11 de marzo del 2004, y 0311-2002-HC/TC (caso *Compañía Inmobiliaria y Constructora Quisqueya S.A.*), del 20 de mayo del 2003 y publicada el 11 de agosto del 2003.

[28] Esto concuerda con el artículo III del Título preliminar del Código, que reconoce el *principio de gratuidad en la actuación del demandante*, y la quinta Disposición final, de acuerdo con la cual "los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales".

> Al interponer la acción de Hábeas Corpus, el recurrente, *de ser posible*, debe indicar el día y la hora en que se produjo la detención y el lugar donde se encuentra el detenido.[29]

El Código Procesal Constitucional no contiene una norma similar, aunque en la práctica conviene poner en conocimiento del juez este tipo de información, si fuera posible.

4.4. Causales de improcedencia

El artículo 5.º del Código Procesal Constitucional establece un conjunto de causales de improcedencia respecto a los procesos de tutela de derechos fundamentales, aunque la mayoría no son aplicables al hábeas corpus. Aquí interesa mencionar que el inciso 5.º señala que no proceden los procesos constitucionales cuando la violación de un derecho fundamental ha cesado o se ha convertido en irreparable. Se trata de un supuesto aplicable al proceso de hábeas corpus, que debe ser adecuadamente diferenciado de lo previsto en el artículo 1.º del Código.

Uno de los problemas recurrentes en materia de hábeas corpus se presentaba cuando una persona era detenida e inmediatamente se interponía a su favor un hábeas corpus, pero antes de que el juez pudiera verificar la detención el agraviado era puesto en libertad. En estas circunstancias, las demandas respectivas eran declaradas improcedentes por sustracción de la materia, contribuyéndose de esta manera a que el acto lesivo quedara impune.

El Código busca evitar que esto ocurra, por lo que en el artículo 1.º establece que si *luego de presentada la demanda* cesa la amenaza o violación de un derecho, o ésta deviene en irreparable, el juez debe pronunciarse sobre el fondo del asunto. En este sentido, ante supuestos como el mencionado en el párrafo anterior, si luego de presentada la demanda el afectado es puesto en libertad y el juez constata que efectivamente hubo una detención arbitraria, deberá declararla fundada y precisar "los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda […]".

Situación diferente es la prevista en el artículo 5.º inciso 5.º del Código, de acuerdo con la cual la demanda respectiva deberá ser declarada improcedente si *antes de su presentación* el acto lesivo cesó o devino irreparable.

La diferencia entre ambos artículos del Código es importante, pues el propio Tribunal se había pronunciado anteriormente en un sentido diferente. Esto ocurrió a propósito de su sentencia sobre los tipos de hábeas corpus, en la que señaló que el denominado *hábeas corpus innovativo* podía ser empleado si la violación a un derecho había cesado antes de presentarse la demanda.[30] El Código ha dejado de lado este criterio.

---

[29] Cursivas añadidas.

[30] Sentencia del expediente 2663-2003-HC/TC (caso *Eleobina Aponte Chuquihuanca*), del 23 de marzo del 2004 y publicada el 12 de abril del 2004, fundamento 6, literal *g*.

Sobre las causales de improcedencia, es importante señalar que el Código Procesal Constitucional no ha establecido la posibilidad de rechazar de plano las demandas de hábeas corpus, facultad que ha sido reservada para el proceso de amparo.[31] Este cambio seguramente obedece a que, en la práctica, el Tribunal Constitucional identificó varios casos en los que los jueces aplicaron erróneamente los supuestos previstos en la ley para rechazar de manera liminar las demandas, lo que originaba una demora en su trámite.[32]

4.5. Trámite y actuación del juez

Existen diferentes formas en que una autoridad judicial puede actuar para resolver una demanda de hábeas corpus, lo cual depende del caso concreto y del derecho invocado. En cualquier supuesto, su forma de actuar debe ser inmediata, rápida y estar orientada a conocer la situación de la persona afectada en sus derechos. Debe recordarse al respecto que el artículo III del Título preliminar del Código establece como uno de los principios a observar en los procesos constitucionales el de *dirección judicial del proceso*, y señala asimismo que es deber de los jueces impulsarlos de oficio. Por su parte, el artículo 13.º señala que los jueces "tramitarán con preferencia los procesos constitucionales".

La ley 23 506 distinguía entre lo que debía hacer un juez en casos de detención arbitraria (artículo 16.º) y otros supuestos (artículo 18.º). El Código Procesal Constitucional sigue esta línea y establece artículos específicos sobre el trámite que seguir en casos de detención arbitraria y afectación de la integridad personal (artículo 30.º), y para situaciones distintas (artículo 31.º). La novedad es que agrega un nuevo trámite, para los casos de detención-desaparición (artículo 32.º).

4.5.1. Trámite en casos de detención arbitraria y afectación de la integridad personal

Ante una demanda sobre detención arbitraria, una opción efectiva consiste en ordenar que la persona agraviada sea conducida ante la autoridad judicial que conoce

---

[31] El artículo 47.º del Código aborda el tema de la improcedencia liminar de la demanda, el cual está incluido en el título III, correspondiente al proceso de amparo.

[32] Cf. resolución del expediente 0572-2001-HC/TC (caso *Antonio Valverde Casaverde*), del 28 de setiembre del 2001 y publicada el 21 de setiembre del 2002. En este caso el Tribunal señaló que se había "rechazado liminarmente la acción de habeas corpus interpuesta, fuera de los supuestos establecidos expresamente por la Ley N° 23506, produciéndose un quebrantamiento de forma en la tramitación del proceso […]". En consecuencia, ordenó al juez competente que procediera a admitir a trámite la demanda y realizara la investigación pertinente. Para una mejor comprensión del tiempo transcurrido hasta la sentencia del Tribunal se debe señalar que la demanda respectiva fue presentada el 8 de mayo del 2001.

el hábeas corpus. Se conoce este mandato como *orden de exhibición personal*, la cual se dirige a las personas presuntamente responsables de la privación de la libertad o bajo cuya vigilancia se encuentra el detenido. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la característica esencial del hábeas corpus consiste en el "mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes, a fin que se lleve al detenido a la *presencia del juez* para que pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad".[33]

La orden de exhibición personal implica que la persona privada de libertad sea trasladada al lugar donde la autoridad judicial realiza sus actividades. Así por ejemplo, el texto constitucional de Bolivia señala en su artículo 18-II.º que la autoridad judicial que conozca del hábeas corpus "señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia". De modo similar, en la Constitución del Ecuador (artículo 93.º) se precisa que la autoridad que conozca del hábeas corpus "ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia". Por su parte, el texto constitucional de Venezuela (artículo 27.º) precisa que ante la presentación de un hábeas corpus "el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del [órgano judicial competente] de manera inmediata, sin dilación alguna".

En otras situaciones, por ser más práctico, la misma autoridad judicial puede dirigirse al lugar donde se encuentra el detenido y exigir verlo.

Lo conveniente es que ambas posibilidades se encuentren previstas en la legislación, de tal forma que el trámite a seguir en los hábeas corpus sea el que mejor responda a las exigencias de cada caso concreto.

En el Perú, la legislación anterior sobre hábeas corpus establecía como regla general que ante casos de detención arbitraria el juez debía disponer que "la autoridad responsable presente al detenido y explique su conducta" (ley 23 506, artículo 16°), pero también establecía que podía "constituirse en el lugar de los hechos" (ley 25 398, artículo 20°). Por su parte, el Código Procesal Constitucional establece, tanto para casos de detención arbitraria como de afectación de la integridad personal, lo siguiente (artículo 30.º):

> Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para tal efecto podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente, y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial.

Si bien el Código no señala de forma expresa que las autoridades judiciales deben ordenar a las personas presuntamente responsables de la detención que lleven al detenido ante su presencia y expliquen su conducta, como lo señalaba la legislación

---

[33] Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, del 30 de enero de 1987, § 33 (cursivas añadidas).

anterior, no existe impedimento alguno para adoptar una medida de este tipo, sin perjuicio de que puedan optar por constituirse en el lugar de los hechos.

Es importante señalar que en algunos países en los que la orden de exhibición personal no se ha establecido como una medida obligatoria se han presentado serios problemas. Éste es el caso de Chile, donde el artículo 21.º de la Constitución establece que la magistratura competente para conocer este proceso constitucional "*podrá* ordenar que el individuo sea traído a su presencia".[34] En la práctica, las autoridades judiciales de ese país solicitan informes sobre la situación de la persona privada de libertad y las razones que motivaron su detención a quienes son considerados responsables de dicha medida o tienen a la persona bajo su custodia. Esto ha dado lugar a que la evaluación sobre la situación de una persona privada de libertad se base en fuentes indirectas, lo cual impide un efectivo desarrollo de este proceso constitucional. Sobre la situación en el país vecino se ha dicho:

> En la tramitación del recurso de [hábeas corpus] la averiguación de la suerte del detenido se hace por medio de oficios dirigidos al organismo aprehensor (si la medida se dirige contra un juez, se solicita a éste una información por escrito), en algunos casos se recurre a medios más expeditos, como la consulta telefónica, y luego se falla sobre la base de los antecedentes obtenidos en estas averiguaciones más los elementos aportados por el recurrente. Los procedimientos de exhibición personal por medio de la presentación del detenido ante el tribunal o la constitución de un delegado de éste en el lugar de detención no son utilizados prácticamente nunca.[35]

La experiencia comparada, como hemos visto, se inclina a favor de la obligatoriedad de exigir la presencia de la persona privada de libertad ante la autoridad judicial competente para conocer y resolver las demandas de hábeas corpus. El Código no menciona este trámite de modo expreso, pero queda en manos de los jueces llevarlo a cabo, sin perjuicio de optar por constituirse en el lugar de los hechos. Pero en ninguna circunstancia el análisis del caso concreto puede efectuarse con base en la simple remisión de informes o documentos al juzgado competente.

---

[34] Cursivas añadidas. Esta potestad discrecional se reitera en el artículo 310.º del Código de Procedimiento Penal, el cual establece: "El tribunal que conoce del recurso podrá ordenar que, dentro del plazo que fijará según la distancia, el detenido o preso sea traído a su presencia, siempre que lo creyere necesario y éste no se opusiere […]". Asimismo, de conformidad con el artículo 309.º del mismo cuerpo legal, "podrá […] comisionar a alguno de sus ministros para que, trasladándose al lugar en que se encuentra el detenido o preso, oiga a éste y, en vista de los antecedentes que obtengan, disponga o no su libertad o subsane los defectos reclamados. El ministro dará cuenta inmediata al tribunal de las resoluciones que adoptare, acompañando los antecedentes que las hayan motivado".

[35] Cristián Riego R.: "El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos", en *Sistema jurídico y derechos humanos (El derecho internacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos)*, serie Publicaciones Especiales n.º 6. Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, p. 303.

4.5.2. Trámite en casos distintos a detención arbitraria o afectación a la integridad personal

Ante casos diferentes de los de detención arbitraria y afectación a la integridad personal, el Código establece el siguiente trámite (artículo 31.º):

> Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión, y resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad.
>
> La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrare privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda así como a su abogado, si lo hubiere.

Las alternativas sobre lo que puede hacer el juez en estos casos aparecen mucho más claras en comparación con el trámite descrito en la sección anterior, pues se señala de forma expresa que puede constituirse en el lugar de los hechos o citar a los presuntos agresores para que expliquen su conducta. Estas opciones serían aplicables, por ejemplo, si se afecta la libertad de tránsito.

4.5.3 Trámite en caso de desaparición forzada

En su *Informe final* sobre la violencia política ocurrida en el Perú en el marco de la lucha contra el terrorismo, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación llegó a las siguientes conclusiones:[36]

- Durante el conflicto armado interno, "los agentes del Estado *utilizaron la práctica de la desaparición forzada de personas de manera generalizada y sistemática* como parte de los mecanismos de lucha contrasubversiva. […]".[37] Esta práctica afectó a un número considerable de personas y se extendió en gran parte del territorio nacional. La Comisión recibió reportes directos de 4 414 casos de desaparición forzada de personas, en por lo menos 18 de los 24 departamentos del país. Esta práctica afectó a una multiplicidad de víctimas, la mayoría de origen campesino, con idiomas maternos diferentes del castellano.
- La impunidad generalizada en la que operaron los agentes responsables de estos crímenes constituyen una evidencia de la "negligencia grave, tolerancia implícita o en el peor de los casos de políticas o prácticas destinadas a asegurar dicha impunidad, por parte de las instituciones estatales responsables de

---

[36] Comisión de la Verdad y Reconciliación: *Informe final*, Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003, tomo VI, pp. 126, 127 y 131.

[37] Cursivas añadidas.

dirigir y supervisar la actuación de las fuerzas del orden, de investigar y sancionar los crímenes cometidos, y de garantizar el respeto de los derechos individuales básicos de la persona". El Ministerio Público, el Poder Judicial y el Congreso de la República incurrieron en responsabilidad estatal general al no tomar las medidas para prevenir las desapariciones forzadas ni para investigar las miles de denuncias formuladas.

Estos hechos explican las razones por las cuales el Código Procesal Constitucional ha establecido de forma expresa que el proceso de hábeas corpus puede ser empleado para proteger el derecho a no ser objeto de desaparición forzada (artículo 25.º inciso 16.º),[38] así como un trámite especial que se debe seguir ante este tipo de situaciones (denominado por la doctrina y la jurisprudencia como *hábeas corpus instructivo*). Sobre esto último, el Código dispone en el artículo 32.º:

> Sin perjuicio del trámite previsto en los artículos anteriores (30.º y 31.º), cuando se trate de la desaparición forzada de una persona, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presuma que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el Juez dará aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.
>
> Si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

Se espera que con este marco normativo los tribunales no vuelvan a declarar improcedentes las demandas de hábeas corpus ante un caso de desaparición forzada, con el inaceptable argumento de que no corresponde acudir a este proceso para hacer frente a estas situaciones, ni tengan dudas sobre cómo actuar al respecto.

4.6. Plazo para resolver

El plazo para resolver un hábeas corpus debe ser muy breve, lo cual es una consecuencia de su trámite, que es bastante sencillo, pero en especial de la urgencia de la decisión que se debe adoptar. En el plano legal pueden presentarse dos opciones: establecer un plazo máximo para resolver o establecer plazos para cada una de las

---

[38] Sobre el reconocimiento de este derecho recomendamos consultar el trabajo de Enrique Bernales Ballesteros: "Hábeas corpus ante casos de desaparición forzada de personas en el nuevo Código Procesal Constitucional", en *Código Procesal Constitucional comentado*, Lima: Normas Legales, 2005, pp. 11-24.

etapas del proceso. Explicamos a continuación estas opciones, no sin antes recordar que, de acuerdo con el artículo 33.º inciso 7.º del Código Procesal Constitucional, en el hábeas corpus "las actuaciones procesales son improrrogables".

4.6.1. Plazo máximo para resolver

En esta opción se establece un plazo máximo para resolver las demandas de hábeas corpus. De esta manera se busca evitar la prolongación del proceso debido a diferentes interpretaciones u omisiones normativas sobre la duración de cada una de sus etapas.

Esta opción la encontramos en Colombia, donde el hábeas corpus "debe resolverse en el término de treinta y seis horas" (artículo 30.º de la Constitución); mientras que en Venezuela la legislación sobre la materia (artículo 42.º) precisa que el juez que conozca del proceso decidirá en un término "no mayor de noventa y seis (96) horas después de recibida la solicitud".

En el Perú, el Código Procesal Constitucional no establece un plazo máximo para resolver un hábeas corpus, pero señala que en los casos de detención arbitraria o afectación de la integridad personal el juez resolverá *de inmediato* (artículo 30.º).

4.6.2. Plazos según las etapas del proceso

En un proceso de hábeas corpus es posible identificar hasta tres etapas, a cada una de las cuales le hemos asignado una letra, para su mejor explicación:

A. Desde la presentación de la demanda hasta la decisión que adopte la autoridad judicial para resolver la situación puesta en su conocimiento, como por ejemplo, ordenar que la persona privada de libertad sea conducida a su presencia.
B. Desde la decisión adoptada por la autoridad judicial hasta su cumplimiento o ejecución.
C. Desde el cumplimiento o la ejecución de la decisión adoptada por la autoridad judicial hasta la expedición de la sentencia.

La opción por los plazos por etapas podemos encontrarla, por ejemplo, en el Ecuador, donde el artículo 93.º del texto constitucional establece que la autoridad competente para conocer del hábeas corpus "en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de libertad […]" y "dictará su resolución dentro de las veinticuatro horas siguientes".[39]

[39] Como se aprecia, la norma constitucional ecuatoriana establece un plazo máximo para las etapas que hemos identificado con las letras A y C. Respecto a la etapa B, señala que deberá ser cumplida *inmediatamente*.

En el Código Procesal Constitucional peruano sólo encontramos referencias a plazos por etapas en dos supuestos. El primero es en los hábeas corpus ante casos distintos a detención arbitraria o afectación de la integridad personal, en los que se establece un plazo para la etapa que hemos consignado con la letra C. En este sentido el artículo 31.º establece:

> Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión, y *resolverá de plano en el término de un día natural*, bajo responsabilidad.[40]

El segundo es en los hábeas corpus para casos de detención-desaparición. Aquí el Código (artículo 32.º) establece un plazo para la etapa que hemos consignado con la letra B:

> Si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que *informe dentro del plazo de veinticuatro horas* si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.[41]

A diferencia de los casos de detención arbitraria o afectación de la integridad personal, para los cuales el Código precisa que el juez debe resolver la demanda *de inmediato* (artículo 30.º), en los otros supuestos en que cabe presentar un hábeas corpus se ha optado por establecer algunos plazos con relación a determinadas etapas del proceso. En ninguna circunstancia la falta de precisión sobre un plazo debería dar lugar a demoras injustificadas de las autoridades judiciales para pronunciarse en forma rápida sobre el fondo de la controversia, ni de los funcionarios públicos para dar respuesta a los requerimientos judiciales.

4.7. Contenido de la sentencia

Si la autoridad judicial determina que no existe ninguna causal de improcedencia, debe pronunciarse sobre el fondo de la demanda, a fin de declararla fundada o infundada. De acuerdo con el artículo 6.º del Código, en los procesos constitucionales "sólo adquiere la autoridad de *cosa juzgada* la decisión final que se pronuncie *sobre el fondo*".[42]

Si la demanda es declarada fundada, el juez podrá ordenar que se deje en libertad a la persona privada de ella en forma arbitraria o cualquier medida necesaria para garantizar el derecho afectado. La decisión que se emita dependerá de los motivos

---

[40] Cursivas añadidas.
[41] Cursivas añadidas.
[42] Cursivas añadidas.

por los cuales se presentó el hábeas corpus. Algunos ordenamientos contemplan las diferentes alternativas que se pueden adoptar, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Bolivia	El artículo 18-III de la Constitución señala que, una vez instruida de los antecedentes, la autoridad judicial dictará sentencia "ordenando la libertad, haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente".
Chile	El artículo 21.º de la Constitución precisa: "Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata [del agraviado] o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija".
Venezuela	El artículo 42.º de la legislación sobre el amparo de la libertad personal precisa que al decidir sobre la pretensión el juez puede declarar "la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hubiesen impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se hubieran cumplido las formalidades legales".

En el caso peruano, la ley anterior no contemplaba normas similares,[43] omisión que fue subsanada por la jurisprudencia, pues a través de ella se fueron determinando las medidas que el juez puede ordenar para garantizar los derechos amenazados o vulnerados. El Código Procesal Constitucional subsana el vacío normativo existente a través de su artículo 34.º, el cual señala:

> La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:
>
> 1. La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
> 2. Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o
> 3. Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o
> 4. Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

---

[43] La única referencia que existía, bastante indirecta por cierto, sobre lo que el juez podía ordenar para proteger un derecho, se encontraba en el artículo 1.º de la ley 23 506, en el que se señalaba que el objetivo de este proceso consistía en "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional" .

La última de las opciones mencionadas debe ser considerada una cláusula abierta, que les permite a los jueces adoptar la medida más conveniente al caso concreto.

Cualquiera sea la decisión de la autoridad judicial, debe ser cumplida de inmediato, según lo previsto en el segundo párrafo del artículo 22.º del Código.[44]

Sobre el contenido de la sentencia, debe recordarse que, si luego de la presentación de la demanda el acto lesivo cesó o se convirtió en irreparable, la autoridad judicial deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto y ordenar que los mismos actos no vuelvan a repetirse. Como señala el Código (artículo 1.º):

> Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado *no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda*, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.[45]

En la sentencia que declara fundada la demanda, los jueces deberán de igual modo pronunciarse sobre la responsabilidad del agresor, tema que abordamos en forma separada.

4.8. Responsabilidad del agresor

El objetivo del hábeas corpus es la protección de derechos fundamentales. No tiene como finalidad identificar a la autoridad o particular que ordenó o ejecutó el acto lesivo de estos derechos ni determinar su responsabilidad, ya sea de índole administrativa, civil o penal. Sin embargo, si durante el desarrollo del proceso se constata que existió una afectación de los derechos protegidos por el hábeas corpus, en diversos países se establece la obligación de que tal situación sea puesta en conocimiento de las autoridades competentes, a fin de que se adopten las medidas necesarias para investigar y establecer la responsabilidad que corresponda, lo que no perjudica la ejecución de las medidas adoptadas en el proceso.

En el caso peruano, la legislación anterior sobre la materia (ley 23 506, artículo 11.º) señalaba:

> Si al concluir los procedimientos de Hábeas Corpus y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente. Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la de destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. Se condenará

---

[44] Éste señala que "la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata".

[45] Cursivas añadidas.

> asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado.
>
> El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de los hechos de la responsabilidad y de la pena a que haya lugar […].

El Código Procesal Constitucional señala al respecto (artículo 8.º):

> Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título (como el hábeas corpus), dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera.
>
> Tratándose de autoridad o funcionario público, el Juez Penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo.
>
> El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar […].

La redacción del Código es mucho más precisa que la legislación anterior. Por un lado, deja en claro que, si se constata que existe causa probable de la comisión de un delito, deberá ponerse este hecho en conocimiento de las autoridades competentes, a fin de que se evalúen el grado de responsabilidad y las sanciones aplicables por dicha conducta. De otra parte, elimina toda posibilidad de establecer una indemnización a través de los procesos constitucionales.[46] Asimismo, contempla lo que ocurre si durante la tramitación del hábeas corpus cesan los actos lesivos o devienen en irreparables.

4.9. Responsabilidad por incumplimiento de las resoluciones adoptadas en el proceso

Un problema frecuente en el hábeas corpus se presenta cuando existe una negativa o demora para cumplir las resoluciones que expide la autoridad judicial. Esta situación resulta más grave cuando se trata de la demora o el incumplimiento de la sentencia final que declara fundada la demanda.

Para hacer frente a esta situación, algunos ordenamientos establecen la obligación de que toda autoridad o persona que no cumpla o demore la ejecución de las resoluciones judiciales sea objeto de un proceso penal en el cual se determine su responsabilidad. Esto puede ocurrir para los siguientes casos:

---

[46] El Tribunal Constitucional entendió que el citado artículo 11.º de la ley 23 506 así lo autorizaba. Abad nos recuerda una interpretación diferente, de acuerdo con la cual este artículo permitía la indemnización, pero como una consecuencia del desarrollo del posterior proceso penal. Cf. Samuel Abad Yupanqui: *El proceso constitucional de amparo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 200-201.

a. cuando no se cumple con la orden de la autoridad judicial para presentar a la persona privada de libertad ante las instancias que están conociendo el hábeas corpus o para informar acerca de su situación;
b. cuando no se da cumplimiento a la sentencia de hábeas corpus.

En algunos países se establecen normas de alcance general, aplicables a ambos supuestos. Así ocurre, por ejemplo, en Bolivia, cuyo texto constitucional (artículo 18.º, V) señala que los funcionarios públicos o particulares que resistan las decisiones judiciales emitidas en el marco del hábeas corpus serán remitidos por orden de la autoridad que conoció este proceso "ante el Juez en lo Penal para su juzgamiento como reos de atentado contra las garantías constitucionales". Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de Chile precisa (artículo 317.º *bis*) que la negativa o la demora injustificada de cualquier autoridad en dar cumplimiento a las órdenes dictadas por la autoridad judicial competente en el conocimiento de un hábeas corpus someterán al culpable a las penas determinadas en el Código Penal respecto a los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución.

En otros países, las normas sobre este tema sólo han sido previstas para el caso de incumplimiento de la sentencia. Así por ejemplo, en Venezuela, el artículo 30.º de las normas generales sobre el proceso de amparo —aplicables en el caso de la protección de la libertad personal— señala que "quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses". En estos casos, la aplicación de las sanciones respectivas requiere el previo desarrollo de un proceso penal.

Sobre este tema es importante mencionar el caso del Ecuador, donde se establece una sanción de aplicación inmediata cuando no se cumple la orden de exhibición personal o la resolución que ordena poner en libertad al agraviado. En este sentido el artículo 93.º de la Constitución señala que el funcionario o empleado renuente "será inmediatamente destituido de su cargo o empleo sin más trámite". La misma disposición establece que "el funcionario o empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al detenido, podrá reclamar por su destitución ante los órganos competentes de la Función Judicial […]".

En el Perú, el Código Procesal Constitucional (artículo 22.º) establece normas sobre la responsabilidad de aquellas personas que no cumplen las sentencias emitidas en los procesos de tutela de derechos fundamentales. En tales casos, el juez "podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable".[47]

---

[47] La propuesta original del Código contemplaba la posibilidad de ordenar la "prisión civil efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables" de la persona que no cumpliese la sentencia, pero esta medida no fue aprobada por el Congreso. Cf. Samuel Abad (et al.): *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima: Palestra, 2004, p. 21.

Respecto al incumplimiento o la demora de la otras medidas ordenadas en el transcurso del proceso, el Código no contempla una norma específica para el caso del hábeas corpus, aunque podría ser de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 53.º, referido al proceso de amparo, en el cual se señala que "los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio o se asimilen a cualesquiera de los casos previstos en el artículo 112.º del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal", lo cual no excluye "la responsabilidad, penal o administrativa que pudiere derivarse del mismo acto".[48]

4.10. Responsabilidad del juez

Tema aparte es el de la responsabilidad de la autoridad judicial ante la cual se presenta el hábeas corpus y que no cumple con los plazos o los trámites previstos para este proceso. Por lo general, este tipo de conducta origina que se adopten medidas disciplinarias. Por ejemplo, el texto constitucional de Bolivia (artículo 18.º, VI) señala que la autoridad judicial que no proceda conforme a las normas constitucionales sobre el hábeas corpus quedará sujeta a sanción disciplinaria por parte del Consejo de la Judicatura, y corresponderá a la ley precisar esta materia. Asimismo, en Venezuela, el artículo 34.º de la legislación aplicable al amparo de la libertad califica como "falta grave al cumplimiento de sus obligaciones la inobservancia, por parte de los jueces, de los lapsos establecidos en [la] ley para conocer y decidir sobre las solicitudes de amparo".

En el caso peruano, el Código Procesal Constitucional (artículo 13.º) establece que la responsabilidad de los jueces por la defectuosa o tardía tramitación de los procesos constitucionales, "será exigida y sancionada por los órganos competentes". Corresponderá, por lo tanto, aplicar las normas respectivas sobre responsabilidad de las autoridades judiciales por incumplimiento de sus deberes.

5. Instancias de resolución

De acuerdo con el artículo IV del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son de exclusivo conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Veremos a continuación cómo intervienen ambas instituciones en el desarrollo del proceso de hábeas corpus en el Perú, señalando como premisa que todos los casos se inician ante el Poder Judicial y sólo algunos de ellos llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional.

---

[48] El artículo 112.º del Código Procesal Civil establece un conjunto de supuestos que son calificados como actos de temeridad o mala fe. Para efectos del hábeas corpus, de especial interés es el inciso 6.º, que alude a la situación en la cual "por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

5.1. Primera instancia en el Poder Judicial

Para explicar cuáles son los órganos competentes para conocer y resolver en primera instancia las demandas de hábeas corpus se puede acudir a los criterios de materia, territorio, turno y grado.

5.1.1. Competencia por razón de la materia

Por lo general, los órganos jurisdiccionales especializados en materia *penal* son los encargados de conocer y resolver en primera instancia los procesos de hábeas corpus. En el Perú, esta opción continúa siendo la regla general, aunque por un tiempo se asignó competencia sobre este proceso a los denominados juzgados especializados en derecho público, e incluso la justicia militar pudo conocer determinados casos.

5.1.1.1. Órganos especializados en materia penal

Ésta es la opción asumida en el Perú y la más frecuente en el derecho comparado.[49] Se argumenta a su favor que las autoridades penales cuentan con un conocimiento especial de los supuestos de hecho que con más frecuencia atentan contra la libertad individual. Así por ejemplo, las demandas contra resoluciones judiciales de detención preventiva o por exceso del plazo de detención constituyen situaciones frecuentes en las que se suele acudir al proceso de hábeas corpus. Nadie mejor preparado para analizar este tipo de situaciones que los jueces penales. Sobre este tema, el Código Procesal Constitucional señala (artículo 28.º):

> La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal […].

Aunque no se ha previsto que se pueda presentar una demanda de hábeas corpus ante los jueces de paz, el Código reitera la posibilidad de que éstos puedan intervenir para resolver un caso concreto, que también estuvo contemplada en la legislación anterior (ley 23 506, artículo 17.º). En este sentido el artículo 29.º señala:

> Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda este dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en el que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

Debemos en esta sección recordar que durante el gobierno del ex presidente Fujimori se le asignó a la justicia militar competencia para conocer determinadas demandas de hábeas corpus, lo cual era contrario a la Constitución, que de acuerdo con

---

[49] Así por ejemplo, Colombia y Venezuela establecen que el hábeas corpus es conocido de forma exclusiva por autoridades jurisdiccionales especializadas en materia penal.

el artículo 173.º consagra a los tribunales miliares como órganos jurisdiccionales excepcionales, responsables del juzgamiento de integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional por delitos de función, sin que sus competencias puedan ser ampliadas a otro tipo de procesos, como los constitucionales.[50] Es importante que esto no se repita.

5.1.1.2. Órganos especializados en materia constitucional

El texto original de la anterior legislación sobre hábeas corpus estableció la competencia de los juzgados penales respecto a este proceso. Sin embargo, para el caso específico de los distritos judiciales de Lima y Callao se crearon juzgados especializados en derecho público, los que tuvieron competencia para conocer demandas de hábeas corpus. Si bien el origen de estos juzgados se dio mediante resoluciones administrativas del Poder Judicial, posteriormente su creación fue confirmada a través del decreto legislativo 900, publicado el 29 de mayo de 1998, que modificó el texto original del artículo 15.º de la ley 23 506, de la siguiente manera:

> En la capital de la República y la Provincia Constitucional del Callao, es competente para conocer de la acción de Hábeas Corpus, el Juez Especializado de Derecho Público. En los demás Distritos Judiciales, son competentes los Jueces Especializados Penales y, en su caso, el Juez Mixto, designados en ambos casos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El decreto legislativo 900 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo. Aparte de declarar su inconstitucionalidad por razones de forma, pues la competencia en materia de procesos constitucionales sólo puede ser regulada por ley orgánica, el Tribunal también se pronunció sobre aspectos de fondo. En términos generales señaló:[51]

- En la regulación de los procesos constitucionales "debe existir un criterio uniforme para la tramitación de las acciones de hábeas corpus y amparo en todo el territorio de la República". Esto lo señaló el Tribunal pues el decreto legislativo 900 estableció un tratamiento diferenciado para Lima y la provin-

---

[50] El artículo 5.º del decreto legislativo 895 (Ley contra el Terrorismo Agravado), publicado el 23 de mayo de 1998, establecía: "En este delito la acción de Hábeas Corpus se interpondrá únicamente ante cualquier Juez Instructor Militar, cuyo trámite se regirá por la normatividad vigente". Esta norma fue modificada por la ley 27 235 (artículo 2.º), publicada el 20 de diciembre de 1999, en la que se señaló que "la acción de hábeas corpus en los delitos de terrorismo especial, se interpondrá de acuerdo con las normas generales de la materia". Debe recordarse que a partir de la vigencia de esta ley la denominación *terrorismo agravado* fue sustituida por la de *terrorismo especial*. La ley 27 235 ha sido derogada por el Código Procesal Constitucional (primera disposición transitoria y derogatoria, inciso 13). De otro lado, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las normas sobre "terrorismo especial" mediante la sentencia del expediente 005-2001-I/TC, publicada el 17 de noviembre del 2001.

[51] Sentencia del expediente 004-2001-I/TC, publicada el 27 de diciembre del 2001.

cia constitucional del Callao, respecto a los demás distritos judiciales. En ambos distritos, las demandas respectivas sólo podían ser interpuestas ante dos juzgados especializados en derecho público. En los otros distritos, los hábeas corpus se podían presentar ante cualquier juez penal.

- La norma impugnada "limitaba indebidamente a *dos jueces* el conocimiento de los procesos de hábeas corpus y amparo […] lo cual dilataba innecesariamente un proceso —al circunscribirlo a dos jueces en Lima y Callao—, que, por la naturaleza de los derechos protegidos, es sumarísimo y deberá sustanciarse ante cualquier juez competente".[52]

Si bien el Código Procesal Constitucional opta por la creación progresiva de juzgados especializados en procesos constitucionales (tercera disposición final), hace la salvedad de que no podrán considerarse como parte de sus competencias los procesos de hábeas corpus, los cuales podrán iniciarse ante cualquier juez penal.

5.1.2. Competencia por razón del territorio

El Código no hace referencia al criterio del territorio en la norma específica que regula la competencia en los procesos de hábeas corpus (artículo 28.º), pero éste aparece en el artículo 12.º, sobre el tema del turno, el cual señala:

> El inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno en cada distrito judicial, salvo en los procesos de hábeas corpus en donde es competente cualquier juez penal *de la localidad*.[53]

El artículo 15.º de la legislación anterior (ley 23 506) señalaba que la demanda podía interponerse ante cualquier juez penal "del lugar donde se encuentra el detenido o el del lugar donde se haya ejecutado la medida o el del lugar donde se haya dictado". Como se aprecia, existían varias alternativas, tomando en cuenta que la orden de detención, su ejecución y el paradero de la persona privada de libertad no necesariamente coinciden en un mismo lugar.

El Código no contiene una norma similar, lo que resulta extraño si tomamos en cuenta que en el caso del proceso de amparo se establece que la demanda respectiva puede presentarse ante el juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde se domicilia el autor de la infracción (artículo 51.º).

Quizá una de las razones del cambio haya sido que los jueces que resuelven los hábeas corpus deben estar en posibilidad de llevar a cabo acciones inmediatas orientadas a constatar la situación de la persona cuyos derechos se han visto afectados. En este sentido, si la orden de detención se dio en Lima pero la persona está detenida en

---

[52] Cursivas añadidas.
[53] Cursivas añadidas.

Arequipa, resulta difícil que un juez de la capital adopte medidas eficaces para el caso concreto.[54]

De cualquier forma, la norma anterior ofrecía mayores alternativas, cuya elección quedaba en manos de la persona que presentaba la demanda. La mención que hace el Código al juez "de la localidad" lleva a dudas sobre si la opción por alguna de las alternativas anteriores resulta correcta, lo que podría generar problemas respecto al tema de la competencia.

5.1.3. Competencia por razón del turno

Comenta Castañeda que, a pesar de que la legislación anterior estableció que para determinar la competencia de los jueces en materia de hábeas corpus no era necesario observar los turnos, los alcances de esta medida no se concretaron, pues en la práctica sí se estableció un sistema de turnos.[55]

El Código Procesal Constitucional señala al respecto que la demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier juez penal, "sin observar turnos" (artículo 28.º). El artículo 12.º reitera esta precisión.[56]

5.1.4. Competencia por razón del grado

En el Perú, la opción asumida ha sido la de otorgar la competencia para conocer las demandas de hábeas corpus a los juzgados de primera instancia especializados en materia penal, es decir, a órganos jurisdiccionales unipersonales.[57]

El argumento central para negar la posibilidad de que un órgano judicial *colegiado*, como las cortes superiores, conozca en primera instancia los procesos de hábeas corpus radica en que, en caso de asumirse esta opción, sería difícil cumplir con las características esenciales de esta institución: brevedad, sencillez y efectividad.

---

[54] Un caso interesante ocurrió en el hábeas corpus presentado a favor de 34 reclusos que fueron trasladados del establecimiento penal de Yanamayo (Puno) al de Challapalca (Tacna), pues la demanda fue interpuesta ante el Tercer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima, el cual comisionó a un juez para que verificara las condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad. Cf. sentencia del expediente1429-2002-HC/TC (caso *Juan Islas Trinidad y otros*), del 19 de noviembre del 2002 y publicada el 11 de febrero del 2003.

[55] Susana Castañeda Otsu: "El proceso de hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional", en *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima: Jurista, 2005, p. 109.

[56] El artículo 12.º señala: "El inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno en cada distrito judicial, *salvo en los procesos de hábeas corpus* en donde es competente cualquier juez penal de la localidad" (cursivas añadidas).

[57] La legislación anterior señalaba que los hábeas corpus contra resoluciones judiciales se presentaban ante las cortes superiores, las cuales derivaban el caso a un juzgado para su trámite y resolución. El Código ha dejado de lado esta opción.

5.2. Segunda instancia en el Poder Judicial

En el Perú, las cortes superiores actúan como segunda instancia en los procesos de hábeas corpus, siempre que se presente el respectivo recurso contra la sentencia de primera instancia. Si la resolución judicial de las cortes resulta favorable al demandante, el proceso de hábeas corpus culmina y no cabe la posibilidad de interponer recurso alguno contra esta decisión.

El Código aborda en el artículo 35.º el tema de la apelación[58] y en el 36.º su trámite.[59]

Es importante señalar que en el derecho comparado no existe una legislación uniforme en cuanto a los órganos competentes para conocer el proceso de hábeas corpus en segunda instancia. Así por ejemplo, en Bolivia, una vez resuelto el proceso de hábeas corpus en primera instancia, el expediente sube obligatoriamente en revisión al Tribunal Constitucional. La revisión ante el Tribunal no suspende la ejecución del fallo. Por su parte, en Chile, la segunda instancia en los procesos de hábeas corpus corresponde a la Corte Suprema, siempre y cuando se presente el recurso de impugnación correspondiente. La apelación respectiva sólo será en efecto devolutivo cuando la sentencia de primera instancia haya sido favorable al demandante.[60]

5.3. Intervención de la Corte Suprema

En el Perú, la Corte Suprema no tiene competencia en los procesos de hábeas corpus. Sin embargo, en la anterior legislación estuvo prevista su intervención (ley 23 506, artículos 21.º y 22.º),[61] la cual duró hasta 1995, cuando fue aprobada la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ley 26 435), cuya cuarta disposición transitoria estableció este cambio.[62]

---

[58] Artículo 35.º: "Sólo es apelable la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para apelar es de dos días".

[59] Artículo 36.º: "Interpuesta la apelación el Juez elevará en el día los autos al Superior, quien resolverá el proceso en el plazo de cinco días bajo responsabilidad. A la vista de la causa los abogados podrán informar".

[60] Sobre estas opciones en el derecho comparado se puede consultar nuestro trabajo *Los procesos de amparo y hábeas corpus. Un análisis comparado*, serie Lecturas sobre Temas Constitucionales n.º 14, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000, pp. 160-161.

[61] El artículo 21.º señalaba: "El plazo para interponer el recurso de nulidad es de dos días hábiles de notificado el fallo de la Corte Superior y sólo procede contra la denegación del hábeas corpus". Por su parte, el artículo 22.º señalaba: "La Sala Penal de la Corte Suprema citará para la vista del recurso de nulidad dentro de los dos días hábiles siguientes de recibidos los autos y escuchará los informes del Procurador General de la República, de ser el caso, del actor y sus defensores. El plazo para la vista y su resolución no podrá ser por ningún motivo mayor de cinco días hábiles, bajo responsabilidad".

[62] La Cuarta Disposición Transitoria señaló, en su inciso 2.º: "La Corte Superior conoce los procesos de garantía en segunda y *última instancia*, en vía de apelación. Contra la resolución denegatoria que ésta expide procede el recurso extraordinario (ante el Tribunal Constitucional)" (cursivas añadidas).

5.4. Intervención del Tribunal Constitucional

En el Perú, el Tribunal Constitucional solamente interviene cuando una demanda de hábeas corpus ha recibido una respuesta negativa en el Poder Judicial y se ha presentado el respectivo recurso para que el caso suba a conocimiento del Tribunal, denominado por el Código Procesal Constitucional como *recurso de agravio constitucional* (artículo 18.º).

Es interesante anotar que en el derecho comparado la intervención de los tribunales o cortes constitucionales en los procesos de hábeas corpus no es uniforme. En el caso de la región andina, el siguiente cuadro resulta ilustrativo:

Bolivia	El Tribunal Constitucional revisa *todas* las resoluciones de hábeas corpus adoptadas por el Poder Judicial.
Chile	El Tribunal Constitucional no interviene en el proceso de hábeas corpus.
Colombia	La Corte Constitucional no interviene en el proceso de hábeas corpus.
Perú	El Tribunal Constitucional revisa las resoluciones adoptadas por el Poder Judicial que denieguen el hábeas corpus y contra las cuales se presente el respectivo recurso de impugnación.

Como se aprecia, no todos los países que cuentan con un Tribunal Constitucional han previsto la participación de esta institución en el desarrollo del proceso de hábeas corpus, como en Chile y Colombia.[63] En aquellos países que sí han previsto su intervención, esta institución revisa todas o sólo algunas de las resoluciones emitidas por el Poder Judicial, como última y definitiva instancia.

5.4.1. Intervención del Tribunal Constitucional en todos *los procesos de hábeas corpus*

Éste es el caso de Bolivia, donde el Tribunal Constitucional recibe para su revisión todas las resoluciones sobre hábeas corpus expedidas por el Poder Judicial, hayan sido estimadas o denegadas. Así lo establece el artículo 120.º, inciso 7.º, de la Constitución. Como desarrollo de esta disposición, la ley del Tribunal Constitucional de este país (ley 1836) señala:

[63] En el caso de Chile, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia tenga competencia en torno a este proceso deja abierta la posibilidad de contar con una jurisprudencia uniforme de alcance nacional sobre sus características y ámbito de aplicación. Situación contraria ocurre en Colombia, donde no existe posibilidad de contar con una instancia que uniformice los criterios de interpretación sobre el hábeas corpus, pues no se ha previsto la presencia de un órgano con jurisdicción a nivel nacional que tenga competencia en relación con este proceso.

> Artículo 93.º. Revisión de sentencia: La sentencia pronunciada en el recurso (de hábeas corpus) se elevará de oficio en revisión, ante el Tribunal Constitucional en el plazo de veinticuatro horas, sin que por tal motivo se suspenda la ejecución inmediata del fallo, bajo responsabilidad.

Esta opción ha sido muy criticada, pues da lugar a una considerable carga procesal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha realizado todos sus esfuerzos por evitar la demora en pronunciarse sobre estos casos.

5.4.2. Intervención del Tribunal Constitucional en algunos *procesos de hábeas corpus*

Esta situación se presenta en el Perú, pues, según el artículo 202.º, inciso 2.º, de la Constitución, el Tribunal Constitucional sólo tiene competencia para "conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones *denegatorias* de hábeas corpus […]".[64] Pero además, no conoce todas las resoluciones denegatorias, sino sólo aquellas contra las cuales se presente el denominado *recurso de agravio constitucional* (Código Procesal Constitucional, artículo 18.º).[65]

Los hábeas corpus son resueltos por las Salas del Tribunal, integradas por tres magistrados. Si en una Sala no se alcanzan los tres votos necesarios para emitir sentencia, se convoca de forma progresiva a los integrantes de la otra.[66] Sólo si se va a establecer o modificar un precedente el caso es resuelto por el Pleno.[67]

5.4.3. Una opción interesante: la selección por el Tribunal de los casos que justifiquen un pronunciamiento

La opción asumida por la Constitución de 1993 respecto a las competencias del Tribunal Constitucional en materia de procesos de tutela de derechos fundamentales

---

[64] Cursivas añadidas.

[65] Contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede el recurso de queja, regulado en el artículo 19.º del Código y el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (título VIII, artículos 54.º al 56.º).

[66] El artículo 5.º de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ley 28 301) establece: "Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

" En caso de no reunirse el número de votos requeridos cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16 de esta ley, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia se llama a los miembros de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal".

[67] El artículo 13.º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional establece: "[Todos los procesos que,] al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente deben ser vistos por el Pleno, en cuyos casos se requiere cinco votos conforme".

ha sido objeto de críticas, pues impide en muchos casos uniformizar criterios jurisprudenciales. Recordemos que, si el recurso de agravio constitucional no se interpone, el Tribunal Constitucional no tiene posibilidad de conocer, bajo ninguna forma, la sentencia denegatoria de hábeas corpus emitida por el Poder Judicial. Asimismo, tampoco puede conocer aquellos casos en que la pretensión ha sido acogida. Esto puede dar lugar a que en determinados temas de importancia el Tribunal no pueda pronunciarse sobre el acierto o el error de la decisión judicial. Así por ejemplo, si el Tribunal se pronuncia sobre un caso determinado declarando infundada la demanda, estableciendo un precedente importante, pero casos similares son resueltos en un sentido diferente por el Poder Judicial, declarando fundadas las demandas, éstos no llegarían a su conocimiento.

Esto justifica replantear el diseño constitucional sobre la competencia del Tribunal Constitucional respecto a este proceso, y también respecto al amparo y el hábeas data. En este sentido, entre las propuestas de reforma constitucional elaboradas por la CERIAJUS se plantea que sea la ley la que determine qué casos serán de conocimiento del Tribunal, el que podrá "escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver".[68]

Esta modalidad de selección discrecional es una opción prevista en otros países, como el caso de Colombia, mediante la cual la misma Corte Constitucional escoge las decisiones del Poder Judicial sobre las cuales considera que debe emitir un pronunciamiento. Si bien esta opción ha sido asumida en este país para el caso del proceso de tutela (equivalente al proceso de amparo peruano), podría ser aplicable en el Perú a todos los procesos de tutela de derechos fundamentales.

5.4.4. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Cuando un caso llega a conocimiento del Tribunal, éste emite un pronunciamiento sobre la decisión adoptada por el Poder Judicial. Sin embargo, puede ocurrir que se haya presentado un vicio en el desarrollo del proceso, situación ante la cual el artículo 20.º del Código establece las siguientes opciones:

> Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo.

---

[68] Mediante ley 28 083, publicada el 4 de octubre del 2003, fue creada la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con la finalidad de elaborar el *Plan nacional de reforma integral de la Administración de Justicia*, el cual fue aprobado el 23 de abril del 2004 y presentado públicamente el 6 de mayo del mismo año. En el Anexo F de este Plan se encuentra una propuesta de reforma parcial de la Constitución de 1993, que incluye una reforma al actual título V ("Garantías constitucionales").

Corresponderá al Tribunal delimitar cuándo se está ante una u otra situación. Sin embargo, es importante señalar que con anterioridad al Código ha establecido una justificación adicional para pronunciarse sobre el fondo del asunto, a pesar de identificarse un problema procesal, cual es la "urgente e inmediata tutela de los derechos constitucionales objeto de reclamación" y "la finalidad de evitar una indebida, prolongada e irreparable afectación al derecho a la libertad individual".[69] También ha establecido esta posibilidad en atención a los principios de economía y celeridad procesal.[70]

6. Reflexiones finales

El proceso constitucional de hábeas corpus constituye un mecanismo destinado a proteger judicialmente la libertad individual y otros derechos constitucionales. Se encuentra reconocido en la Carta Política de 1993 y ha sido objeto de un importante desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Código Procesal Constitucional, vigente desde diciembre del 2004, lo regula desde la perspectiva de la teoría general del proceso y contiene importantes reformas.

Sin embargo, la eficacia del hábeas corpus depende en gran medida de su correcto empleo para hacer frente a situaciones que realmente exijan un pronunciamiento judicial sobre amenazas o violaciones a los derechos fundamentales que protege. Asimismo, los jueces tienen una especial responsabilidad, pues, si bien el Código les otorga diferentes alternativas para actuar y pronunciarse sobre el fondo de la controversia, también presenta algunas omisiones, que no deben impedir el desarrollo de una actividad judicial oportuna para garantizar los derechos invocados en la demanda, en estricta observancia del principio de dirección judicial del proceso. No debe olvidarse que, en el Perú, el hábeas corpus ha atravesado etapas difíciles, como ocurrió en el marco del conflicto armado interno que vivió el país, cuando gran parte del territorio nacional se encontraba bajo estado de emergencia, y este proceso no logró ser efectivo para proteger la libertad individual ante casos de detención arbitraria o desaparición forzada.

En cuanto a las instancias de resolución, urge revisar la norma constitucional que limita la actividad del Tribunal Constitucional al conocimiento de sólo algunos casos de hábeas corpus. La propuesta para que pueda seleccionar las decisiones que a su consideración merezcan un pronunciamiento, basada en el derecho comparado, debe merecer atención.

---

[69] Cf. sentencias de los expedientes 139-2002-HC/TC (caso *Luis Bedoya de Vivanco*), del 29 de enero del 2002 y publicada el 5 de febrero del 2002, fundamento 3; y, 1312-2002-HC/TC (caso *David Landman Bajtner*), del 9 de julio del 2002 y publicada el 18 de setiembre del 2002.

[70] Sentencia del expediente 808-2003-HC/TC (caso *Ángel Mamani Huaracallo*), del 24 de abril del 2003 y publicada el 18 de junio del 2003, fundamento 1.

El Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo tanto, contribuyen a fortalecer la protección judicial de los derechos fundamentales. Pero debemos estar atentos no sólo a que esta protección judicial se mantenga, sino a que además sea cada vez mayor y mejor, para lo que quedan aún varios retos pendientes.

III. Derecho de la integración

- *Wilfrido Fernández (Paraguay)*
  El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur

- *Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay)*
  Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

- *Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay)*
  Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes

- *Ricardo Vigil Toledo (Perú)*
  El Tribunal de Justicia Permanente de la Comunidad Andina y el Mercosur

- *Mario J. Filadoro (Argentina)*
  Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica

- *Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)*
  Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano)

- *Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)*
  Las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida

Wilfrido Fernández (Paraguay) *

El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur

1. Introducción

El Mercosur como proceso de integración se halla a la fecha estructurado como una unión aduanera imperfecta. Como se sabe, los cuatro grados tradicionales posibles de integración son los siguientes:

a. área de libre comercio;
b. unión aduanera;
c. mercado común;
d. unión económica.

Es obvio que uno de los déficit que arrastra el Mercosur es la carencia de una institucionalidad desarrollada, lo cual también se percibe en cuanto a mecanismos de solución de *disputas* se refiere. Históricamente tal tema en particular en gran medida había sido pospuesto, contribuyendo ello a la tan acertada crítica precedentemente mencionada. Una mera comparación superficial con los diferentes procesos de integración y a la luz del derecho comparado hacía en realidad indubitable tal apreciación. En efecto, el proceso de integración europeo en cuanto a solución de disputas se refiere ya contaba hace décadas con un Tribunal Comunitario, de orden totalmente supranacional y cuyo desarrollo ya lo ha llevado a tener dos instancias (una tercera instancia se halla en vías de ser instaurada para dos áreas: derecho funcionarial y propiedad intelectual). A su vez, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que también a la fecha opera con estructura totalmente supranacional dentro de tal proce-

---

* Árbitro titular del Tribunal Permanente de Revisión, Tribunal Arbitral del Mercosur. Las opiniones vertidas en este artículo son a título personal y no reflejan necesariamente la posición de dicho ente. <w.fernandez@zafer.com.py>

so de integración, con sus luces y sombras supera con creces el proceso mercosureño. Al menos en cuanto a desarrollo institucional se refiere, aventajaba en demasía a nuestro Mercosur en tal aspecto. Por otro lado, en cuanto al proceso de integración centroamericano, la Corte Centroamericana de Justicia, si bien a la fecha es operativa sólo en cuanto a tres países se refiere (El Salvador, Honduras y Nicaragua), ya había sido establecida en forma permanente con el Protocolo de Tegucigalpa, en 1991. Inclusive el proceso de integración caribeño se hallaba bastante avanzado en lo que a este aspecto se refiere, con la estructuración y el posterior plan de desarrollo de la Corte Caribeña de Justicia.

2. La nueva estructura normativa del Tribunal Arbitral del Mercosur: Protocolo de Olivos. Reglamentos

En cuanto a mecanismos de solución de disputas se refiere, con lo único que contaba el Mercosur hasta la entrada en vigencia del Protocolo de Olivos, y como consecuencia de lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia, era un rudimentario sistema de arbitraje *ad hoc*, cuya insuficiencia para un proceso de integración era obvia. Recordemos que el Tratado de Asunción, de 1991, sólo establecía como régimen de solución de controversias para la primera etapa del Mercosur un sistema de negociaciones directas y la intervención del Grupo Mercado Común y del Consejo Mercado Común. Es más, el Protocolo de Brasilia[1] no fue reglamentado hasta 1998, precisamente como consecuencia directa de las graves necesidades que se detectaron en las primeras controversias, las cuales datan de 1997. A su vez, el Protocolo de Ouro Preto[2] sólo había creado un procedimiento general que abarcaba lo atingente a reclamos ante la Comisión de Comercio del Mercosur. El Protocolo de Olivos, que entró en vigencia el 2 de enero de 2004, ha definido un nuevo sistema arbitral, más desarrollado, mejor estructurado y ya en gran medida permanente, como se verá más adelante. Si bien se han mantenido en suma los citados tribunales *ad hoc*, pero ya mejor estructurados, remarcablemente el Protocolo de Olivos sin embargo da un paso fundamental con la creación de una estructura permanente arbitral y en especial con la constitución del llamado *Tribunal Permanente de Revisión*, con varias funciones que exceden la de mero órgano revisor de segunda instancia, ya que inclusive puede actuar como instancia única, según sea el caso.

El Protocolo de Olivos introduce así un grado permanente de institucionalidad en cuanto se refiere al proceso de solución de disputas dentro del Mercosur. A continuación reseñamos brevemente las características más resaltantes de la estructura actual del nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur:

---

[1] El Protocolo de Brasilia, fue aprobado en 1991 y entró en vigencia el 22 de abril de 1993.

[2] El Protocolo de Ouro Preto fue aprobado el 17 de diciembre de 1994 y entró en vigencia el 15 de diciembre de 1995.

3. Tribunales *ad hoc*[3]

Éstos operan en disputas atingentes al *derecho de integración mercosureño* mediante la constitución de un panel arbitral compuesto de tres árbitros. Actualmente existen doce árbitros *ad hoc* designados por cada país y así mismo cuatro terceros árbitros igualmente designados por cada país. Ejemplificamos una simple hipótesis operativa de este tribunal. Si surgiere una disputa entre el Brasil y la Argentina, el panel arbitral deberá integrarse por un árbitro brasilero y otro árbitro argentino. El panel arbitral debe estar presidido por un tercer árbitro proveniente de las listas de terceros árbitros de los dos países no involucrados en la disputa.

4. Tribunal Permanente de Revisión[4]

A nuestro criterio, la novedad más significativa dentro del análisis que estamos haciendo es que el Tribunal Permanente de Revisión está conformado por un árbitro designado en forma permanente por cada país y un quinto árbitro, también permanente, que sólo puede ser electo por consenso o por sorteo. En esta oportunidad inicial ha recaído por consenso la designación de quinto árbitro en la persona del ex canciller paraguayo Prof. Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli. Por la República Argentina fue designado el Prof. Dr. Nicolás Becerra; por la República Federativa del Brasil, el Prof. Dr. João Grandino Rodas; por la República Oriental del Uruguay, el Prof. Dr. Roberto Puceiro, y por la República del Paraguay fue designado quien redacta estas líneas. Como árbitros suplentes de esta instancia han sido designados los siguientes juristas: Dra. Susana Czar de Zalduendo (Argentina), Dra. Nadia de Araujo (Brasil), Dr. Ricardo Olivera (Uruguay) y Dr. Hugo Estigarribia Gutiérrez (Paraguay).

5. Contenido normativo

Además del Protocolo de Olivos, el actual contenido normativo del mecanismo de solución de disputas mercosureño está dado por el llamado Reglamento del Protocolo de Olivos[5] y así mismo por el Reglamento para Casos Excepcionales de Urgencia.[6] Actualmente se encuentra en elaboración el reglamento interno de procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión. En particular, la figura de los casos excepcionales de urgencia, como se verá más adelante, es digna de un comentario especial.

---

[3] Artículo 10 y siguientes del Protocolo de Olivos.

[4] Artículo 17 y siguientes del Protocolo de Olivos.

[5] El Reglamento del Protocolo de Olivos, fue aprobado por la decisión del CMC 37/03.

[6] El Reglamento para casos excepcionales de urgencia fue aprobado por la decisión del CMC 23/04.

6. Primer mecanismo preliminar obligatorio: negociaciones directas[7]

El Protocolo de Olivos establece esta fase preliminar obligatoria. Vale decir, que la instancia arbitral jamás puede iniciarse sin un previo mecanismo obligatorio de negociaciones directas, cuyo plazo nunca podrá exceder, salvo acuerdo de partes, los quince días, que se computan a partir de la fecha en que una de las partes le comunica a la otra la decisión de iniciar la controversia.

7. Segundo mecanismo opcional de solución de disputas: conciliación ante el Grupo Mercado Común (GMC)[8]

Ahora es sólo opcional y anteriormente fase obligatoria. Éste es un procedimiento en realidad de conciliación. El plazo para el pronunciamiento del GMC es de treinta días a partir de la fecha de la reunión en que la controversia fue sometida a su consideración. Cuando fuere considerado necesario, el GMC podrá requerir el asesoramiento de la lista de expertos conforme a lo normado en el mismo Protocolo de Olivos. Las atribuciones conciliatorias de parte del GMC se agotan en recomendaciones, que en lo posible deberán ser expresas y detalladas con el objetivo de que, en caso de ser acatadas, culminen en la eventual solución de la disputa.

8. Tercer mecanismo de solución de disputas: obligatorio, procedimiento arbitral[9]

8.1. Procedimiento arbitral ad hoc

Ya figuraba en el Protocolo de Brasilia. Ahora el Protocolo de Olivos, como se ha comentado, lo estructura con un mejor grado de institucionalidad. Esta instancia arbitral se debe sustanciar como regla general ante un tribunal *ad hoc* compuesto por tres árbitros. El tercer árbitro, que es el que preside el Tribunal, como regla general se designa de común acuerdo entre los Estados partes de la controversia. Cuando no exista acuerdo para elegir al tercer árbitro, en este caso la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), con sede actual en Montevideo, tiene la facultad de designarlo por sorteo. La designación arbitral para el caso específico debe ser realizada por la Secretaría Administrativa del Mercosur. El presidente y su suplente no pueden ser nacionales de los Estados partes de la controversia.

---

[7] Artículo 4 y 5 del Protocolo de Olivos.
[8] Artículo 6, 7 y 8 del Protocolo de Olivos.
[9] Artículo 9 y siguientes del Protocolo de Olivos.

8.2. Tribunal Permanente de Revisión

Ya se ha mencionado que ésta es la novedad medular que nos trae el Protocolo de Olivos. Son varias las funciones más trascendentales a su cargo:

Primera función: Función de revisión en cuanto a cuestiones de derecho emergentes de los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc*. Consecuentemente, los eventuales laudos *ex aequo et bono* no son susceptibles del recurso de revisión.

Segunda función: Actuación arbitral como única instancia. Se incluye esta alternativa, mediante la cual las partes en controversia, de común acuerdo, pueden prever someterse a esta instancia única arbitral, dejando de lado el tribunal *ad hoc*. Se recalca que esta alternativa sólo opera mediando consenso entre las partes mencionadas en la disputa.

Tercera función: Actuación como única instancia cuando se inicia un procedimiento de los ahora llamados *casos excepcionales de urgencia*, que tienen un reglamento especial.

Cuarta función: Instancia única para atender las ahora llamadas *opiniones consultivas*.

8.3. Modalidades de operatividad[10]

El Tribunal Permanente de Revisión, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, que siempre operan con tres árbitros para un caso en particular, tiene una dualidad operativa, según sea el caso: con tres y cinco árbitros respectivamente. Se constituye con tres árbitros para una controversia específica que involucre a dos Estados partes, y a su vez opera con la totalidad de los cinco árbitros cuando la controversia incluye a más de dos Estados partes. Cuando opera con tres árbitros, dos deberán ser nacionales de cada uno de los Estados partes y el tercero se designa por sorteo entre los árbitros permanentes que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia.

9. Medidas provisionales[11]

En realidad, el Protocolo de Olivos adopta esta denominación para lo que se conoce como *medidas cautelares*. Generalmente los tribunales arbitrales, especialmente los de derecho privado, no tienen *imperium* para decretar medidas cautelares, sino para peticionar a las autoridades judiciales pertinentes el decreto de tales medidas. No obstante, dada la naturaleza del Tribunal Arbitral del Mercosur de ser un tribunal internacional de derecho público, de carácter interestatal aunque todavía no supranacional, tanto los tribunales arbitrales *ad hoc* como el Tribunal Permanente de

---

[10] Artículo 20 del Protocolo de Olivos.

[11] Artículo 15 del Protocolo de Olivos.

Revisión tienen potestad para decretar medidas cautelares directamente en las controversias en disputas, independientemente de toda ayuda jurisdiccional que le pudieren prestar los órganos jurisdiccionales judiciales competentes de cada uno de los países miembros del Mercosur. Ello constituye un gran avance en la institucionalidad actual del Mercosur. Del examen normativo actual se desprende no obstante a nuestro entender que tales medidas cautelares sólo pueden ser decretadas a pedido de parte. Por lo demás, no se tiene ninguna valla normativa para decretar cualquier tipo de medidas cautelares que fueren aplicadas al caso.

10. Casos excepcionales de urgencia[12]

Esta figura constituye también otra novedad. Se trata en realidad de una figura intermedia entre medidas cautelares y acciones de fondo. Posee un Reglamento especial. El Protocolo de Olivos sólo cita a esta figura estableciendo un requisito: la posibilidad del acaecimiento de un daño irreparable a una de las partes. Es el Reglamento específico para estos casos el que en realidad desarrolla el concepto. Efectivamente el Reglamento estipula cuatro requisitos básicos para la procedencia de tal procedimiento.[13] Estos requisitos deben operar conjuntamente:

I. En cuanto a naturaleza de los bienes, se establece una doble posibilidad fáctica:
   a. Que la cuestión verse sobre bienes perecederos o estacionales, o aquellos que por su naturaleza y características propias pudieren perder sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve periodo, cuando fueren retenidos injustificadamente en el territorio del país reclamado. Se nos ocurre, por ejemplo, una hipótesis de disputa aduanera en la cual inicialmente las autoridades aduaneras de un país hayan retenido mercaderías constituidas exclusivamente por frutas estacionales.
   b. Bienes que estuviesen destinados a cubrir demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado parte importador. Aquí se nos ocurre otra disputa de orden aduanero, en la cual haya acaecido una retención, supuestamente indebida, de productos medicinales destinados a combatir una gran epidemia de una enfermedad letal.

II. Que la situación se hubiere originado a raíz de acciones o medidas a cargo de un Estado parte que violan o incumplen la normativa mercosureña vigente. Es decir, existe una doble posibilidad jurídica: violación de la normativa mercosureña o incumplimiento de ésta.

---

[12] Artículo 24 del Protocolo de Olivos.

[13] Artículo 2 del Reglamento para atender casos excepcionales de urgencia.

III. Que precisamente tales acciones o medidas puedan ocasionar daños graves o irreparables (éste es el único concepto ya mencionado en el Protocolo de Olivos). Lo que se exige entonces no es el acaecimiento de un daño muy importante (por ser grave o por ser irreparable), sino la posibilidad o la inminencia de que ello acaezca. Este requisito se parece doctrinariamente al del peligro en la demora, en cuanto a medidas cautelares, en nuestros regímenes jurídicos en general.
IV. Un último requisito referente a litis pendencia: vale decir que las acciones o medidas cuestionadas no se encuentren ya como objeto de una controversia en tramitación, ello obviamente entre las mismas partes involucradas.

Los plazos procesales son muy breves y vale la pena resaltar tres posibles situaciones:

a. Cuando el TPR desestimare una petición de medida de urgencia, ya el peticionante queda vedado de pedir cualquier otra medida vinculada al mismo objeto.
b. Cuando la medida fuere desestimada en razón del no cumplimiento vinculado a la cuestión de la naturaleza de los bienes y/o a la posibilidad de acaecimiento de daño grave e irreparable, ello no veda al peticionante el poder iniciar un procedimiento de solución de controversia de plena conformidad con el Protocolo de Olivos. Vale decir, negociaciones directas previamente seguidas de un procedimiento opcional de conciliación ante el GMC y luego, ulteriormente, la instancia arbitral propiamente dicha.
c. Cuando se desestimare una petición de medida de urgencia con la argumentación de la inexistencia de una violación normativa mercosureña —vale decir, un fallo negativo que aduzca ya como cuestión de fondo la ausencia de violación normativa—, el peticionante queda impedido de iniciar un procedimiento de solución de controversias sobre tal objeto o cuestión.

Finalmente se destaca que este tipo de procedimientos de casos excepcionales de urgencia debe tramitarse exclusivamente ante el Tribunal Permanente de Revisión y claramente no se requiere ningún consenso al respecto.

Asimismo, se destaca que tampoco la nueva normativa impone ninguna delimitación o valla específica a lo que pueda entenderse como *medidas de urgencia*, por lo que el desarrollo de tal concepto queda entonces a cargo de la doctrina y la jurisprudencia.

11. Medidas compensatorias[14]

El Protocolo de Olivos también establece la posibilidad de implementar este concepto, precisamente en el caso de que un Estado parte en una controversia resulte afectado por el incumplimiento de otro Estado parte con relación a un laudo arbitral. En tal caso, el Estado parte supuestamente afectado por el incumplimiento tiene la facultad de decretar medidas compensatorias temporarias durante el plazo de un año (suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes).

Es importante destacar que las medidas compensatorias, las cuales siempre pueden ser adoptadas unilateralmente, si bien son de naturaleza temporaria, no eximen al Estado parte en cuestión de su obligación de cumplir el laudo. A su vez, la facultad de cuestionar medidas compensatorias adoptadas por un Estado parte está también normada. Así mismo, la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas también es un principio normativo expresamente adoptado. En tal sentido, el Estado parte que toma la iniciativa de aplicar tales medidas compensatorias tiene la obligación de proporcionar al tribunal, cuando éste deba pronunciarse sobre el tema, toda la información bien detallada referida al caso, que fundamente con claridad el respeto que se hubiere seguido a este principio de proporcionalidad. Por otro lado, para justificar la aplicación de medidas compensatorias en un sector diferente del atingente a la disputa en cuestión, el Estado parte decretante de tales medidas debe proporcionar al tribunal datos que fehacientemente permitan documentar cualquiera de estas dos hipótesis: la impracticabilidad o la ineficacia de la aplicación de tales medidas en el mismo sector. A nuestro entender resulta criticable la inserción en el Protocolo de Olivos del concepto de *medidas compensatorias* así como quedó estructurado, ya que resulta ajeno a un derecho de integración el autorizar a los Estados partes a hacer justicia por cuenta propia.

12. Derecho aplicable.[15] Ámbito de aplicación del Protocolo[16]

El Tribunal Arbitral del Mercosur, tanto en su instancia de tribunales *ad hoc* como en la instancia del Tribunal Permanente de Revisión, tiene la obligación de laudar aplicando los cuerpos normativos mercosureños, así como el derecho internacional, entendido éste a nuestro juicio en su más vasta concepción. Por cuerpos normativos mercosureños deben entenderse tanto los cuerpos normativos originarios como los derivados (Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, demás protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, decisiones del Consejo del Mercado Común, resoluciones del Grupo Mercado Común y directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur).

---

[14] Artículos 31 y 32 del Protocolo de Olivos.

[15] Artículo 34 del Protocolo de Olivos.

[16] Artículo 1 del Protocolo de Olivos.

A su vez, cabe destacar que ambas instancias tienen también la facultad de decidir la controversia *ex aequo et bono* (en equidad), cuando las partes así lo acuerden. No obstante, en cuanto al Tribunal Permanente de Revisión, existe la necesidad de aclarar que éste puede laudar en equidad cuando actúa sólo como instancia única, ya que cuando actúa como instancia revisora sólo puede revisar cuestiones de derecho y, por ende, lógicamente no puede laudar en equidad en tal hipótesis. Expresamente el Protocolo de Olivos establece además que los laudos de los tribunales *ad hoc*, dictados en equidad, no son pasibles del recurso de revisión.

En tal sentido es dable destacar que, a nuestro entender, la opción de laudar en equidad no resulta coherente al menos *vis à vis* el derecho de integración, dada la naturaleza de éste y en especial su carácter de derecho público. Por lo demás, los tipos de controversia susceptibles de ser entendidos por cualquiera de las instancias arbitrales del Tribunal del Mercosur difieren en su naturaleza de aquellos que pueden ser susceptibles de arbitraje en el área del derecho privado. En suma, no se construye normativa, jurisprudencial ni doctrinariamente, de un derecho de integración laudando en equidad. Por lo demás, no conocemos antecedentes en el derecho comparado en cuanto a la inserción de esta posibilidad en mecanismos de solución de disputas en procesos de integración.

A su vez, el ámbito de aplicación a controversias del Protocolo de Olivos cubre claramente tres hipótesis: a) interpretación, b) aplicación y c) incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, decisiones del Consejo del Mercado Común, resoluciones del Grupo Mercado Común y directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

13. Sede del Tribunal Permanente de Revisión[17]

El Protocolo de Olivos establece la obligatoriedad de la sede del Tribunal Permanente de Revisión en la ciudad de Asunción, como consecuencia de una negociación cuyo resultado final fue el de escoger a un país pequeño del Mercosur, y considerando además que al Uruguay ya se le había otorgado la sede de la Secretaría Administrativa. Asunción pasó a ser entonces, por el Protocolo de Olivos, la capital jurídica del Mercosur. Para ello el gobierno paraguayo ha donado un tradicional edificio de arquitectura colonial, conocido como Villa Rosalba, con el objeto de dotar a este Tribunal de una infraestructura que esté en conformidad con el compromiso y la responsabilidad del caso.

---

[17] Artículo 38 del Protocolo de Olivos.

14. Sujetos con legitimación para ser parte en una controversia

En forma directa lo son solamente los Estados partes.[18] En este sentido, el ensanchar tal escenario ha quedado como evidente asignatura pendiente. En efecto, al contrario de lo ya posible en relación con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Corte Centroamericana de Justicia, en el Mercosur actualmente, a tenor de la normativa vigente, lamentablemente no tienen posibilidades de accionar los entes institucionales componentes del proceso de integración mercosureño, así como tampoco los particulares, al menos en forma directa.

Tales entes no tienen legitimación alguna, y en cuanto a los particulares, su legitimación por ahora ha quedado desgraciadamente limitada a una participación indirecta estructurada de la siguiente forma:[19] los reclamos de los particulares tienen necesariamente que formalizarse inicialmente ante la Sección Nacional del GMC del Estado parte donde tengan su residencia actual o la sede de sus negocios. Cuando tal Sección Nacional admitiere el reclamo, es en realidad ésta la que debe iniciar el procedimiento. Vale decir, en la práctica se subroga en los derechos del particular pertinente, sin perjuicio de que éste pueda participar en el procedimiento. Tal participación del particular reclamante en todo el procedimiento de solución de la controversia en cuestión no ha quedado detallada en los cuerpos normativos comentados, pero a nuestro entender es obvio que queda limitada a un carácter de coadyuvante, en el mejor de los casos.

Al respecto cabe destacar que, particularmente, la Comunidad Andina siempre ha tomado el liderazgo, paradójicamente con mayor alcance sobre este punto que la misma Unión Europea, en el sentido de ensanchar cada vez más la participación directa de los particulares para accionar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En nuestra opinión ése es el camino que debe seguirse, como una manera fundamental de consolidar institucionalmente nuestro proceso de integración, haciendo directamente accesible la justicia comunitaria a los particulares, en su calidad de verdaderos sujetos de la integración y sujetos del derecho de integración. Cabe aclarar, no obstante, que al efecto de opiniones consultivas sí tienen legitimación el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

15. Plazos e idiomas[20]

Todos los plazos que actualmente rigen dentro del procedimiento de solución de disputas del Mercosur son perentorios y de días corridos. Los idiomas oficiales son el español y el portugués.

---

[18] Artículos 1 y 2 del Protocolo de Olivos.
[19] Artículos 39 al 44 del Protocolo de Olivos.
[20] Artículos 48 y 56 del Protocolo de Olivos.

16. Opción de foro[21]

Las cuestiones que estén comprendidas en el ámbito de aplicación del actual sistema de solución de controversias del Mercosur y que pueden también ser sometidas a otros sistemas de solución de controversias, tales como el de la Organización Mundial de Comercio, son susceptibles de la pertinente opción de foro a elección de la parte accionante. Además, el esquema normativo prevé expresamente la hipótesis de la elección de foro mediante el acuerdo común de las partes involucradas. Este sistema de opción de foro tiene una clara limitación: una vez acaecida la elección, ninguna parte involucrada podrá ya recurrir a las opciones restantes.

17. Opiniones consultivas frente a interpretación prejudicial[22]

Como fruto de la negociación que dio origen tanto al Protocolo de Olivos como a los dos reglamentos ya citados, finalmente quedó establecido un tímido sistema de opiniones consultivas. En efecto, en vez de consagrarse un claro sistema de interpretación prejudicial, esencial en todo proceso de integración y crucial para la formación de un derecho de integración y por último de un derecho comunitario, ha quedado estructurado un peculiar sistema rotulado como *de opiniones consultivas*. Jurídicamente, se entiende por *opinión consultiva* la respuesta que da lugar a una pregunta de carácter jurídico, sin que sea vinculante la respuesta ni obligatoria la pregunta en cuanto a su formulación.

En la práctica, la autoridad que conlleva la opinión hace que los órganos que la solicitan, en realidad, se muestren muy poco proclives a apartarse finalmente de aquélla. Así por ejemplo, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas establece que la Corte Internacional de Justicia puede emitir opiniones consultivas atingentes a cualquier cuestión jurídica, a petición de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La Corte Internacional de Justicia, si bien no tiene competencia para emitir una opinión consultiva a petición de uno o más Estados, sí tiene competencia para emitir opiniones consultivas formuladas por los demás órganos del sistema y organismos especializados, cuando ellos estuvieren debidamente autorizados por la Asamblea General para formularlas; éstas deben versar exclusivamente sobre cuestiones jurídicas que se susciten dentro de la esfera de sus actividades. Como se ve, la verdadera opinión consultiva, al contrario de lo que sucede con una sentencia judicial o un laudo arbitral, en verdad no decide con poder vinculante y obligatorio ninguna disputa emergente entre partes. En tal sentido, cabe destacar que, como excepción, en ciertas convenciones internacionales las partes se han comprometido a aceptar

---

[21] Artículo 1.2 del Protocolo de Olivos.
[22] Artículo 3 del Protocolo de Olivos.

como obligatoria una opinión consultiva. Un buen ejemplo es el citado por el eminente jurista chileno Santiago Benadava, cuando alude a la Convención de las Naciones Unidas sobre Privilegios e Inmunidades, de 1946. Conforme a ella, en caso de diferencia entre las Naciones Unidas y un Estado miembro acerca de la interpretación y aplicación de tal Convención, se solicitará a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva. Se deja constancia de que se ha optado por esta vía, ya que las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas carecen del llamado *locus standi*, que es el derecho a ser parte en casos contenciosos ante tal Corte.

A su vez, la interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último interpreta en forma bien objetiva la norma comunitaria, y el primero debe aplicar tal interpretación jurídica al caso que se ventila en el orden interno. El objetivo es sencillamente proteger la aplicación uniforme del derecho comunitario por parte de todos los jueces en el territorio de los países miembros.

En efecto, la responsabilidad del tribunal comunitario en tales casos es la de interpretar jurídicamente la norma comunitaria con exacta apreciación de su alcance, responsabilidad que es diferente de la de aplicar tal norma a los hechos atingentes a un caso especifico, que es responsabilidad exclusiva del juez nacional dentro del marco de su competencia natural. Sin embargo, se entiende actualmente que el tribunal comunitario está facultado para hacer mención de los hechos, cuando ello fuere indispensable al efecto de la interpretación peticionada.

La interpretación prejudicial por su naturaleza es de carácter vinculante y a su vez es obligatorio peticionarla para los jueces nacionales dentro de un proceso de integración, al menos para la última instancia aplicable a cada caso judicial (y voluntaria para las instancias inferiores). La opinión consultiva, aparte de ser un concepto diferente, no es obligatoria ni vinculante.

Hecha esta diferenciación conceptual, lo que finalmente ha quedado establecido en la normativa actual es un tímido procedimiento, no de interpretación prejudicial sino de opinión consultiva, que en realidad no es precisamente característico del derecho de integración. En efecto, de acuerdo con la normativa actual, siempre que hubiere duda acerca del alcance de la interpretación jurídica de una normativa mercosureña, tienen legitimación para solicitar opiniones consultivas:[23]

a. todos los Estados partes del Mercosur conjuntamente (una exigencia de conjunción también absolutamente injustificada y sin parangón alguno en el derecho comparado);
b. órganos con capacidad decisoria del Mercosur (CMC, GMC, CCM);
c. tribunales superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional.

---

[23] Artículos 2, 3 y 4 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

El objeto de las opiniones consultivas está ceñido estrictamente a toda cuestión jurídica vinculada a la normativa mercosureña. En realidad, otro aspecto destacable es que la redacción del Protocolo de Olivos en cuanto a legitimación para solicitar opiniones consultivas de parte de los órganos judiciales nacionales puede lamentablemente interpretarse de dos maneras:[24]

a. que solamente los tribunales superiores, entendidos éstos como la Corte Suprema de cada país, tienen legitimación para solicitar una opinión consultiva;
b. que también pueden hacerlo los tribunales inferiores, pero siempre a través de la Corte Suprema de Justicia de cada país.

Por obvios motivos, la única interpretación coherente con lo que debe ser un proceso de integración y con la finalidad específica de un órgano jurisdiccional dentro de él es la segunda. Por ello nos decidimos enfáticamente por esta segunda posibilidad interpretativa, que felizmente existe. De todas maneras se deja constancia de que el desarrollo de la actual opinión consultiva, que culmine en un futuro cercano en un sistema de interpretación prejudicial bien estructurado, es sin duda alguna la asignatura pendiente más importante dentro del actual sistema de solución de controversias del Mercosur.

Además, ha quedado normado que, al efecto de que este concepto de opinión consultiva de parte de los órganos judiciales pueda ser reglamentado finalmente, debe consultarse a los tribunales superiores de justicia de cada país, proceso que ya se ha iniciado, como así lo demuestra el temario al respecto del II Encuentro de Cortes Supremas de los Estados partes del Mercosur, llevado a cabo del 28 al 30 de noviembre del 2004 en Brasilia. Es dable destacar que las opiniones consultivas son materia de exclusiva competencia del Tribunal Permanente de Revisión y que actualmente no son vinculantes ni obligatorias. Además, en opiniones consultivas puede haber disidencias, al contrario de los laudos arbitrales *per se*.

18. Unanimidad frente a disenso[25]

Peculiarmente en derecho de integración, y al menos en cuanto a solución de disputas se refiere, cuando se contraponen el principio de unicidad y el del enriquecimiento del derecho a través del disenso, siempre prima, por las características de aquél, el principio de unicidad. Así por ejemplo, no existe la posibilidad de disenso dentro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni dentro del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ello ha sido receptado parcialmente en la normativa

---

[24] Artículo 4 del Reglamento del Protocolo de Olivos.
[25] Artículo 25 del Protocolo de Olivos y Artículo 9.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

que comentamos, ya que, si bien es cierto que los laudos arbitrales requieren total unanimidad, en opiniones consultivas puede haber disidencia. En nuestra opinión, no resulta feliz tal distinción. Es de esperar que en un futuro cercano se elimine esta innecesaria e injustificada dualidad, en pro del principio de unicidad, característica esencial del derecho de integración.

19. Arbitraje frente a judicialidad

Cuando históricamente surgieron las negociaciones entre Francia y Alemania, para crear un ente permanente de solución de disputas dentro del proceso de integración europea, fueron los negociadores alemanes los que se mostraron renuentes al arbitraje. La Corte Centroamericana de Justicia tiene actualmente algunas facultades arbitrales, y a su vez el Protocolo de Cochabamba le ha dado funciones arbitrales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pero en realidad éstas nunca fueron implementadas. Dentro del proceso de integración caribeña, originalmente el Tratado de Chaguaramas estableció un sistema arbitral, pero a la larga se ha impuesto la figura judicial de la Corte Caribeña de Justicia. Vale la pena aclarar que no se nos escapa que la Corte Centroamericana de Justicia, así como la Corte Caribeña de Justicia, poseen atribuciones que exceden el rol de un ente jurisdiccional que sólo resuelve las disputas emergentes dentro de un proceso de integración.

En el Mercosur, hasta la fecha, siempre se ha optado por la vía arbitral. Es más, actualmente existe una peculiar doble instancia arbitral. Nos parece hasta ahora aceptable, dado el desarrollo actual del Mercosur, el concepto arbitral como dirimidor de disputas en esquemas de integración, con la connotación de que definitivamente debe dejarse de lado todo esquema *ad hoc* y estructurarse un sistema basado en un ente permanente.

20. Tipificación de las acciones y recursos en derecho de integración

Es bien sabido que genéricamente estas acciones y recursos son varios. Analizando por ejemplo las existentes en la Comunidad Andina, tenemos las siguientes: a) la acción de nulidad; b) la acción de incumplimiento; c) la interpretación prejudicial; d) el recurso por omisión o por inactividad, y e) la acción laboral.[26]

En la nueva normativa del Mercosur, no existe tipificación alguna en tal sentido, y ello se hace sumamente necesario en un futuro cercano. Por suerte, no encontramos en nuestro análisis ninguna valla normativa para incoar lo que en la práctica sería

---

[26] Ricardo Vigil Toledo: "La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino", exposición en la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, Madrid, 22 al 26 de junio de 2004.

el equivalente a una acción de nulidad, una acción de incumplimiento o inclusive a un recurso por omisión o inactividad. En cuanto a la interpretación prejudicial, ya la hemos examinado por separado, y en cuanto a la acción laboral, es obvio que el nuevo Tribunal del Mercosur no es competente en este tipo de acciones, en razón de la subsistencia hasta la fecha del llamado Tribunal Administrativo-Laboral del Mercosur.

21. Interestatalidad frente a supranacionalidad

La palabra *supranacionalidad*, tuvo su primera aplicación concreta en el idioma francés cuando se estructuró aquella original Comunidad Económica del Carbón y del Acero (Tratado de París, 1951). Si bien, el concepto literal como tal inclusive llegó a desaparecer de aquel artículo 92 del Tratado de la CECA, su idea y el concepto que conlleva han perdurado con mucho mayor profundidad en el proceso de integración europeo y de ahí se han trasladado a diversos esquemas de integración regional. El concepto de supranacionalidad se identifica entonces con aquella de los órganos supranacionales, en el claro entendimiento de que para que exista supranacionalidad en un proceso de integración es requisito *sine qua non* que organismos independientes y superiores, a la vez, a los Estados miembros estén habilitados para formular normas de carácter obligatorio para éstos. El concepto comprende entonces dos aspectos fundamentales: un órgano comunitario y competencia para emitir decisiones que tengan indiscutiblemente aplicabilidad inmediata, por lo que se tornan innecesarios ulteriormente actos de recepción por los Estados partes. En contraste, los órganos de tipo interestatal o intergubernamental sólo tienen competencia para adoptar decisiones que cuenten como requisito con el consentimiento de los Estados que conforman el tratado de integración pertinente. Siendo ello así, cae de maduro que en estructuras de integración dotadas de supranacionalidad los miembros que componen los diferentes órganos supranacionales no representan ya a ningún Estado; se encuentran en realidad desvinculados de sus respectivas nacionalidades y responden sólo a los intereses comunitarios, sin recibir instrucciones en particular de ningún gobierno. Además, tienen estos órganos la competencia indiscutible de emitir normas obligatorias para los Estados miembros, cuya aplicación se torna prevalente e inmediata en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales e internos de tales Estados.

La hasta ahora lamentable ausencia en el Mercosur del concepto de supranacionalidad también se hace sentir en gran medida en cuanto a esta nueva estructura. Este Tribunal, conforme se ha mencionado, es de carácter interestatal y no supranacional. Por la circunstancia apuntada, el Mercosur carece aún de un derecho comunitario, como lo tienen la Unión Europea y la Comunidad Andina. El Mercosur se estructura sólo actualmente sobre la base de un incipiente derecho de integración y por ende la estructura mercosureña no posee aún un derecho comunitario con sus tres esenciales características: la aplicación inmediata, el efecto directo y la primacía del derecho comunitario. Tanto es así que inclusive el Tribunal Permanente de Revisión

no tiene la autonomía normativa necesaria para estructurar por sí mismo su propio reglamento interno de procedimientos. De paso, entonces, acotamos que el nuevo proyecto de revisión del Protocolo de Ouro Preto, que es la base de la estructura institucional mercosureña, puede ser una excelente oportunidad para insertar definitivamente el principio de la supranacionalidad en el Mercosur, reparando así lo que tan acertadamente sostienen con mucho respeto Miguel Ekmekdjian —jurista estudioso del derecho de integración— y el actual presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, magistrado Walter Kaune Arteaga, como un craso error de ingeniería institucional.[27]

22. Conclusiones

La nueva estructura normativa del actual sistema de solución de controversias dentro del proceso de integración mercosureño constituye sin duda alguna, con sus luces y sombras, un gran avance en el desarrollo de la institucionalidad del Mercosur. Una estructura permanente ha sido creada y ello de por sí ya constituye un logro significativo. La insistencia en el arbitraje y la no adopción de una estructura judicial por ahora no es objetable. Sólo el tiempo enseñará irrefutablemente la conveniencia de profundizar o no esa vía arbitral en contraposición con la adopción de una figura judicial.

No obstante, esta nueva estructura ha dejado varias asignaturas pendientes, de las cuales debemos tener conciencia. Algunas de ellas son las siguientes: a) la eliminación de la posibilidad de los fallos en equidad; b) el ensanche definitivo de la legitimación de los particulares y órganos del Mercosur para acceder en forma directa a esta instancia jurisdiccional —es bien conocido el rol de parte accionante que desempeñan eficazmente tanto la Comisión Europea como la Secretaría General de la Comunidad Andina—; c) una adecuada tipificación normativa de las distintas acciones y recursos posibles; d) un crecimiento definitivo en cuanto al carácter de permanente de todas las instancias jurisdiccionales; e) una inserción definitiva del instituto de la interpretación prejudicial.

Por último, resulta imperiosa la toma de conciencia de que el Mercosur, pese a su indudable peso geopolítico y económico, sigue a la zaga de los demás esquemas de procesos de integración en cuanto a desarrollo de institucionalidad se refiere. Por ello, nos parece recomendable, como punto culminante de este breve artículo, ahondar en la reflexión sobre dos frases de dos adalides de los procesos de integración. De este lado del océano Atlántico, pensamos en Simón Bolívar y su célebre sentencia: “para nosotros la patria es América”; del lado europeo, nos remontamos a la inmortal frase

---

[27] Walter Kaune Arteaga: *De la necesidad de la integración y su proyección. Orden y ordenamiento jurídico comunitario*, en ‹www.derechoteca.com/kaune› (abril 2004), pp. 32-33.

de Jean Monnet, gran precursor de la integración europea, quien tan felizmente sostuvo que "nada es posible sin los hombres, pero nada es perdurable sin las instituciones".

Bibliografía general sobre integración

ALBERTI ROVIRA, Enoch (dir.), y Eduard ROYG MOLÉS (coord.): *El proyecto de nueva Constitución europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ALCÁNTARA ALEJO, Carlos, y Manuel AHIJADO QUINTILLÁN: *Diccionario de la Unión Europea*, Madrid: Pirámide, 2000.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El juez español y el derecho comunitario*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

— "El softlaw comunitario", separata del artículo publicado en el n.º 154 de la *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero 2001.

— *Las sentencia básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2003.

ARBUET-VIGNALI, Heber: *Las claves jurídicas de la integración en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

BARRAZA, Alejandro, y Silvia JARDEL: *Mercosur: aspectos jurídicos y económicos*, Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 1998.

BENADAVA, Santiago: *Derecho internacional público*, Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1997.

BLOCH, Roberto D., y Daniel O. IGLESIAS: *Solución de controversias en el Mercosur*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

CALCEGLIA, Inés M.: *La resolución de controversias en esquemas de integración: el caso Mercosur*, Buenos Aires: La Ley, 1995.

CÁMARA DOS DEPUTADOS: *Solução de Controvérsias no Mercosul*, Brasilia: Centro de Documentação e Informação, Coordinação de Publicações, 2003.

STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (coord.): *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

— (coord.): *El Mercosur en el siglo XXI*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

CHAMORRO MORA, Rafael, y Carlos Francisco MOLINA DEL POZO: *Derecho comunitario comparado. Unión Europea, Centroamérica*, Managua: Imprimátur, 2003.

CHAMORRO MORA, Rafael: *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Managua: Imprimátur, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.): *Del Mercosur: aduana, jurisdicción, informática, relaciones intercomunitarias*, 2.ª ed., Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 1998.

DE TROCONIS, Iris G.: *Introducción al estudio del arbitraje en Venezuela. Su aplicación en la propiedad intelectual*, Caracas: Funeda, 1999.

DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ, Candela SÁNCHEZ y César LINCOLN: *Introducción al derecho internacional privado*, Lima: Tarea Gráfica Educativa, 2004.

DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena: *Instituciones de la Unión Europea y del Mercosur*, Asunción: Intercontinental Editora, 2000.

DIEZ MORENO, Fernando: *Manual de derecho de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 1996.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, y Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO: *Solución de controversias*, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 2004.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, Luiz Otávio PIMENTEL, Patricia Luiza KEGEL y Welber BARRAL: *Solução de Controvérsias. OMC, União Européia e Mercosul*, San Pablo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, y Amalia URIONDO DE MARTINOLI: *Derecho internacional privado y de la integración regional*, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1996.

DROMI, Roberto, Miguel EKMEKDJIAN y Julio RIVERA: *Derecho comunitario, régimen del Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

DROMI, Roberto, y Carlos MOLINA DEL POZO: *Acuerdo Mercosur, Unión Europea*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

EKMEKDJIAN, Miguel: *Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)*, 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires: Depalma, 1996.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal y Gabriela María: *Mercosur. Negocios y empresas*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ: *Derecho comunitario andino*, Lima: Fondo PUCP, 2003.

GONZÁLEZ GARABELLI, Carlos Alberto: *Procesos de integración, Mercosur, solución de controversias*, Asunción: Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 2004.

GONZÁLEZ-OLDEKOP, Florencia: *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

GUERRERO GÓMEZ, Mireya (ed.): *Memoria del Primer Congreso Internacional sobre Justicia, Integración y Derechos Humanos*, Montelimar, Nicaragua, 1996.

— (ed.): *Memoria del Seminario sobre Aplicación de Normas Internacionales*, Granada (Nicaragua), 1996.

— (ed.): *Memoria del Seminario sobre Derecho Comunitario*, Managua, 1997.

HUESA VINAIXA, Rosario (coord.), Antonio FERNÁNDEZ TOMAS, Ignacio FORCADA BARONA y Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: *Instituciones de derecho comunitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ISAAC, Guy: *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona: Ariel, 1995.

UNIVERSIDAD DE MARGARITA: *Jornada sobre derecho subregional andino*, Isla de Margarita, octubre 2003.

KAUNE ARTEAGA, Walter: *De la necesidad de la integración y su proyección: orden y ordenamiento jurídico comunitario*, ‹www.derechoteca.com/kaune› (abril 2004).

LATTUCA, Ada, y Miguel CIURO CALDANI (coords.): *Economía globalizada y el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo: *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia*, tomo I, Managua: Imprimátur, 2002.

— *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia*, tomo II, Managua: Imprimátur, 2004.

— *El anti-integracionismo en Centroamérica*, Managua: Imprimátur, 2003.

MENGOZZI, Paolo: *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2000.

NOODT TAQUELA, María Blanca: *Arbitraje internacional en el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

NOVAK TALAVERA, Fabián: *Derecho internacional público*, tomo I: "Introducción y fuentes", Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003.

— *Derecho internacional público*, tomo II: "Sujetos de derecho internacional", Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002.

PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto: *Derecho de la integración económica*, México: Porrúa, 1998.

PICO MANTILLA, Galo: *Código de la Comunidad Andina*, Quito: Señal, 2004.

PIMENTEL, Luiz Otávio: *Mercosur no cenário internacional. Direito e sociedade*, vols. I y II, Curitiba: Juruá, 1998.

PIZZOLO, Calogero: *Globalización e integración*, Buenos Aires: Ediar, 2002.

PLENDER, Richard, y José PÉREZ SANTOS: *Introducción al derecho comunitario europeo*, Madrid: Civitas, 1985.

PROAÑO LÓPEZ, Marco: *Aspectos económicos sociales de América Latina. Derecho de Integración*, Quito: Mapresa, 1996.

RIMOLDI DE LADMANN, Eve (coord.): *Mercosur y Comunidad Europea*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

RÍOS AVALOS, Bonifacio: *Derecho comunitario*, Asunción: Intercontinental, 1998.

RODRÍGUEZ SILVERO, Ricardo: *Paraguay y el Mercosur*, Asunción: Imprenta Salesiana, 2004.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (org. y comp.): *Mercosur, Unión Europea*, Asunción: Intercontinental, 2001.

— *Mercosur, integración y derecho*, Buenos Aires: Intercontinental, 1998.

RUSSO CANTERO, Carlos Marcial: *El Mercosur ante la necesidad de organismos supranacionales*, Asunción: Intercontinental, 1999.

SÁCHICA, Luis Carlos: *Introducción al derecho comunitario andino*, Bogotá: Temis, 1990.

SAN MARTINO DE DROMI, María Laura: *Integración iberoamericana*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA (SIECA): *La solución de controversias comerciales en la integración económica centroamericana*, Guatemala: Ediciones Superiores, 2004.

TANGARIFE TORRES, Marcel: *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002.

TORRES KIMSER, José Raúl: *Reflexiones ante la problemática jurídica del Mercosur. El derecho frente al desafío de la integración*, Asunción: Intercontinental, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: *Testimonio comunitario*, Quito: Señal, 2004.

URIBE RESTREPO, Fernando: *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.

URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: *Solución de controversias*, Córdoba: Advocatus, 1999.

UZAL, María Elsa: *El Mercosur en el camino de la integración*, Buenos Aires: Depalma, 1998.

VARGAS CARREÑO, Edmundo: *Introducción al derecho internacional*, San José (Costa Rica): Juricentro, 1992.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord.): *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Valladolid: Lex Nova, 1998.

VIGIL TOLEDO, Ricardo: *La solución de controversias en el derecho comunitario andino*, XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, Madrid, 22 al 26 de junio de 2004.

Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay) *

Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur **

1. Introducción

El acto de *instalación* del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR o Tribunal), celebrado en Paraguay el 13 de agosto de 2004, implicó la *constitución* de ese Tribunal y la asignación para su funcionamiento del edificio de Villa Rosalba como sede, en Asunción del Paraguay.

Cuando la hermosa casona rodeada de parque quedó acallada y silenciosa, nos asaltaron algunas reflexiones sobre la existencia y el destino del Tribunal que quedamos integrando. Y de pronto Villa Rosalba pareció poblarse de juguetones fuegos fatuos. Hoy en día, en que se han puesto de moda los enigmas, los acertijos y otras cuestiones de igual naturaleza, esas apariciones no nos sorprendieron, ¿pero qué significado pretendían tener?

El Protocolo para la Solución de las Controversias del Mercosur, suscrito en Olivos, Argentina, el 18 de febrero de 2002, entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, entró en vigencia el 1.º de enero de 2004.

El denominado Protocolo de Olivos (PO), que sustituyó al Protocolo de Brasilia (PB), el cual estuvo en vigencia por alrededor de 10 años, en su sistematización siguió los lineamientos básicos de éste, introduciendo algunos desarrollos entre los que se encuentra la creación del TPR.

Las regulaciones del TPR, al igual que casi todas las modificaciones introducidas al régimen antes vigente del PB, tiene dos características destacables:

---

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Catedrático de Derecho Internacional Público. Integrante del Grupo Negociador del Protocolo de Olivos. Árbitro del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje. ‹eliro@adinet.com.uy›.

** Disertación en el seminario *Aplicación del Protocolo de Olivos para la solución de controversias del Mercosur*, celebrado el 10 y 11 de marzo de 2005 en Asunción, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay y la Fundación Konrad Adenauer.

a. Son cautas y de un alcance *paso a paso*.
b. A veces son jurídicamente peculiares y atípicas en su contenido y léxico, inexactas desde un punto de vista estricto de técnica jurídica, producto de posiciones encontradas y complejas negociaciones. Ejemplo de ello es la propia denominación y creación del TPR. En este sentido se prefirió la *ambigüedad constructiva* que la *certeza limitativa*. De ahí muchas críticas que no podrán soslayar esta opción política de los Estados partes negociantes.

En materia jurisdiccional, la reforma básica la constituye la posibilidad de funcionamiento del régimen del PO a través de un procedimiento arbitral *sui generis*, basado en tribunales arbitrales *ad hoc* (TAA) integrados por tres árbitros, al estilo del PB, y un Tribunal Permanente de Revisión como órgano totalmente nuevo.

Esta novedad será el objeto de nuestro análisis aquí y ahora.

2. Fuentes jurídicas del TPR

El TPR y su funcionamiento están regulados por el PO, por su Reglamento (RPO), aprobado por DEC 37/03 del CMC de 15 de diciembre de 2003, y por decisiones del Consejo Mercado Común (CMC) y resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC), que iremos citando y analizando en su momento.

3. Designación, integración y funcionamiento del TPR

En el PO se da un sistema relativamente complejo de designación de árbitros que supone su proposición por los Estados y la posibilidad de ser impugnados por los otros Estados.

El Tribunal está integrado por cinco árbitros. Cada Estado parte del Mercosur designa a un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos (artículo 18.1 y 2 del PO).

El quinto árbitro es designado por un período de tres años no renovable salvo acuerdo de las partes, y es elegido por ellas por unanimidad, debiendo tener la nacionalidad de alguna de esas partes. De no lograrse la unanimidad, la designación la realiza la SM. Estos criterios pueden ser variados por acuerdo de las partes (artículos 18.3 y 4 del PO y 31 del RPO). Resulta evidente que no se aceptó en este caso la inclusión de un árbitro "extranjero", prefiriendo por el momento que hubiese dos de la misma nacionalidad de uno de los Estados partes del Mercosur en una opción de estricta y acotada selectividad. En el presente, el quinto árbitro es de nacionalidad paraguaya.

Los candidatos propuestos por cada parte pueden ser objeto de solicitudes de aclaración y de presentación de objeciones, y en este último caso, si no se llegara a una solución, prevalecerá la objeción, lo que demuestra una vez más el celoso control

que se asignan los Estados partes en el régimen estatuido. Se determina además la designación de los árbitros para conformar las respectivas listas de los Estados (artículos 11 y 18.7 del PO y 22, 23 y 31.3 del RPO).

4. Establecimiento del Tribunal

Por decisión del CMC 26/04 de 7 de julio de 2004 se designaron los árbitros del TPR y, como ya se dijo, el acto de *instalación* organizado en Paraguay el 13 de agosto de 2004 implicó la *constitución* del Tribunal y la necesidad de su inmediato funcionamiento para la organización de su Secretaría y la determinación de las Reglas de Procedimiento (artículo 51 del PO y 55 del RPO). Dicho texto ya fue elaborado por el TPR, pero aún se encuentra pendiente de aprobación por el CMC.

La primera conformación del TPR debió efectivizarse independientemente de la existencia de una controversia o de su convocatoria para un caso concreto (artículo 31 del RPO).

5. Funciones del Tribunal

El Tribunal tiene concretamente como funciones entender en:

a. Primera y única instancia en las controversias que se presentaren directamente ante él

Concluidos los trámites prejurisdiccionales de negociaciones directas de las partes en la controversia (artículos 4 y 5 del PO), que deben ser preceptivamente cumplidos, al llegarse a la etapa arbitral, aquéllas de común acuerdo pueden someter la cuestión directamente y en única instancia al TPR; se aplicarán en lo que correspondiere los procedimientos que regulan los TAA. Téngase en cuenta que esta hipótesis de acceso directo sólo puede darse entonces en las controversias entre Estados, pero no en los casos de reclamos de particulares (artículos 39 ss del PO).

En este caso, por tratarse de una primera y única instancia, el Tribunal debe actuar con la totalidad de sus miembros (artículos 23 del PO y 39 del RPO).

El laudo es definitivo, no está sujeto a revisión y posee fuerza de cosa juzgada, pero puede presentarse recurso de aclaratoria contra él (artículos 23 del PO y 39 del RPO).

El laudo debe ser adoptado por mayoría, ser fundado y suscrito por todos los integrantes del Tribunal. No se permiten votos en disidencia y las deliberaciones y votaciones deben ser confidenciales. El plazo para expedirse es de sesenta días, prorrogables por treinta más (artículos 23 y 16 del PO y 30 y 39 del RPO).

b. Segunda instancia en las controversias en las que se presentaren recursos de revisión contra los laudos de los TAA

Como órgano de alzada de los TAA, el Tribunal entiende en el recurso de revisión, interpuesto contra el laudo de aquéllos, que está limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo y no puede ser interpuesto contra laudos dictados con base en los principios *ex aequo et bono* (artículo 17 del PO y 36 del RPO).

Cuando la controversia involucre a dos Estados partes, el Tribunal se integra sólo con tres árbitros, uno nacional designado por cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia, elegido mediante sorteo de la SM entre los restantes árbitros que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia (artículo 20.1 PO y 33 RPO).

Cuando la controversia involucre a más de dos Estados partes, el Tribunal estará integrado por los cinco árbitros (artículos 20.2 del PO y 34 RPO).

Sin embargo, los Estados partes pueden fijar de común acuerdo otros criterios para la conformación del TPR.

Esta modalidad de hacer intervenir tres o cinco árbitros se basó esencialmente en razones de simplicidad, celeridad y economía de medios. Sin embargo, entendemos que ello no coadyuva a la uniformidad y mayor certeza de los laudos ni, por ende, a la seguridad jurídica del proceso integratorio. Por lo demás, esa distinción no resulta tan profundamente ventajosa, desde que la conformación con tres miembros sólo juega en los casos en que el Tribunal actúa en segunda instancia de controversias entre dos Estados, ya que para todos los otros casos se requiere la intervención de los cinco miembros.

Este Tribunal puede finalmente confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del TAA, y el laudo del TPR será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del TAA (artículos 21 y 22 del PO y 37 y 38 del RPO). Este recurso, por su alcance, constituye más bien un mecanismo de casación que de revisión típica.

El dictado del laudo tiene las mismas características que el dictado en primera y única instancia, y se cuenta con un plazo para pronunciarse de treinta días, prorrogables por quince días más (artículos 21 del PO y 37 y 38 del RPO).

Debe tenerse en cuenta que, al tratar el recurso de revisión, el TPR debe decidir sobre las medidas provisionales dispuestas por el TAA actuante, en lo que estuvieren vigentes (artículos 15 del PO y 29 del RPO).

c. Recursos de aclaratoria que se presentaren en los laudos que dictare el TPR

Cualquiera de las partes en la controversia puede solicitar una aclaración del laudo y sobre la forma en que deberá cumplirse.

El Tribunal se expedirá en el término de quince días y puede otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo.

Desde que el recurso de aclaratoria se dicta a propósito de un laudo, deberá ser emitido por el Tribunal con el mismo número de integrantes que participaron en el dictado del laudo, según el caso (artículos 28 del PO y 41 del RPO).

d. Divergencias sobre cumplimiento del laudo

En caso de que el Estado beneficiado por el laudo entienda que las medidas adoptadas por el Estado obligado no dan cumplimiento a aquél, puede llevar la situación a consideración del Tribunal, que tendrá un plazo de treinta días para dirimir esas cuestiones (artículo 30 del PO y 42 del RPO).

La integración del Tribunal deberá ser lógicamente la misma que tuvo para dictar el laudo.

e. Aplicación de las medidas compensatorias

Los laudos deben ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados, y esa obligación continúa aun en el caso de que se adopten medidas compensatorias que el PO autoriza (artículo 27 del PO).

Sin embargo, existe un *control jurisdiccional* de las medidas compensatorias, a cargo del TPR.

Cuando un Estado parte en una controversia no cumpla total o parcialmente el laudo arbitral, la otra parte puede aplicar medidas compensatorias temporarias. No obstante, si el Estado obligado a cumplir el laudo estima que las medidas que adoptó son satisfactorias, o que las medidas compensatorias aplicadas son excesivas, podrá llevar la situación al TPR, que tendrá treinta días para pronunciarse teniendo en cuenta los factores que expresamente se establecen (artículos 31 y 32 del PO y 43 y 44 del RPO).

En este caso también la integración del TPR deberá ser la misma con que se dictó el laudo respectivo.

f. Opiniones consultivas

También innovando, el PO previó la posibilidad de establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR, las que fueron desarrolladas por el Reglamento. En efecto, el PO sólo prevé la contingencia del establecimiento de opiniones consultivas, pero deja la definición y el alcance de ellas al arbitrio del CMC. Es que en el momento de suscribirse el PO no había aún consenso entre los Estados partes para la instauración de las opiniones consultivas, y en virtud de intensas negociaciones se logró alcanzar el necesario acuerdo al negociarse el Reglamento, en el que aparece entonces creado y regulado este nuevo mecanismo.

Las opiniones consultivas pueden ser solicitadas por todos los Estados partes del Mercosur, los órganos del Mercosur con capacidad decisoria y los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes (artículos 3 del PO y 2 a 4 del RPO).

A esos efectos, en primer término, se establece que todos los Estados partes del Mercosur actuando conjuntamente, el CMC, el GMC o la CCM podrán solicitar opiniones consultivas al TPR, sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM (artículos 3 del PO, 3 y 4 del RPO).

En segundo lugar se prevé que el TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los tribunales superiores de justicia de los Estados partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur antes mencionada, siempre que se vinculen con causas que estén en trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante. Por ende, debe entenderse que, por su generalidad, se ha querido que ello comprenda todos los niveles de ese Poder. El procedimiento que debe aplicarse en este caso se reglamentará una vez consultados los tribunales superiores de justicia de los Estados partes, gestión que se encuentra en trámite.

Para emitir opiniones consultivas, el TPR estará integrado por todos sus miembros (artículo 6.1 del RPO) y se expedirá por escrito dentro del plazo de cuarenta y cinco días; se autorizan las opiniones en disidencia, que deben ser fundadas. Esas opiniones consultivas se basarán en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos y no serán vinculantes ni obligatorias (artículo 3 del PO y 2 a 13 del RPO).

Es de lamentar que no se haya concedido esta facultad a los Estados sin requerir su unanimidad, que no se regulara la posibilidad de declararse un Estado obligado por una opinión consultiva, ni se confiriese la posibilidad de que los particulares de alguna manera pudieran activar este resorte. Primó una vez más el criterio del estricto control colectivo en que anida la intergubernamentalidad del régimen.

El novedoso mecanismo de las opiniones consultivas, pese a ser restrictivo, si las partes lo conciben, puede también llegar a ser considerado como un medio idóneo de prevenir controversias, fijar criterios interpretativos de la normativa Mercosur y orientar en tal sentido la conducta de aquellas partes.

g. Adopción de sus Reglas de Procedimiento

El Tribunal debe adoptar sus propias Reglas de Procedimiento a ser aprobadas por el CMC, lo cual se encuentra pendiente del cumplimiento.

Mientras la forma de integración del Tribunal a estos efectos y su quórum de funcionamiento no estén fijados por su Reglas de Procedimiento o su Reglamento, se debe considerar que se requerirá la participación de los cinco árbitros, y su mayoría para decidir.

Esas Reglas deben garantizar que cada una de las partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos, y asegurar que los procesos se realicen de forma expedita (artículos 51 del PO y 55 del RPO).

h. Organización y control de la Secretaría del Tribunal

El Tribunal contará con una Secretaría que estará a cargo de un secretario, que lo asistirá y se hallará bajo su control (artículo 35 del RPO).

i. Medidas excepcionales de urgencia

Cualquier Estado parte puede recurrir ante el Tribunal para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes, siempre que se cumpla con los requisitos expresamente fijados (artículo 24 del PO y decisión CMC n.º 23/04, de 7 de junio de 2004, artículo 1).

Para entender en estos casos, el Tribunal se integrará con todos sus miembros en todas las etapas referidas a esa medida. Deberá expedirse por mayoría en un plazo de seis días y podrá ordenar en su caso la medida de urgencia pertinente (artículos 4 y 6 de la decisión 23/04).

Cualquiera de las partes que se sienta perjudicada por la decisión del Tribunal podrá solicitarle que reconsidere la cuestión, en cuyo caso actuará de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 23 del PO (artículo 9 de la decisión 23/04).

Estas medidas que se dan fuera de una controversia formalizada son diferentes de las medidas provisionales que se disponen en una controversia constituida y reguladas en el PO (artículo 15 del PO y 29 del RPO).

Hasta aquí hemos enumerado las funciones del Tribunal que surgen expresamente establecidas de los correspondientes instrumentos. Sin embargo, además de dichas tareas establecidas a texto expreso, entendemos que le corresponde también al Tribunal realizar todas las otras funciones inherentes y correspondientes para darle al órgano permanencia, continuidad, coherencia y preparación para su funcionamiento en lo procedimental y sustancial. Esto, sin embargo, no es entendido así por todos, lo que se comentará más adelante.

6. Derecho aplicable por el TPR

El PO establece que el TPR decidirá las *controversias* con base en el Tratado de Asunción, el Tratado de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CMC, así como a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia.

Ello no restringe la facultad del Tribunal cuando actúe en instancia directa y única de decidir la controversia *ex aequo et bono* si las partes así lo acordaren (artículo 34 del PO).

Dejando de lado los fundamentos jurídicos que las partes en las controversias pueden esgrimir, el Tribunal debe laudar basándose exclusivamente en las fuentes jurídicas que le indica el PO.

Esta norma viene del PB y cabría comentar aquí, en primer término, que la referencia final del párrafo 1.*a*, "principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia", siempre despertó dudas en cuanto a su real significado. Los *principios* serían normas de carácter general y las *disposiciones* serían normas más concretas en temas concretos. Pero en definitiva, ¿no son todas normas de derecho internacional? ¿Por qué entonces no referirse así a ellas?

Debemos expresar que, cuando se negoció el PO, ensayamos algunas variantes de esa frase, pero tampoco resultaron satisfactorias, por lo que en última instancia se dejaron los mismos términos del PB, los cuales, aunque pudieran parecer dudosos, ya se habían encarnado en el instrumento internacional y en la práctica.

En segundo lugar, queremos resaltar que también entendemos que la mencionada frase en el contexto de la norma que se inserta indica que los principios y disposiciones de derecho internacional a que se alude constituyen en todo caso normas de interpretación e integración, de manera de evitar vacíos jurídicos en la labor de los árbitros.

Por su parte, también las *opiniones consultivas* a ser emitidas por el TPR se fundarán en la normativa mencionada en el artículo 34 del PO (artículo 9 del RPO). Con ello, son las mismas las fuentes jurídicas en las que el Tribunal debe basarse tanto en la jurisdicción contenciosa como en la consultiva.

7. Sede del Tribunal

La Sede del Tribunal es la ciudad de Asunción, pero por razones fundadas podrá reunirse excepcionalmente en otras ciudades del Mercosur (artículo 38 del PO y 45 del RPO).

8. Permanencia, disposición y continuidad de los árbitros

Como su propio nombre lo indica, el Tribunal es de naturaleza permanente y por tanto sus integrantes son también de carácter permanente, convocables en cualquier momento (artículo 18 del PO).

Asimismo dichos árbitros, una vez que aceptan su designación, deben estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque (artículo 19 del PO).

El período de designación inicial de dos años de los árbitros podría conspirar contra una permanencia más apropiada, pero la posibilidad de sus renovaciones permite prolongar aquella permanencia (artículo 18.1 y 2 del PO).

Las tareas de estos árbitros son continuas, tengan o no para su tratamiento controversias u opiniones consultivas. Así, entre otras cosas, se le encomienda al Tribunal la adopción de sus propias Reglas de Procedimiento (artículo 51 del PO) y la primera

conformación se concretaría independientemente de la existencia de una controversia o de su convocatoria para un caso concreto (artículo 31 del RPO). Esto sin perjuicio de las funciones "implícitas" que deben reconocerse al Tribunal y a las que ya nos referimos.

Desde que la sede del TPR es la ciudad de Asunción (artículo 38 del PO), esto supone que los árbitros deberán en general trasladarse a esa ciudad para prestar allí sus funciones, lo que indica su necesaria dedicación exclusiva al Tribunal.

10. Calificación y condiciones de los árbitros del TPR

Los árbitros deben ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del Mercosur.

Asimismo, deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional respecto de la Administración pública de los Estados partes y no tener intereses de índole alguna en las controversias. Son designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio (artículos 35 del PO y 19 del RPO).

Los integrantes del Tribunal, al aceptar el cargo, deben firmar una declaración jurada, entre otras condiciones, en la que aceptan expresamente la designación, su disponibilidad y actuación con independencia, honestidad e imparcialidad (artículo 21 del RPO).

11. Costos de los árbitros del TPR

Los gastos y honorarios de los árbitros del TPR deben ser solventados en partes iguales por los Estados partes en la controversia, a menos que el Tribunal decida distribuirlos en proporción distinta (artículo 36.2 del PO).

De acuerdo con lo dispuesto por el PO (artículo 37), los honorarios, gastos de traslado, alojamiento y demás gastos de los árbitros serán determinados por el Grupo Mercado Común. Asimismo, la decisión 17/04 citada determina que el GMC reglamentará la administración del Fondo especial que se cree (artículo 36.2 del PO).

Los gastos referidos podrán ser pagados por intermedio de la SM y ser realizados por intermedio de un Fondo especial que podrán crear los Estados partes al depositar las contribuciones relativas al presupuesto de la Secretaría Administrativa, conforme al artículo 45 del Protocolo de Ouro Preto, o al momento de iniciarse los procedimientos previstos en sus capítulos VI o VII. El Fondo será administrado por la SM, que deberá rendir cuentas anualmente a los Estados partes sobre su utilización (artículo 36.3 del PO).

En tal sentido, por decisión del CMC 17/04, de 7 de julio de 2004, se creó el "Fondo especial para Controversias", con la finalidad de cubrir los honorarios, gastos de traslado y viáticos de los integrantes de los tribunales del Mercosur. Se establece el

aporte de cada Estado en (US$ 50.000) y que de él se deducirán las remuneraciones de los integrantes del TPR que correspondan a cada país y se generen en ocasión de una controversia, de conformidad con el artículo 36 del PO.

Por su parte, por resolución del GMC n.º 41/04 de 14 de diciembre de 2004, se dictó la "Reglamentación del Fondo especial para Controversias creado por la decisión CMC n.º 71/04", cuya administración se confirió concretamente a la SM.

Con las aludidas reglamentaciones del PO, al establecerse de antemano un Fondo para sufragar los gastos de los árbitros y que éste debe ser administrado por la SM, se ha dado a los árbitros mayor independencia para su actuación.

12. Remuneración de los árbitros del TPR

Por resolución GMC n.º 40/04 de 14 de diciembre de 2004 se determinaron los "Honorarios de los árbitros y expertos en el ámbito del sistema de solución de controversias en el Mercosur", que fija dichos honorarios según el tipo de trabajo de que se trate y los viáticos y gastos de traslado.

Por otra parte, las condiciones técnicas y personales exigidas a los árbitros del TPR, en particular la debida independencia de las autoridades estatales (que supone en algunos caso la renuncia a cargos de la carrera pública y a la propia carrera profesional), su permanente disponibilidad, la jerarquía y la relevancia de sus funciones, y el papel que debe jugar el Tribunal, llevaron a algunos de los Estados a sostener que a dichos árbitros se les debería abonar, además, una remuneración mensual fija. No obstante, en este punto no se alcanzó consenso y los que no estuvieron de acuerdo lo hicieron fundamentalmente por su paralela posición de que Tribunal no reviste carácter permanente.

13. Alcance de la jurisdicción del TPR

El TPR, tal como fue creado, constituye en definitiva un producto híbrido, que trata de contemplar dos posiciones diferentes. Una posición busca habilitar una segunda instancia de una primera ante los TAA, que brindará la garantía de la intervención de un tribunal de alzada. La otra posición propicia crear un tribunal permanente para dirimir las controversias, que actúe de manera más acelerada y coherente y con ahorro de medios. Ambas posiciones, por caminos diferentes y hasta cierto punto no contradictorios, aspiran en definitiva a dar más seguridad, certeza y coherencia a los fallos de los tribunales encargados de resolver las controversias en el Mercosur, en especial del TPR.

De cualquier forma, el TPR sigue siendo un *tribunal de vocación permanente* y no un *tribunal a disposición*, como se ha pretendido sostener.

El TPR puede muy bien ser representado como el dios Jano, con dos rostros que miran en distintas direcciones, pero símbolo totalizador, de anhelo de dominación ge-

neral, donde la diversidad no constituye contradicción y disolución, sino unidad e integración…

Debe tenerse en cuenta, además, que las caras del Jano-Tribunal mirarán en las direcciones que marquen las interpretaciones y prácticas que realicen los Estados partes con respecto al Tribunal y de éste con respecto a sí mismo, y las acciones que puedan desarrollar las entidades públicas y privadas para impulsar el papel que debe desempeñar el TPR en el proceso de integración.

En definitiva, he aquí el *nudo gordiano* del tema en análisis, y la aparición de los inefables fuegos fatuos.

Mucho se ha hablado de la importancia de la creación y el funcionamiento del TPR dentro del Mercosur y para el régimen integracionista que éste persigue. Sin embargo, cuando ha llegado el momento de dejar que el TPR acompañe el flujo de su desarrollo, se ha evidenciado un movimiento de reflujo y retraimiento que muestra un fondo borroso. Encontramos entonces las dos concepciones diferentes.

Un enfoque centra el alcance jurisdiccional del TPR exclusivamente en el estricto cumplimiento de las tareas asignadas a texto expreso por el PO, entendidas restrictivamente, y *non plus ultra*.

Otro enfoque, para considerar el alcance jurisdiccional del TPR, hace jugar esas tareas y las que naturalmente debe tener para cumplir con su carácter de tribunal permanente.

¿Cuál es la respuesta a esa incertidumbre, que no es menor?

En su grandiosa obra *El amor brujo*, Manuel de Falla pone en boca de la protagonista la "Canción del fuego fatuo", que comienza diciendo:

> Lo mismo que el fuego fatuo
> Lo mismito es el querer.
> Le huyes y te persigue,
> Le llamas y echa a correr.
> Lo mismo que el fuego fatuo
> Lo mismito es el querer.

Pues bien, nuestra hermosa Villa Rosalba, en Asunción, con ser la sede del TPR, se ha visto poblada de juguetones fuegos fatuos. Son las incertidumbres con que nos hemos movido y nos movemos con respecto al TPR y el alcance y el destino que éste posee y debe poseer. De ahí que, cuando lo relegamos, nos persigue reclamando su papel protagónico. Cuando queremos abrazar al TPR como un órgano-tribunal permanente, de vital importancia para el Mercosur, se nos escapa y escurre sorpresivamente de entre nuestras manos.

> Le huyes y te persigue,
> Le llamas y echa a correr.

El TPR, en el contexto en que se inserta, no fue creado sólo para solucionar y prevenir conflictos y preservar la armonía y un razonable equilibrio entre los Estados. El TPR puede y debe cooperar activamente en la interpretación y el desarrollo jurídi-

co, para vida y certeza de nuestras naciones y sus pueblos, sin reivindicaciones mesiánicas y lógicamente desde la concepción desde la que se lo ha erigido. En tal sentido, puede desempeñar también un importante papel para la promoción de estudios jurídicos, la difusión de sus competencias, la profundización de la misión que puede cumplir, la conexión con otros tribunales superiores —en especial de los vinculados con solución de controversias en los regímenes de integración—, etcétera. Dime qué y dónde sembramos y te diré cuándo y qué frutos recogeremos.

El funcionamiento efectivo del TPR para cumplir las tareas que explícitamente se le asignaron requiere también de un implícito proceso de colectivización. Los integrantes del Tribunal reúnen condiciones que le permiten ocupar esos cargos, pero no pueden trabajar y lograr criterios sólo cuando se plantean casos, porque eso no asegura la corrección, la certeza ni la coherencia de los fallos que deben ser dictados en tiempos perentorios y con integraciones diversas y eventualmente rotativas.

Se debe propiciar que el TPR afiance y desarrolle su rango, competencia y especialización y se convierta en definitiva en el antecedente ineludible, para cuando la realidad lo exija, de la conformación de un tribunal permanente con funciones jurisdiccionales y de control de legalidad plenas, imprescindibles en un riguroso avance institucional del Mercosur, como el que se viene preconizando.

14. Conclusiones

La creación del TPR, órgano permanente del Mercosur, su integración y los cometidos que se le asignan son previsiones totalmente nuevas que vienen a efectivizar dos objetivos diferentes.

Por un lado, para dar mayor garantía, se crean recursos y un *tribunal de alzada* para impugnar los laudos de los TAA, aunque ello no sea comúnmente admitido en el funcionamiento de los tribunales arbitrales internacionales.

Por otro lado, se instaura un *tribunal permanente* que da coherencia, uniformidad y certeza a sus laudos y resoluciones, facilita la formación de un desarrollo jurisprudencial del Mercosur y que en algunos casos es de acceso directo y de única instancia para acelerar los trámites y economizar medios.

La creación, constitución y funcionamiento del TPR implica tomar una posición sobre el papel que se le quiere asignar a dicho Tribunal. Algunas opiniones lo miran con un enfoque restrictivo que minimiza su real permanencia y lo consideran en definitiva como un tribunal permanente pero a su vez *ad hoc*, que sólo debe existir cuando los trabajos concretos obliguen a convocarlo y luego se desvanece en su existencia.

Otras opiniones, entre las que nos encontramos, lo ven como un tribunal que debe funcionar en forma continua, convocado por labores específicas y para trabajar en aquellas otras cuestiones que le den al tribunal un cuerpo real, un alma corporativa y un espíritu colectivo. Sólo esto permitirá su funcionamiento coordinado y sistemático, de donde emergerá una jurisprudencia homogénea y armónica que arroje interpre-

taciones uniformes y coherentes de la normativa Mercosur, lo que favorecerá indudablemente el desarrollo del proceso de integración al que se atiende.

Todo ello supone dotar al sistema de medios económicos para solventar el régimen institucional de la solución de controversias, que deberían integrar el Presupuesto general del Mercosur y representarían necesariamente un aumento de los aportes de los Estados partes a ese Presupuesto. Pero esto no puede alarmar ni sorprender, desde que ello era previsible e imprescindible, si realmente se quiere que lo que el PO prevé al respecto no se convierta en un mero ejercicio académico y teórico, sino en un efectivo progreso operativo.

Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay) *

Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes

1. Introducción

Los procesos de integración se han constituido desde un inicio en dinamizadores del pensamiento jurídico, en vehículos de transformación de las relaciones internacionales públicas y privadas, a partir de los cuales se analizan las nuevas perspectivas del derecho internacional y las nuevas formas de percibirlo.

La influencia de los procesos de integración y las que éstas sufren por la globalización de las relaciones internacionales han producido en las últimas décadas cambios profundos a través de acuerdos anteriormente impensables entre Estados soberanos; lo refleja la experiencia de la Unión Europea, que ha ubicado al derecho comunitario como fuente del derecho en una posición normativa y jerárquica que, si bien no suprime el derecho interno, lo condiciona, orienta y transforma.

Parte de este efecto *transformador* se manifiesta por el modo en que nuevas instituciones comunitarias, o las que surgen como consecuencia del proceso de integración, se relacionan, complementan e interactúan con las instituciones internas, y allí es nuevamente el derecho el que determina los ámbitos de competencia, la jerarquía de las normas y el modo de aplicación e interpretación de la confrontación jurídica entre normas internas y normas comunitarias.[1]

---

* Profesor de Derecho Internacional Privado, profesor de Derecho de la Integración y director del Instituto de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Árbitro del Mercosur por la República del Paraguay. Miembro del Grupo Asesor de Alto Nivel de la Cancillería de la República del Paraguay. <rlabrano@sce.cnc.una.py>

[1] "Los procesos de integración requieren a fin de asegurar el imperio del Derecho en el bloque, y con ello una garantía para la seguridad jurídica y la efectiva salvaguarda de los derechos de los

De hecho, no pocas cuestiones ha suscitado el debate, siempre actual, de la confrontación entre derecho comunitario y derecho interno, conflicto lógico a partir de que el comunitario nace afectando las fuentes tradicionales y las formas de producción normativa, por lo que para su aplicación armónica es necesario interpretarlas.

En efecto, la variedad de situaciones jurídicas que la integración produce, así como la enorme cantidad de normas de fuentes originaria y derivada en procesos de integración que deben ser analizadas, interpretadas y aplicadas, hace necesaria la existencia de órganos capaces de operar como intérpretes especializados del derecho comunitario. En tal carácter, la facultad de responder cuestiones prejudiciales u opiniones consultivas es una de las más relevantes.

La interpretación efectuada por un órgano especializado sobre el derecho común, como cuestión prejudicial, como en el sistema de la Unión Europea, u opinión consultiva en el sistema del Mercosur, más allá de que éstas sean vinculantes o no para el órgano nacional que formula la consulta, según la evolución del esquema de integración, permite prevenir una aplicación errónea del derecho de la integración y contribuye a una aplicación armónica y coherente.

2. El sistema jurídico del Mercosur

La constitución del Mercosur (Tratado de Asunción)[2] y la organización institucional agregada por el Protocolo de Ouro Preto[3] —un verdadero tratado ampliatorio—[4] han significado en la subregión la construcción de algo más que un simple esquema de integración o de un espacio geográfico integrado.

---

particulares, el establecimiento de un sistema jurisdiccional, que no sólo controle la legalidad de las normas de las instituciones comunitarias y de aquellas que sean producto de la potestad legislativa de los Estado, sino también la compatibilidad de las conductas de las personas físicas y jurídicas (que desarrollan su actividad dentro del espacio regional) con el ordenamiento comunitario". Alejandro Perotti: *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*, Secretaría General de la Comunidad Andina.

[2] El Tratado de Asunción, suscrito el 26 de Marzo de 1991, establece los principios la estructura orgánica inicial y los mecanismos programáticos para alcanzar el propósito fundamental del Tratado: la construcción de un Mercado Común. Fue ratificado por el Paraguay el 6.8.91, por el Uruguay el 6.8.91, por la Argentina el 30.10.91 y finalmente por Brasil el 30.11.91; entró en vigor el día 30.11.91.

[3] El Protocolo de Ouro Preto fue ratificado por el Paraguay el 12.9.95, por el Uruguay el 15.11.95, por la Argentina el 15.11.95 y por el Brasil el 15.12.95. Su entrada en vigor coincidió con la firma del Acuerdo con la Unión Europea, también el 15.12.95.

[4] El Protocolo adicional al Tratado de Asunción, conocido como Protocolo de Ouro Preto, suscrito el 17 de diciembre de 1994, Codificatorio y ampliatorio del Tratado, constituye de igual modo fuente originaria. Establece modificaciones a la estructura institucional, dotando además al esquema de integración de personalidad jurídica internacional.

A partir de estos instrumentos entre los Estados partes —Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay— se viene gestando una comunidad jurídica integrada, mediante normas dictadas por los órganos intergubernamentales creados para el funcionamiento y la evolución del proceso, incorporadas al ordenamiento jurídico interno con carácter obligatorio.[5]

Los Estados partes han asumido de forma expresa adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios el cumplimiento de lo acordado,[6] se han obligado a incorporar al derecho interno la normativa que sobre la base de los objetivos, competencias y facultades previstos en las fuentes originarias dictan los órganos de naturaleza intergubernamental con capacidad decisoria, que de acuerdo con el artículo 2.º del Protocolo de Ouro Preto son "el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur".[7]

El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del Mercosur, al mismo incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción a fin de alcanzar la constitución final del mercado común. Se expide a través de "Decisiones" que dentro de la estructura normativa orgánica e institucional del Mercosur son las de mayor jerarquía.[8]

Los órganos del Mercosur son de naturaleza intergubernamental, por lo que tienen limitada su autonomía y poseen restricciones para adoptar normas sin previamente recibir las instrucciones y los mandatos de los órganos estatales. La manifestación de esta condición es la necesidad de consenso para la adopción de cualquier medida.[9]

---

[5] Roberto Ruiz Díaz Labrano: *Mercosur, integración y derecho*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 381.

[6] Artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto: "Los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo".

[7] Los mecanismos de consulta han sido habilitados por la Comisión de Comercio del Mercosur por medio de la directiva n.º 17/99 que en su Artículo 1.º dispuso: "Los Estados partes podrán presentar Consultas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) a uno o más Estados partes sobre las materias de competencia de ésta". Estas consultas, que sólo pueden ser formuladas en el ámbito de competencia de la CCM, no tienen carácter vinculante y de acuerdo con el artículo 11.º de la directiva, "La aplicación del presente Mecanismo de Consultas, no impide a un Estado Parte recurrir en cualquier momento al Procedimiento General de Reclamaciones (Anexo al Protocolo de Ouro Preto) o al Procedimiento de Solución de Controversias".

[8] Véase el artículo 3.º del Protocolo de Ouro Preto e igualmente el artículo 9 del mismo protocolo: "El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados partes".

[9] Artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto: "Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes".

Este entramado normativo es clasificado entre fuentes originarias, entre las que se incluye el tratado constitutivo y sus modificaciones institucionales a través de protocolos, y fuentes derivadas, las dictadas por los órganos con capacidad decisoria citados, normas que deben ser interpretadas adecuadamente para su aplicación coherente.

3. Las opiniones consultivas en el Mercosur

Las opiniones consultivas están precisamente destinadas a clarificar y facilitar la aplicación de las fuentes originarias y derivadas del Mercosur; fueron admitidas por el Protocolo de Olivos[10] para la Solución de Controversias en el Mercosur que derogó el Protocolo de Brasilia.

El Protocolo innova institucionalmente en varios aspectos: crea un Tribunal Permanente de Revisión (TPR),[11] que oficia de órgano de revisión de los laudos emitidos por los tribunales *ad hoc* o, según sea el caso, actúa directamente como instancia única, de mediar acuerdo entre los Estados partes en la controversia. A él se atribuye además la competencia para evacuar opiniones consultivas.

Entre las novedades importantes que se producen en el sistema de solución de controversias en el Mercosur a través del Protocolo de Olivos, el de las opiniones consultivas es uno de los de mayor relevancia, porque habilita un instrumento fundamental para armonizar la interpretación del derecho, un gran paso para la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación coherente del derecho del Mercosur, al establecer una jurisprudencia que dé certeza jurídica y afirme el ordenamiento jurídico comunitario.

Los Estados partes, por medio del Protocolo de Olivos, acordaron que el Consejo del Mercado Común resolviera la oportunidad en que el sistema o procedimiento consultivo entraría a regir, y determinara el alcance y la modalidad del procedimiento de consulta, para lo cual otorgaron un margen amplio de autonomía y de apreciación de las condiciones en las cuales desarrollar esta nueva institución.

---

[10] El Protocolo de Olivos fue suscrito el 18 de febrero de 2002 y ratificado por los cuatro Estados partes del Mercosur. Argentina (ley n.º 25.663 del 18.10.02, BO 21.10.02, p. 1, ratif.: 29.1.03); Brasil (decreto legislativo n.º 712 de 14.10.03 publicado en DOU el 15.10.03, ratif.:2/12/03); Paraguay (ley n.º 2070/03 del 3.2.03, ratif.: 20.2.03); Uruguay (ley n.º 17 629 del 11.4.03, DO 6.5.03, ratif.: 11.7.03). Sustituyó como instrumento para la solución de controversias en el Mercosur al Protocolo de Brasilia. "El 18 de febrero de 2002, se suscribió en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, un nuevo instrumento para regular la solución de controversias en el Mercosur. No se trata del 'Sistema Permanente' previsto en el Anexo III del Tratado de Asunción de 1991, sino de otro 'régimen transitorio' que modifica el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de este mismo año y su Reglamento, aprobado por el Consejo del Mercado Común por Decisión 17/98, como así también algunos dispositivos del Protocolo de Ouro Preto". Ernesto J. Rey Caro: *El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, Córdoba: Marcos Lerner.

[11] El Tribunal Permanente del Mercosur implica la posibilidad de contar con jueces o, como aún se los denomina, *árbitros* de mayor permanencia, teniendo en cuenta que el Sistema del Protocolo de Brasilia sólo admitía el sistema arbitral *ad hoc*.

4. El ejemplo del diálogo institucional entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los órganos judiciales nacionales

Una referencia fundamental para percibir la potencialidad de las opiniones consultivas en el Mercosur son las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que nos detendremos brevemente sobre su funcionamiento, así como sobre el diálogo institucional entre el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales nacionales y su regulación en la Unión Europea.

La aparición de las instituciones comunitarias creadas en el proceso europeo de integración ha debido encontrar fórmulas de diálogo institucional entre los órganos internos y comunitarios. Una de las más importantes ha sido la estructurada para resolver las dificultades suscitadas en la aplicación del derecho comunitario, a través de la creación de un órgano jurisdiccional supranacional especializado como máxima instancia judicial que garantice e interprete el derecho comunitario.[12]

Es la competencia fundamental que se atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo rol no es otro, precisamente, que el de oficiar de intérprete y garante del derecho comunitario,[13] si bien no en forma exclusiva, dado que también cumplen esa función los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. El Tribunal de Justicia es el intérprete final o último de este derecho.[14]

Tampoco el papel de garante del derecho comunitario es exclusivo del TJCE. Esta competencia corresponde también a los órganos nacionales, posible por la particularidad del derecho jurisdiccional comunitario que enlaza para la aplicación del derecho comunitario a órganos nacionales con los comunitarios. Éste actúa como órgano de revisión en el estricto campo de su competencia.

En cuanto al control del respeto en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, confrontando esta competencia con la de los tribunales constitucionales nacionales que se ocupan exclusivamente de derechos y garantías fundamentales, el Tribunal de Justicia de las comunidades se ocupa de la legalidad de toda la aplicación de todo el derecho comunitario; en este sentido su esfera es más amplia que la del tribunal constitucional clásico.[15]

---

[12] De acuerdo con el articulo 219 del Tratado de la CE, “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado”.

[13] De acuerdo con el artículo 164 del Tratado de la CE, el Tribunal “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación”.

[14] Ruiz Díaz Labrano: o. cit.

[15] Ricardo Alonso García: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 322. “Ello implica que el Tribunal de Justicia, garante tanto la legalidad como de la constitucionalidad comunitaria” (A. Hoechst, 26 de marzo 1987, pp. 46-87).

El sistema permite que las instituciones internas interpreten y apliquen el derecho comunitario y en los casos de duda sobre el alcance de este derecho, a través de las opiniones consultivas, interactúen con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a fin de lograr una interpretación que con este alcance, sin interferir en la interpretación de las cuestiones de hecho, refieran al juez la interpretación del TJCE respecto de la cuestión que le es sometida. Se logra así garantizar que la solución de los órganos internos esté en consonancia con la interpretación del Tribunal Comunitario. En definitiva:

> La cuestión prejudicial, no tiene más finalidad en la UE que la de colocar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como órgano encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y Tribunales y de velar por la correcta aplicación del Derecho comunitario.[16]

Esta experiencia, la de evacuar opiniones consultivas o prejudiciales sobre el derecho comunitario, es uno de los medios por el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas garantiza el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados. Es un mecanismo eficaz y ha permitido contribuir a que los órganos nacionales puedan lograr una interpretación previa o prejudicial sobre el alcance y la validez del derecho comunitario, antes de pronunciarse sobre la cuestión que le es sometida.

La experiencia del TJCE en relación con las cuestiones prejudiciales sobre el derecho comunitario ha favorecido el desarrollo y la evolución del derecho de la integración europea; también ha favorecido y garantizado su aplicación conforme a las fuentes propias y de forma adecuada. Es en este sentido que las denominadas *cuestiones prejudiciales* se han convertido en verdaderos instrumentos de cooperación entre órgano comunitario y órgano nacional.[17] El sistema jurídico comunitario europeo ha establecido, a través de la consulta prejudicial, un procedimiento fundamental de cooperación entre un órgano judicial supranacional y los órganos judiciales nacionales.

En sus pronunciamientos, el propio TJCE ha manifestado que la cuestión prejudicial debe ser considerado como un *mecanismo de cooperación*, mediante el cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden sus competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión judicial: el órgano

---

[16] Ricardo Alonso García: *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucionales y ordinarias frente a su primacía y eficacia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

[17] El Tribunal Andino ha señalado: "La interpretación prejudicial es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno (Sentencia de 25 de febrero de 1994, dictada en el proceso 6-IP-93, caso *Louis Vuitton*, publicada en el tomo III de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 101). Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros".

comunitario determinando el alcance y la validez de la fuente comunitaria y el órgano nacional aplicando el derecho comunitario con base en la interpretación prejudicial.

La competencia para responderlas es atribuida al TJCE, que puede ser requerido en consulta sobre el derecho comunitario; esto permite que la aplicación del derecho y la legitimidad de los actos sean compatibles con las fuentes comunitarias y su correcta aplicación por los magistrados nacionales, quienes son en realidad los que en primer lugar aplican derecho comunitario.

El principal efecto jurídico de la interpretación prejudicial es su carácter vinculante, lo que implica que el juez nacional no podrá apartarse de ella; como jurisprudencia, en principio tiene efecto general, pero no cierra la puerta a que una nueva consulta pueda ser solicitada por cualquier juez nacional, requiriendo un nuevo pronunciamiento sobre la misma fuente comunitaria con base en nuevas cuestiones o argumentos, lo que hace evolucionar y actualizar la jurisprudencia del órgano comunitario en estrecha cooperación con el órgano nacional.[18]

5. La competencia para las opiniones consultivas en el sistema del Mercosur

En el Mercosur, con un sistema de solución de controversias diferente del de la Unión Europea, la competencia para emitir opiniones consultivas quedó supeditada a la reglamentación por el Consejo del Mercado Común. En el Protocolo de Olivos se dispuso que éste órgano "podrá" establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas sobre las fuentes jurídicas del Mercosur, tanto originarias como derivadas, a ser sometidos al Tribunal Permanente de Revisión (TPR),[19] órgano al cual otorgó la potestad de evacuar opiniones consultivas con los alcances y límites establecidos por la reglamentación.[20]

Debemos tener en cuenta que el Protocolo de Olivos, en su artículo 3.º, sólo dispuso: "El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos". En consecuencia, si bien introdujo la institución consultiva, no estableció el procedimiento, no especificó si las consultas versarían exclu-

---

[18] Las sentencias prejudiciales producen efectos *ex tunc* (desde el momento de entrada en vigor de lo norma interpretada), aunque el TJCE se guarda la posibilidad de declararla *ex nunc* por motivos de seguridad jurídica.

[19] El Tribunal Permanente está integrado por cinco árbitros. Cada Estado parte del Mercosur designará un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. El quinto árbitro es designado por un período de tres años, no renovable salvo acuerdo en contrario de los Estados partes; será elegido por unanimidad de los Estados partes, de la lista a que hace referencia este numeral, por lo menos tres meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Dicho árbitro tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados partes del Mercosur.

[20] MERCOSUR/CMC/DEC. n.º 37/03.

sivamente sobre cuestiones normativas relacionadas con las fuentes jurídicas del Mercosur, o si se extenderían sobre las consideraciones de hechos, o si se limitarían a la compatibilidad normativa entre fuentes jurídicas comunes y las fuentes nacionales de los Estados partes.

No determinó quiénes estarían legitimados para plantear las consultas, si lo podrían hacer los Estados partes, las instituciones, los órganos judiciales nacionales, los tribunales *ad hoc* o los particulares, ni si las consultas serían directas o indirectas;[21] no explicitó si las opiniones tendrían carácter vinculante, si operarían con efecto integrador del derecho o si sólo sería interpretativas sin carácter vinculante.

Todas estas cuestiones quedaron sujetas a la decisión del Consejo Mercado Común, incluyendo, como se señaló, la oportunidad de su aplicación. Fueron referidas a la Reglamentación, posteriormente adoptada por el CMC por medio de la decisión n.º 37/03, verdadero instrumento habilitador del mecanismo de consultas sobre el derecho del Mercosur, pero sin dotarlo de efecto vinculante, con lo que se perdió, por lo menos temporalmente, la oportunidad de crear una jurisprudencia armónica del derecho de la integración. Sin embargo, nada obsta, teniendo en cuenta la facultad delegada por el Protocolo de Olivos, que se modifique o amplíe la decisión.

En efecto, la reglamentación bien pudo haber establecido el carácter vinculante de las opiniones consultivas, siguiendo a quienes eran partidarios de hacerlo como medio de acelerar la profundización del sistema jurídico del Mercosur, al entender que es un instrumento útil para la correcta interpretación y aplicación del derecho de la integración por los órganos judiciales nacionales,[22] así como para los Estados partes y las instituciones.[23]

---

[21] Por ejemplo, consulta directa por los órganos institucionales, los Estados partes, los órganos judiciales nacionales, los particulares, los demás órganos, o consultas indirectas a través de las instituciones.

[22] Cf. J. Pérez Otermin: Jornadas Académicas sobre el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur, Montevideo 10.6.2002, citado por Adriana Dreyzin de Klor: *El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones*, ‹http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a5ADK.pdf›, donde la autora también refiere: “A efectos de ampliar la protección de las personas físicas y jurídicas de carácter privado, debiera admitirse la consulta proveniente de instancias inferiores, en las que son resueltas la gran mayoría de las causas”.

[23] Cf. Adriana Dreyzin de Klor: “La relevancia de avanzar hacia una interpretación uniforme del derecho del Mercosur articulando los medios idóneos, es núcleo central en torno al cual debe girar el mecanismo de solución de conflictos. Si bien todas las innovaciones acordadas en el nuevo texto enraízan en la idea de afianzar y consolidar la seguridad jurídica en el bloque, entendemos que en la medida que no se arbitren los métodos necesarios para confluir en la adopción de este mecanismo, los derechos de los ciudadanos no estarán debidamente resguardados”. Véase “El Protocolo de Olivos”, presentado en el *Forum Brasil-Europa*, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002.

En este sentido, el primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur[24] señala que la opinión que emita el TPR en el marco de una opinión consultiva, en cualquiera de los tres supuestos previstos como legitimados a formular consultas[25] conforme al artículo 11 del Reglamento, no será vinculante pero el avance sería aún mayor si lo fuera.

De todas formas, y pese a que las opiniones consultivas no tendrán carácter vinculante en esta etapa del proceso de integración, la sola posibilidad de su formulación a un órgano especializado constituye un gran paso para la consolidación del orden jurídico a través de un mecanismo para la interpretación armónica del derecho de la integración en el espacio integrado.[26]

6. Las facultades reglamentarias otorgadas al Consejo del Mercado Común

Hemos visto que, por competencia delegada por los Estados partes, quedaron al arbitrio del Consejo del Mercado Común la mecánica del procedimiento, las condiciones para implementar el procedimiento consultivo, el alcance y la modalidad del procedimiento de consulta, lo que significa un margen amplio de autonomía y de apreciación de las condiciones de funcionamiento del sistema.

La reglamentación fue aprobada por decisión n.º 37/03[27] del Consejo del Mercado Común (CMC), en oportunidad de la XXV Reunión Cumbre del Mercosur, celebrada en Montevideo el 15 de diciembre del 2003,[28] obedeciendo al mandato previsto en el artículo 47 del Protocolo de Olivos.[29] En su artículo 2.º deja en claro que la

[24] *Un foco para el proceso de Integración Regional*, primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur, Montevideo, julio del 2004.

[25] 1) Todos los Estados partes del Mercosur actuando conjuntamente; 2) los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, y 3) los tribunales superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional.

[26] Roberto Ruiz Díaz Labrano: "El Protocolo de Olivos, nuevo sistema de solución de controversias en el Mercosur", *Anuario Brasil-Europa*, Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 97.

[27] La norma reglamentaria en el capítulo II del Anexo a la decisión n.º 37/03 se ocupa de las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR).

[28] "Mediante cincuenta y cinco artículos distribuidos en diez capítulos, el Reglamento aborda las materias incluidas en el PO, aunque continúan sin respuesta aspectos importantes acerca de los cuales se dispone la necesidad de aprobar un nuevo documento jurídico; concretamente, sobre la reglamentación para hacer uso de la opción de foro con relación a los sistemas de solución de controversias de esquemas preferenciales de comercio y sobre el procedimiento para solicitar opiniones consultivas, cuando sean los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de los Estados partes quienes las requieran del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Tampoco da tratamiento a las medidas excepcionales y de urgencia quedando pendiente para la Reunión Cumbre a celebrarse en Buenos Aires". Dreyzin de Klor: o. cit.

[29] Artículo 47 del Protocolo de Olivos: "Reglamentación. El Consejo del Mercado Común aprobará la reglamentación del presente Protocolo dentro de los sesenta (60) días de su entrada en vigencia".

reglamentación no necesita incorporación especial a los ordenamientos jurídicos nacionales, o *internalización*,[30] según la expresión usualmente utilizada, por reglar aspectos de funcionamiento o de la organización del Mercosur.[31]

A nuestro criterio no lo necesita porque constituye una norma derivada de un protocolo internacional, en el cual se dispone su reglamentación y el órgano al que se atribuye competencia para hacerlo. La reglamentación, que se halla contenida en el Anexo a la directiva, busca "asegurar la efectividad de sus mecanismos y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración".

7. Instituciones y órganos legitimados para requerir opiniones consultivas al Tribunal Permanente del Mercosur

La reglamentación respecto de las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión determina quiénes están legitimados para solicitarlas.[32] Lo pueden hacer, en las condiciones establecidas para cada caso, los Estados partes del Mercosur conjuntamente y los órganos con capacidad decisoria del Mercosur,[33] así como los tribunales superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional.

No parece razonable que los Estados partes deban actuar en conjunto para requerir opiniones consultivas; habría sido más lógico que fuera posible a uno o más Estados, cuanto lo estimaren necesario, requerir consultas al TPR sin supeditar a este efecto la formulación por consenso.

Teniendo en cuenta que la consulta evacuada por un órgano especializado clarifica el derecho, armoniza la interpretación y la aplicación del derecho común, contribuyendo a fortalecer el proceso de integración —como se puede verificar en el sistema europeo por medio de las cuestiones prejudiciales ante el TJCE—, sólo se puede inferir un beneficio para todos los Estados partes en la consulta, aun cuando la formule un solo Estado, razón por la cual no compartimos esta limitación.

---

[30] Como *internalización* se considera el procedimiento mediante el cual los Estados partes incorporan la norma, a los distintos ordenamientos nacionales; la denominación utilizada en la Unión Europea es *transposición*. Por su naturaleza tienen efecto directo y aplicación directa.

[31] Según la decisión n.º 37/03 del CMC en su artículo 2. Esta decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados partes por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del Mercosur.

[32] Decisión n.º 37/03 del CMC, artículo 2: "Legitimación para solicitar opiniones consultivas".

[33] Tienen capacidad decisoria el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur. Sus pronunciamientos están considerados según el capítulo V del Protocolo de Ouro Preto como "fuentes jurídicas del Mercosur", según se observa en el artículo 41 numeral III: "Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción".

Por otra parte, la reglamentación distingue la formulación por los Estados partes y por los órganos con capacidad decisoria, de la petición a través de los tribunales superiores de los Estados partes, y precisa el ámbito y los límites a los cuales se sujetará la consulta, según sea el caso, introduciendo variables que no reconocen una razón apreciable.

8. Opiniones consultivas requeridas por los Estados partes en conjunto y los órganos con capacidad decisoria

Cuando se trata de peticiones formuladas por los Estados partes y los órganos con capacidad decisoria, el ámbito legal de la consulta está determinado en el artículo 3.º, numeral 1, del Reglamento, el cual expresa que podrán solicitar opiniones consultivas sobre "cualquier cuestión jurídica" de las fuentes jurídicas originarias y derivadas del Mercosur, comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM. El procedimiento reglado en el artículo 3.º del Reglamento se ocupa de la tramitación en las hipótesis citadas.[34]

Cuando sean los Estados partes quienes impulsen la formulación de consultas, deben presentar un proyecto de solicitud a los demás Estados, a efectos de consensuar su objeto y contenido, teniendo en cuenta que deberán actuar conjuntamente.[35] Se puede observar que el sistema previsto para los Estados partes del Mercosur obliga a que previamente se logre consenso sobre el interés o la conveniencia de formular la consulta, para luego formular la petición por medio de la Presidencia Pro Témpore, a la cual compete preparar el texto de la solicitud y presentarla al TPR a través de su Secretaría (ST).[36]

Cuando la consulta es impulsada por cualquiera de los órganos con capacidad decisoria, considerados tales el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur,[37] ello supone el parecer favorable o la conformidad de los representantes de cada uno de los Estados partes en estos órganos. Al haber consenso respecto de la decisión de formular la consulta, ésta deberá constar en el acta de la reunión en la que se decida solicitarla y encaminarla a través de la ST de la Presidencia Pro Témpore al TPR.[38]

---

[34] Artículo 3.º, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[35] Artículo 3.º, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[36] La Secretaría está prevista en el artículo 35 de los Reglamentos.

[37] En el Sistema Jurídico del Mercosur las decisiones son adoptadas por consenso, por lo que las instituciones comunes de naturaleza intergubernamental deben actuar por consenso (artículo 16 del Tratado de Asunción, capítulo III: "Sistema de toma de decisiones". Artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto: "Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes".

[38] Artículo 3.º, numeral 3, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

9. Opiniones consultivas requeridas a través de los tribunales superiores de los Estados partes

La Secretaría Técnica Jurídica de la SAM ha reconocido expresamente:

> La tarea aplicativa del Derecho del Mercosur, principalmente por los jueces nacionales, constituye, sin lugar a dudas, la última y más importante de las fases que hacen a la vigencia práctica de la normativa regional. La eventual falta de aplicación del ordenamiento mercosureño, lo mismo que si ella ocurre de manera errónea o incompleta, limita sustancialmente el éxito de las reglas de derecho que deben regular el proceso de integración, contribuyendo en ocasiones a la aparición de situaciones de inseguridad jurídica.[39]

De allí que la posibilidad de que un órgano especializado como el Tribunal Permanente del Mercosur pudiera contribuir a la claridad del derecho comunitario, y que a tal efecto los órganos judiciales pudieran requerir consultas, habría sido óptima para garantizar sobre todo la certeza jurídica en el momento de la aplicación del derecho.

Sin embargo, la posibilidad de requerir opiniones consultivas fue admitida sólo a través de los tribunales superiores de los Estados partes.[40] Esta situación, que, pese a las limitaciones que la reglamentación impone, debe ser calificada como un extraordinario avance en cuanto mecanismo de interrelación y cooperación con los órganos judiciales nacionales, difiere respecto a los demás legitimados respecto al ámbito de aplicación en que presupone la existencia de una causa en la cual exista la necesidad de requerir la opinión consultiva.

El reglamento prevé, como quedó dicho, que a través de los máximos órganos con jurisdicción nacional se podrá requerir consultas al Tribunal Permanente de Revisión,[41] que éste podrá emitirlas en la medida en que se refieran exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, mencionada en el artículo 3, párrafo 1, del Reglamento, y siempre que se vinculen con causas que estén en trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante.[42]

---

[39] Alejandro Perotti y Deisy Ventura: *Primer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur*, Montevideo: Secretaría Técnica Jurídica del Mercosur, Estudio n.º 003/04, 2004.

[40] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01).

[41] Artículo 4.º, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[42] Artículo 4.º del Reglamento del Protocolo de Olivos: "Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes. 1) El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, mencionada en el artículo 3, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante".

El Reglamento condiciona la aplicación de esta vía de cooperación a que los tribunales superiores de justicia de los Estados partes[43] sean consultados sobre el procedimiento y la reglamentación respecto del mecanismo para requerir las opiniones consultivas que fueran formuladas al TPR por dichos órganos; entendemos que la modificación debería seguir el mismo procedimiento.

La falta de reglamentación no debería impedir su formulación, teniendo en cuenta que, en principio, no es posible limitar las medidas que el tribunal superior interno pueda adoptar como medidas de mejor proveer; además, la falta de ley reglamentaria no impide la efectividad de un derecho ya reconocido por los Estados partes.

Respecto del alcance de la reglamentación, el Comité de Expertos del proyecto: "Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur", ha manifestado:

> Entrando ya en el terreno sustantivo del mecanismo consultivo, este Comité de Expertos considera, a la luz del Reglamento de Olivos, que:
>
> 1) cualquier tribunal nacional puede solicitar una opinión referente a la normativa del Mercosur, siempre que se vincule con causas de las que esté conociendo;
>
> 2) pese a las dudas que pudiera suscitar la redacción del Reglamento, la opinión es susceptible de versar tanto sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, como sobre su validez misma a la luz del propio ordenamiento del Mercosur;
>
> 3) los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes son los encargados de actuar como eslabón formal entre la judicatura nacional y el TPR, procediendo a dar trámite ante este último a la opinión consultiva solicitada;
>
> 4) en la medida en que esa conexión formal debe producirse al más alto nivel protocolario y de manera uniforme, debe aclararse que son las Cortes Supremas de los Estados partes las encargadas de dar trámite a las consultas (esto es: en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en Brasil, el Supremo Tribunal Federal; en Paraguay, la Corte Suprema de Justicia; y en Uruguay, la Corte Suprema de Justicia);
>
> 5) debe también aclararse que el papel de las Cortes Supremas ad intra debe limitarse a dar traslado de la opinión solicitada al TPR, sin entrar en ningún tipo de control acerca de la relevancia o pertinencia de la opinión solicitada, reservado al propio TPR; lo contrario exigiría proceder a un complejo —y delicado desde el punto de vista político— proceso de armonización acerca del alcance de los poderes de las Cortes Supremas de los Estados partes a la hora de ejercitar el referido juicio de relevancia o pertinencia (pues de no ser así se correría el grave riesgo de quebrar la uniformidad en la solicitud de la opinión, al poder establecer cada Estado Parte diferentes reglas al respecto), al tiempo que podría alejar al juez nacional ordinario —y con ello, a las partes implicadas en el litigio, y en última instancia al ciudadano mismo— de un contacto directo con el juez del Mercosur.[44]

---

[43] Artículo 4.º, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos: "El procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR previstas en el presente artículo será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes".

[44] Extractado del proyecto en el marco de la cooperación Unión Europea-Mercosur: *Contribución al perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*, informe final redactado por el Comité de Redacción y Propuesta integrado por Ricardo Alonso García (España), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Ronald Herbert (Uruguay), Luiz Otavio Pimentel (Brasil), Roberto Ruiz

En orden a la reglamentación de la vía prevista a través de los tribunales superiores de los Estados partes, los Poderes Judiciales de los Estados partes ya han dado pasos importantes para unificar criterios. Sus máximos representantes, reunidos en el II Encuentro de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, realizado en Brasilia entre el 28 y 30 de noviembre de 2004, al cual concurrieron representantes del Tribunal Permanente de Revisión y de los tribunales *ad hoc*, han abordado el tema de las opiniones consultivas, anticipando la necesidad de complementación en la cooperación entre órganos de solución de conflictos de distinta naturaleza.[45]

En dicha oportunidad y por medio de la *Carta de Brasilia*,[46] se acordó "Institucionalizar en Brasilia, un Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur para cuestiones jurídicas de relevancia e integración latinoamericana en general, con particular énfasis en el Mercosur". Como conclusión del encuentro, se resolvió proseguir en diálogo con el Tribunal Permanente de Revisión, buscando coincidencias en el mecanismo para las opiniones consultivas.

10. Presentación de la solicitud de opiniones consultivas, aclaraciones y ampliaciones

La reglamentación aprobada por decisión del CMC se ocupó de las formas y modalidades que deben ser aplicadas, dispuso que la presentación de la solicitud de opiniones consultivas, en todos los casos, se presentará por escrito, formulando en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta y las razones que la motivan e indicando las normas del Mercosur vinculadas a la petición. Asimismo, deberá acompañarse, si correspondiere, de toda la documentación que pueda contribuir a su dilucidación.[47]

En cuanto a las aclaraciones y documentaciones que puede requerir el Tribunal Permanente de Revisión, éste podrá recabar las que estime pertinentes. El diligencia-

---

Díaz-Labrano (Paraguay), Juan Antonio Cremades (España), Jeannette Irigoin-Barrenne (Chile), Manuel Lopes Porto (Portugal) y José Vidal-Beneyto (España) en la 3.ª Reunión y Conferencia Plenaria de Cierre realizada en Asunción del 9 al 14 de agosto del 2004, numeral 13.

[45] La reunión preparatoria para el III Encuentro —previsto para el 21 y 22 noviembre del 2005— realizado en Montevideo el día 12 de setiembre del 2005, abordó igualmente el tema, el que se encuentra tanto en la agenda para la reunión preparatoria a ser realizada en Asunción los días 3 y 4 de octubre del 2005, en que sería presentado el proyecto de reglamentación por la Corte Suprema de Justicia del Uruguay, el cual será debatido y profundizado durante el III Encuentro de Supremos Tribunales y Cortes Supremas de Justicia del Mercosur previsto para los días 22 y 23 de noviembre de 2005 en Brasilia.

[46] La *Carta de Brasilia* fue suscrita en oportunidad del II Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Mercosur y Asociadas el 30 de noviembre del 2004.

[47] Artículo 5 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

miento de dichos trámites no suspenderá el plazo señalado en el artículo anterior, a menos que el propio Tribunal Permanente lo considere necesario.[48]

Resta determinar si los tribunales superiores de los Estados partes podrán ordenar la suspensión de los trámites ante los órganos nacionales. Entendemos aconsejable hacerlo, teniendo en cuenta que de otro modo la opinión evacuada no tendrá efecto alguno o llegará tardíamente. En el sistema europeo, los órganos nacionales suspenden el procedimiento aguardando que la cuestión prejudicial sea resuelta.[49]

De acuerdo con la reglamentación, el TPR no admitirá solicitudes de opiniones consultivas, cuando: a) resulten improcedentes de acuerdo con los artículos 1 a 3 del presente Reglamento, o b) se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión. [50]

11. Integración, convocatoria y funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión

Según el procedimiento previsto, a partir de la recepción en Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión de la petición o solicitud, el secretario procederá inmediatamente a comunicar dicha solicitud a los miembros del TPR,[51] que deberá estar integrado por todos sus miembros.[52] Esta última exigencia carece de practicidad, teniendo en cuenta que el Tribunal Permanente puede reglamentar la forma en que se organiza internamente para resolver estas cuestiones y que le está facultado incluir en sus reglas de procedimiento las que correspondan a la tramitación de las opiniones consultivas.[53]

El propio Reglamento establece que los miembros del TPR decidirán, de común acuerdo, quién de ellos tomará a su cargo la tarea de coordinar la redacción de la respuesta a la consulta. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, el presidente del TPR designará por sorteo el árbitro que desempeñará esta tarea.[54]

---

[48] Artículo 8 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[49] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01): "35. El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se Pronuncie. 36. Sin embargo, el juez nacional seguirá siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente en el caso de haberse planteado una cuestión de validez".

[50] Artículo 12 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[51] Artículo 6.2 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[52] Artículo 6.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[53] Artículo 6.4 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[54] Artículo 6.3 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

Con relación al plazo para emitir opiniones consultivas, el TPR se expedirá por escrito dentro del plazo de 45 días contados a partir de la recepción de la solicitud de la opinión consultiva.[55]

Fue previsto un sistema de agilización de trámites, dado que el TPR, a efectos de expedirse, funcionará mediante el intercambio de comunicaciones a distancia, tales como fax y correo electrónico, y sólo ante el caso de que considere o estime necesario reunirse informará previamente a los Estados partes, a los efectos de que éstos provean los fondos necesarios para asegurar su funcionamiento.[56]

12. Contenido de las opiniones consultivas

El ámbito previsto para las consultas[57] varía según sean los Estados partes o los órganos del Mercosur los que recurran y requieran opinión consultiva al TPR, o si son formuladas a través de los tribunales superiores de los Estados partes.

Respecto de los primeros, el TPR expedirá su opinión sobre "cualquier cuestión jurídica" de las fuentes jurídicas originarias y derivadas del Mercosur, comprendidas en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM.[58]

En el segundo supuesto, el TPR responderá o emitirá opinión a los tribunales superiores de justicia de los Estados partes, siempre que la consulta verse sobre la interpretación jurídica de la normativa Mercosur ya citada y en la medida en que se vincule con causas que estén en trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante. En otras palabras, no se podrán formular consultas antes de que exista una causa y que en ella surja una cuestión vinculada a la normativa mencionada.

Las opiniones consultivas se fundarán en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos[59] y deberán contener: a) una relación de las cuestiones

---

[55] Artículo 7.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[56] Artículo 7.2 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[57] "En el documento elevado a la reunión celebrada en Asunción para negociar el Reglamento, se ejemplificó acerca de las materias que pueden constituir el objeto de la consulta incluyendo entre las mismas, las siguientes: legalidad de una proyectada aplicación de una norma; interpretación de un derecho comunitario; dictamen sobre posibles conflictos de competencia entre órganos comunitarios, o entre éstos y Estados partes; legalidad de proyectados acuerdos del Mercosur con otras instituciones internacionales o con determinados estados". Va de suyo que la propuesta no prosperó pues la reglamentación aprobada la redujo en grado significativo". Dreyzin de Klor: o. cit.

[58] Artículo 3, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[59] Artículo 34 del Protocolo de Olivos: "Derecho aplicable. 1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de

sometidas a consulta; b) un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el Tribunal las hubiese pedido; c) el dictamen del TPR con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.[60] Las opiniones consultivas serán fundadas y suscritas por todos los árbitros intervinientes[61] y serán publicadas en el *Boletín Oficial del Mercosur*.[62] En el sistema europeo, la remisión por los órganos jurisdiccionales nacionales se efectúa por correo certificado.[63]

A título de referencia, con relación a las cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha indicado:

> 5. En el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el derecho comunitario o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional. Al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas de derecho nacional.[64]

13. Finalización del procedimiento consultivo

El procedimiento consultivo finalizará en tres supuestos:

a. "la emisión de las opiniones consultivas", las cuales, pese a no tener carácter vinculante, permiten al juez nacional establecer el alcance del derecho del Mercosur involucrado en la cuestión específica, de modo tal que al dictar resolución o sentencia tenga elementos de convicción suficientes sobre el derecho a ser aplicado;

Derecho Internacional aplicables a la materia. 2. La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de decidir la controversia ex aequo et bono, si las partes así lo acordaren".

[60] Artículo 9, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[61] Artículo 9, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[62] Artículo 13 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

[63] Respecto de las formas adoptadas en el Sistema Comunitario Europeo, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01). "20. La decisión mediante la cual el juez nacional somete una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia puede revertir cualquiera de las formad admitidas en su derecho interno para los incidentes procesales. Ahora bien, debe tenerse presente que este documento servirá de base al procedimiento que se sigan ante el Tribunal de Justicia y que éste debe disponer de los elementos que le permitan proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional Además, la petición de decisión prejudicial es el único documento que se notifica a las partes interesadas que pueden presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia —en especial, los Estados miembros y las instituciones— y el único que se traduce".

[64] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01).

b. "la comunicación al peticionante de que las opiniones consultivas no serán emitidas por alguna causa fundada, tal como la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del TPR", lo que a nuestro criterio no implica que no pueda ser reformulado;
c. "el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión"; en este caso, el procedimiento consultivo deberá ser finalizado por el TPR sin más trámite.[65]

En el último supuesto, se ha querido evitar que exista un pronunciamiento contradictorio entre el emitido por el TPR y el órgano jurisdiccional nacional, dado que, al no tener carácter vinculante, podría éste apartarse de su interpretación; sin embargo, entendemos que son ámbitos diferentes.

Las cuestiones sometidas al sistema de solución de controversias buscan la supresión de la norma interna que contradice las fuentes jurídicas del Mercosur o la terminación de los obstáculos de carácter discriminatorio que se producen de un modo general como afectación al comercio de bienes. En tanto, los conflictos suscitados en sede jurisdiccional nacional buscan resolver cuestiones concretas de afectaciones específicas, en un proceso que no será suspendido como efecto de una controversia por medio del sistema de solución de controversias del Mercosur. Por ello, privar al órgano jurisdiccional de una interpretación especializada que contribuirá a una solución coherente y armónica no parece justificado.

La reglamentación dispone también que todas las decisiones de finalización serán notificadas a todos los Estados partes a través de la ST.[66]

14. Efecto de las opiniones consultivas

De acuerdo con la Reglamentación, las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias,[67] por lo que, si bien el Protocolo de Olivos sólo expresó que éste órgano del Mercosur "podrá" establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas,[68] el CMC resolvió no dotar de este efecto a las consultas emitidas.

En la discusión de la modificación del Protocolo de Brasilia, el proyecto uruguayo, respecto de las opiniones consultivas, contemplaba una serie detallada de consultas que podían ser formuladas al Tribunal Permanente, lo que suscitó un gran debate de contenido doctrinal sobre el alcance que deberían tener las consultas y su efecto, es decir, si éstas podían ser consideras vinculantes o no, y también si debían referirse

---

[65] Artículo 10, numeral 1, del Reglamento del Protocolo de Olivos.
[66] Artículo 10, numeral 2, del Reglamento del Protocolo de Olivos.
[67] Artículo 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos.
[68] Artículo 3.º del Protocolo de Olivos.

sólo a cuestiones netamente técnicas o el Tribunal también abarcaría consultas pre-controversiales, así como si se podrían incluir hechos específicos o si serían exclusivamente consultas de carácter general.

En el análisis siempre existió coincidencia sobre la importancia que estas *opiniones* consultivas tendrían como prevención de controversias o la corrección de errores de aplicación o interpretación normativa en procesos de integración, razón por la cual estimamos que esta institución avanzará hacia que aquéllas tengan carácter vinculante.

Entre las razones por las cuales en el Protocolo de Olivos no se introdujo ya la posibilidad de opiniones consultivas vinculantes, se adujo que previamente debía haber una mayor profundización sobre los efectos que las consultas vinculantes tendrían sobre la normativa Mercosur y sobre los Estados partes, antes de que se alcanzara una etapa más avanzada en el proceso de integración y del perfeccionamiento del órgano hacia un sistema de tipo jurisdiccional. Por las mismas razones el Consejo del Mercado Común prefirió diferir a la reglamentación la determinación de su alcance, en la que primó, como se sabe, el carácter no vinculante de las opiniones consultivas.

No compartimos este criterio, como señalamos en su oportunidad, por cuanto el derecho de la integración requiere de opiniones técnicas y jurídicas para la aplicación e interpretación armónica del derecho común, de modo tal de evitar interpretaciones disímiles y aplicaciones discordantes que generan la sensación de un derecho incierto o inseguro. Estamos convencidos, no obstante, de que la institución servirá para armonizar las soluciones y la aplicación del derecho del Mercosur.

15. Algunas conclusiones sobre las opiniones consultivas en el Mercosur

1. La habilitación del procedimiento para formular opiniones consultivas al Tribunal Permanente establecido por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, al igual que el procedimiento para las cuestiones prejudiciales en el derecho comunitario europeo, es un instrumento destinado a obtener una interpretación sobre la aplicación del derecho común, de modo tal que los órganos jurisdiccionales nacionales no apliquen el derecho del Mercosur de forma diversa a cuestiones similares.

2. El diálogo entre los supremos tribunales y el Tribunal Permanente del Mercosur debe analizar los criterios respecto de las consultas que hagan referencia a la validez de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria, cuando contradicen las fuentes originarias.

3. Los supremos tribunales de los Estados partes deberán asegurar, en una primera etapa, que la formulación de las opiniones consultivas no se traduzca en un mecanismo de dilación de los procesos, para lo cual será necesario establecer pautas de admisibilidad, las que de modo alguno deben impedir o limitar las cuestiones que involucren efectivamente un interés real de interpretación.

4. No existe ningún obstáculo para que el Consejo del Mercado Común amplíe la legitimación atribuida para formular opiniones consultivas al Tribunal Permanente

de Revisión, teniendo en cuenta la competencia expresa efectuada en el Protocolo de Olivos que faculta al CMC a reglamentar el mecanismo.

5. La reglamentación de la relación entre los supremos tribunales de los Estados partes y el Tribunal Permanente de Revisión debe ser lo suficientemente flexible para facilitar la formulación de opiniones consultivas que permitan una interpretación coherente y armónica del derecho de la integración en el Mercosur.

6. Las opiniones consultivas deben versar sobre cuestiones objetivas acerca de la compatibilidad de la disposición nacional frente al derecho común establecido por los Estados partes, a fin de asegurar que este derecho, prevalente ante el derecho interno en el ámbito de la competencia atribuida, sea aplicado adecuadamente por los órganos nacionales.

7. El diálogo entre los órganos nacionales, a través de los tribunales supremos de cada Estado parte, con el Tribunal Permanente de Revisión no debe versar sobre cuestiones que impliquen exclusivamente interpretación del derecho interno o que sean competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales; deben limitarse a la cuestión concreta de aplicación del derecho del Mercosur, evitando en todo momento invadir la esfera de competencia judicial del órgano nacional.

8. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las cuestiones prejudiciales, que está sintetizada en la *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2005/C 143/01), es un marco referencial sobre los criterios de admisibilidad.

9. Las opiniones consultivas, en la medida en que el proceso de consolidación del Mercosur avance, deben ser encaminadas a tener naturaleza vinculante, por cuanto no afectan la competencia específica de los órganos jurisdiccionales nacionales ni juzgan los hechos específicos que son sometidos al Tribunal Permanente de Revisión, el cual tiene limitada su competencia a la coherencia del derecho del Mercosur.

10. Tampoco impide los recursos de control de constitucionalidad de los Estados partes, por el principio de jerarquía, por lo que todos los recursos destinados a preservar los principios y garantías constitucionales están reservados a los supremos tribunales, a los que compete precisamente velar por la aplicación coherente del derecho y del respeto al orden de prelación constitucional previsto en la Constitución nacional de cada uno de los Estados partes.

11. La formulación de una opinión consultiva debe ser requerida cuando el órgano nacional necesita una interpretación para emitir su resolución o sentencia; la consulta debe limitarse a la cuestión vinculada al derecho del Mercosur, sin requerir pronunciamiento u opinión sobre la cuestión de fondo.

12. Si bien las opiniones consultivas serán potestativas de los órganos nacionales, dado que no existe una subordinación al Tribunal Permanente del Mercosur, es aconsejable que, ante la duda sobre la validez de una norma derivada frente a las fuentes originarias o la posible incompatibilidad de una norma interna, los órganos nacionales recurran a este procedimiento a fin de asegurar la aplicación armónica del derecho del Mercosur.

13. El Tribunal Permanente de Revisión no está obligado a responder las opiniones consultivas que le sean requeridas cuando se trate de cuestiones consideradas *ficticias* o *hipotéticas*; en tal caso debe limitarse a expresar la fundamentación de que ello no corresponde al ámbito de su competencia.[69] Los tribunales superiores de los Estados partes no deben encaminar requerimientos de opiniones consultivas respecto de cuestiones que impliquen consultas hipotéticas.

14. Las opiniones consultivas serán un extraordinario instrumento de armonización y aplicación coherente del derecho del Mercosur, que contribuirá a la consolidación del sistema de solución de controversias al dar certeza y seguridad jurídica sobre el derecho de la integración.

Bibliografia

ALONSO GARCÍA, Ricardo y otros: *Contribución al perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*, informe final redactado por el Comité de Redacción y Propuesta integrado por Ricardo Alonso García (España), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Ronald Herbert (Uruguay), Luiz Otavio Pimentel (Brasil), Roberto Ruiz Díaz-Labrano (Paraguay), Juan Antonio Cremades (España), Jeannette Irigoin-Barrenne (Chile), Manuel Lopes Porto (Portugal) y José Vidal-Beneyto (España) en la 3.ª Reunión y Conferencia Plenaria de Cierre realizada en Asunción del 9 al 14 de agosto del 2004.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

— *El juez español y el derecho comunitario. Jurisdicciones constitucionales y ordinarias frente a su primacía y eficacia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

— *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BOLDORINI, María Cristina: "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni, 1994.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana: "La integración económica y la interpretación uniforme del derecho", en *El Derecho*, n.º 168, pp. 1042.

---

[69] El TJCE se ha pronunciado en el asunto C-225/02 del siguiente modo: "[…] la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio (véanse las sentencias Djabali, antes citada, apartado 19; Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, antes citada, apartado 42, y de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi y otros, asuntos acumulados C 480/00 a C 482/00, C 484/00, C 489/00 a C 491/00 y C 497/00 a C 499/00, Rec. p. I 0000, apartado 72)".

DREYZIN DE KLOR, Adriana: *El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones*, ‹http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a5ADK.pdf›.

DRNAS DE CLÈMENT, Zlata: *Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración: Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CAN) y Mercosur (MS)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), ‹http://www.acader.unc.edu.ar›.

HOFMEISTER, Wilhelm, y Franklin TREIN (orgs.): *Anuario Brasil-Europa. Solução de controvérsias, arbitragem comercial e propiedade intelectual*, Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Madrid: Trivium, 1997.

NOODT TAQUELA, María Blanca: "Solución de controversias en el Mercosur", en *Jurisprudencia Argentina* n.º 6052, número especial *Mercosur*.

PALLARÉS, Beatriz, y Enrique ARAGÓN: "Problemas procesales en el ámbito del Mercosur. El acceso a la jurisdicción", en Miguel Ángel CIURO CALDANI (coord.): *Del Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

PEROTTI, Alejandro, y Deysi VENTURA: *Primer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur*, Montevideo: Secretaría Técnica Jurídica del Mercosur, Estudio n.º 003/04, 2004.

PEROTTI, Alejandro, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, 2 t., Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

— *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*, Secretaría General de la Comunidad Andina.

REY CARO, Ernesto: "La solución de controversias en el Mercosur", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. VII, 1996-1997, p. 295.

— *El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, Córdoba: Marcos Lerner.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (coord.): *Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur*, conclusiones del Foro sobre el Protocolo de Olivos, Asunción, 6 de septiembre de 2002.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto: "El Protocolo de Olivos, nuevo sistema de solución de controversias en el Mercosur", *Anuario Brasil-Europa*, Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

— *Mercosur, integración y derecho*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

SECRETARÍA TÉCNICA JURÍDICA DEL MERCOSUR: *Un foco para el proceso de integración regional*, primer informe semestral de la Secretaría del Mercosur. Montevideo, 2004.

VENTURA, Deysi, y Alejandro PEROTTI: *El proceso legislativo del Mercosur*, Montevideo: Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur y Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Ricardo Vigil Toledo (Perú)*

El Tribunal de Justicia Permanente de la Comunidad Andina y el Mercosur

1. Introducción

En anterior oportunidad me ocupé, en sendos artículos publicados en este *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, de la consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina[1] y de la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.[2] Posteriormente, con base en esos artículos, formulé una propuesta para la construcción de un Tribunal para la Comunidad Sudamericana de Naciones.[3] Los tres temas tratados con anterioridad guardan estrecha relación entre sí y constituyen los antecedentes del presente artículo, donde, basándome en los elementos expuestos en ellos, hago un aporte para considerar la posibilidad real de establecer un Tribunal Permanente para la nueva Comunidad que se ha creado el pasado 8 de diciembre en la ciudad de Cuzco (Perú) bajo la denominación de Comunidad Sudamericana de Naciones.

En los artículos antes mencionados me había referido a la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (de aquí en adelante, TJCA) y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (de aquí en adelante, TPR), cooperación que debería desembocar en la creación de un Comité Judicial Mixto CAN-Mercosur,

---

* Magistrado principal por el Perú del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las opiniones vertidas en este ensayo son a título personal y no reflejan necesariamente la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <jachpicasso@hotmail.com>

1 Véase el *Anuario 10 años*, vol. II, pp. 939 ss.

2 Véase el *Anuario 11 años*, pp. 779 ss.

3 Véase DeCITA 03.2005, Buenos Aires: Zavalia, pp. 640 ss.

que estuviera conformado por dos magistrados del TJCA y dos del TPR, para que examinara de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales a fin de garantizar, en lo posible, una interpretación homogénea de los acuerdos de libre comercio celebrados bajo el Acuerdo de Complementación Económica 59 entre la Comunidad Andina y el Mercosur.

Señalaba, asimismo, que dicha cooperación debería extenderse a estudiar la posibilidad de armonizar la legislación tanto de los países del Mercosur como los de la CAN en tres temas específicos: a) las disposiciones comunes en ambos bloques sobre el derecho de la competencia; b) la legislación armonizada en ambos bloques en materia de propiedad intelectual, y c) la legislación en materia de transporte multimodal que haya sido identificada por la Comisión Administradora, de acuerdo con lo dispuesto en el título XVIII del Acuerdo de Complementación Económica CAN-Mercosur.

Por último, recomendaba que el Comité Judicial Mixto CAN-Mercosur preparase los proyectos de Acuerdo de Complementación Económica a fin de garantizar que los textos, en los temas antes citados, fueran idénticos, así como que preparara el proyecto de reglamento para el funcionamiento de lo que en el futuro podría ser el Tribunal de Justicia de la CAN y el Mercosur y que finalmente podría convertirse en el Tribunal de Justicia Permanente de América del Sur.

Desde entonces, los dos grupos regionales han dado pasos decisivos para la conformación de esa nueva comunidad de derecho. Al momento de escribir estas líneas ya había quedado formalizada la adhesión de los países del Mercosur como miembros asociados de la Comunidad Andina, lo que constituía el viaje de vuelta de la primera adhesión, paulatina, de los países de la Comunidad Andina al Mercosur, formalizada el año pasado. Con ese viaje de ida y vuelta existe ahora, además de la Declaración Política del Cuzco, del 8 de diciembre, que extendió la partida de nacimiento de la Comunidad Sudamericana de Naciones, un ente conformado por ambos grupos regionales, aunque sus miembros tienen, todavía, estatus diferentes, ya que los países que los conforman son, recíprocamente, miembros asociados de ambos pero no miembros plenos. Es, sin embargo, un paso decisivo que confirma la voluntad política de la integración sudamericana. En la próxima reunión presidencial se abordarán, por primera vez, temas específicos para lograr una armonización de políticas y, es de esperar, de normativa jurídica.

Entre los temas elegidos se encuentra el de la integración física, en consideración de los avances del proyecto IIRSA (Iniciativa de Integración Regional Sudamericana), y dentro de este esquema pienso que debería tratarse la armonización de las normas que regulan el transporte multimodal y sus aspectos complementarios, tales como la reglamentación del transporte terrestre, el tránsito aduanero y el régimen general de las hidrovías de las cuencas del Amazonas, del Orinoco y del Paraná y Río de la Plata, a fin de que esta normativa uniforme sirva de base y complemento a las obras de infraestructura que permitan conectar a todos los países de la región.

Este artículo está dedicado a colaborar en la búsqueda de lograr una normativa común en tales cuestiones, como un primer paso en este esquema, y establecer el mecanismo para conseguir que dicha normativa pueda ser interpretada y aplicada de manera uniforme en todo el espacio sudamericano. Como ha sido recordado de manera constante, la piedra angular de una comunidad de derecho "no es sin más una misma norma común, sino una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros".[4]

2. La profundización de la integración económica y política de América del Sur

El secretario general de la CAN, durante una reunión celebrada en Montevideo,[5] sintetizó en cinco puntos cardinales una posible aproximación de ambos bloques en el marco jurídico intersubregional, de los cuales es menester resaltar tres, pues en ellos está sintetizada la posibilidad real de la fundación de una verdadera Comunidad Sudamericana de Naciones, como una comunidad de derecho.

1. celebrar un Tratado Marco CAN-Mercosur que asegure la convergencia y la capacidad de articulación regional;
2. institucionalizar órganos con capacidad de adoptar decisiones vinculantes, y
3. establecer un mecanismo jurisdiccional de solución de controversias que garantice el respeto de los compromisos asumidos.

Este derrotero, confirmado por las declaraciones de su par, el presidente del Comité de Representantes Permanentes de Mercosur, no solo cerró un largo periplo de conversaciones, aproximaciones y convergencias, sino que situó, en términos reales y bien definidos, el rumbo inexorable que deberá seguirse para alcanzar la tan ansiada integración sudamericana y luego latinoamericana, en una larga travesía no exenta de peligros, trampas y tentaciones para abandonarla.

Bien es sabido que el sistema de solución de controversias de la CAN difiere sustancialmente del de Mercosur; mientras el primero sigue el modelo concebido por los padres fundadores de la Unión Europea, Jean Monet y Robert Schumann, que instituyó desde la misma creación de la Comunidad del Acero y del Carbón un Tribunal de Justicia Permanente, el segundo tiene una estructura para servir a un acuerdo más vinculado al libre tránsito de mercancías, lo que lo asemeja a un tratado de libre

---

[4] Ricardo Alonso García: *El juez español y el derecho comunitario*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 214.

[5] Véase la *Nota de prensa de la Comunidad Adnina* del 11 de octubre de 2004, bajo el título "Decisión política de integración sudamericana, está ya tomada asegura Allan Wagner".

comercio, que, si bien magnificado, no corresponde todavía a una integración económica y política como lo son el proceso europeo y el andino.

La creación del TPR del Mercosur mediante el Protocolo de Olivos fue el primer paso y acaso el más firme en la profundización del proceso de integración de dicho grupo regional, aun cuando fue fruto de una transacción y no tiene, por eso, las características de que gozan tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, de aquí en adelante) como el TJCA. El TPR es un mecanismo alterno en la solución de controversias, ya que el instrumento jurídico que lo crea, permite que el asunto materia de la controversia pueda ser también ventilado en el "sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur", con la salvedad de que, una vez elegida la alternativa, ésta se convierte en obligatoria.

El Protocolo de Olivos creó, además, la institución de las opiniones consultivas del TPR, que se asemejan a las interpretaciones prejudiciales de los TJCE y TJCA, y otorgó mandato al Consejo del Mercado Común para que defina su alcance y sus procedimientos. Ésta es otra creación que acerca aún más la posibilidad de cooperación entre el TPR y el TJCA y fortalece el proceso de integración en la medida en que un sistema de opiniones consultivas —bien estructurado— puede no sólo garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todo el territorio del Mercosur, sino propiciar un acercamiento real entre ambos tribunales para asegurar una interpretación uniforme en todo el Espacio Económico Sudamericano, aunque, bien es cierto, en limitadas competencias.

El TPR actúa como un verdadero tribunal de casación en el caso de la revisión de los laudos librados por los tribunales arbitrales *ad hoc*, y como tribunal ordinario permanente de última instancia cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente al TPR. En este caso tiene las mismas competencias que los tribunales arbitrales *ad hoc*. Hay que señalar, sin embargo, que los laudos de los tribunales *ad hoc* dictados con base en los principios *ex aequo et bono* no son susceptibles de recurso de revisión ante el TPR.

¿Qué caracteriza un verdadero proceso de integración social, económico y político? Tomando como paradigma el proceso de la Unión Europea, que la Comunidad Andina sigue de cerca, podríamos señalar los siguientes elementos:

- un *tratado de integración* que cree un ente supranacional y la cronología de un proceso paulatino que incluya no sólo aspectos económicos, sino también sociales y políticos, con un garante de la legalidad del proceso mismo;
- una *transferencia ordenada y puntual de competencias* a esta comunidad de derecho y la creación de un nuevo derecho supranacional;
- la creación de un ente legislativo y de una agencia ejecutiva, independientes entre sí y de los países que conforman el acuerdo de integración.

En buena cuenta, son los mismos que pergeñó el secretario general en la mencionada ayudamemoria, con la única diferencia de que el garante de la legalidad, es decir, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Sudamericana de Naciones, debe ser creado antes que los organismos legislativos.

La partida de nacimiento de un proceso de integración consiste en una transferencia de competencias en favor de un ente supranacional y, en consecuencia, una limitación de poderes de los países que la conforman. Esto debe constar de forma clara y precisa en el tratado fundacional; de otro modo, se establecería sólo un mecanismo de cooperación, que es lo que, en esencia, contienen los tratados internacionales clásicos y lo que normalmente se utiliza para acercar a países o grupos regionales antes de iniciar lo que puede llamarse, en propiedad, un proceso de integración.

Es con la atribución o con la transferencia de competencias y poderes, y la creación de un garante de esa nueva legalidad, aunque sea en un solo aspecto, que se inicia propiamente el proceso de integración. Es entendible, por cierto, que en un comienzo este acuerdo esté limitado exclusivamente a aspectos económicos, pero ello no desvirtúa sino que más bien refuerza la voluntad de integración, que necesariamente debe hacerse de manera paulatina y progresiva, incorporando en la agenda otros aspectos, como la agenda social, "que es la agenda de lucha contra la pobreza, la exclusión y la desigualdad", como lo ha anunciado recientemente el secretario general de la Comunidad Andina.

3. La creación de un Tribunal Permanente para la nueva Comunidad

Cuando en anterior oportunidad me ocupé de la cooperación que debería haber entre el TPR y el TJCA, concluí que un primer paso hacia ella podría ser la creación de un Comité Judicial Mixto CAN-Mercosur que estuviera representado por dos magistrados del TJCA y del TPR, para que examinaran de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales a fin de garantizar, en lo posible, una interpretación homogénea de los acuerdos de libre comercio celebrados bajo el Acuerdo de Complementación Económica n.º 59 entre la Comunidad Andina y el Mercosur. Este Comité Mixto no tendría, por cierto, facultades jurisdiccionales, pero sería un mecanismo de cooperación y coordinación que bien podría ser el antecedente directo de un Tribunal Permanente de la CAN y el Mercosur, y en un futuro el del Tribunal Permanente de América del Sur. Podría sesionar en forma alterna en la sede de la Secretaría Técnica del Mercosur, en Montevideo, y en la sede de la Secretaría General de la CAN, donde se le debería brindar el apoyo y las facilidades para su labor, con las Secretarías de ambos Grupos Regionales actuando como secretarías pro témpore.

Este Comité tendría por objeto establecer las bases para la profundización de la cooperación entre ambos tribunales, con el fin de crear un tribunal independiente del TPR y del TJCA, pero integrado por miembros de ambos, con atribuciones exclusivas

para la interpretación y aplicación uniforme de las competencias señaladas anteriormente, que han sido escogidas teniendo en cuenta la posibilidad real que existe de armonizar la normativas en esos tres campos específicos. Existe al respecto todo un bagaje normativo que se ha creado alrededor de estos asuntos, siguiendo fundamentalmente las grandes pautas internacionales, lo que hace que no sea del todo difícil armonizar las legislaciones vigentes en ambos grupos subregionales.

Estos tres elementos, que tienen prioridad en la agenda comercial, sumados a los tratados de libre comercio celebrados como acuerdos de alcance parcial de complementación económica en el marco de la ALADI, constituirían un buen punto de partida que permitiría avanzar en el largo proceso de integración que ya existe en América del Sur, y le darían forma y contenido al Espacio Económico Sudamericano, al dotarlo de un mecanismo que asegurase la interpretación uniforme, en todo el territorio sudamericano, de una normativa común en una área tan sensible en la región como es el derecho comercial.

Una vez armonizadas estas legislaciones, deberían ser aprobadas mediante tratados que incluyan una provisión que asegure la aplicación inmediata de sus normas sin necesidad de exequátur. Tendrían así prioridad sobre cualquier otra norma interna de los países que conforman esta nueva comunidad. La uniformidad en la interpretación se aseguraría mediante el mecanismo de la consulta prejudicial que harían los jueces nacionales a este nuevo Tribunal de la CAN y el Mercosur, que eventualmente podría convertirse en el futuro Tribunal Permanente de América del Sur, cuando se haya efectuado la transferencia de competencias y atribuciones respectivas a esa nueva comunidad de derecho, lo que implica necesarias reformas en textos constitucionales en varios de los países que la conformarían.

El mecanismo de la consulta prejudicial, en los temas específicos señalados, tendría que ser obligatorio y vinculante; de lo contrario, no tendría sentido ni siquiera incluir el tema para una discusión seria. Es más, si no fuera vinculante ni obligatoria, en lugar de armonizar la interpretación, no haría sino aportar dilación en la tramitación de los procesos y, más peligroso aún, podría sembrar confusión e incertidumbre. De no aceptarse este predicamento, convendría detener ahí el proceso de integración política y convertirlo en uno de cooperación económica y social, ratificando así lo que actualmente existe entre los países que conforman ambos grupos regionales.

Identificadas estas competencias y efectuadas las atribuciones correspondientes, el Tribunal Permanente de la CAN y el Mercosur podría funcionar de manera alterna, en Asunción y en Quito, con once magistrados: los cinco del TPR, los cinco del TJCA más otro juez elegido por ambos grupos. El Tribunal podría actuar en dos salas de cinco magistrados cada una, compuestas por tres magistrados del TPR y dos del TJCA cuando sesionen en Asunción y tres del TJCA y dos del TPR cuando sesionen en Quito, en ejercicio de las competencias atribuidas mediante la consulta prejudicial. Podría reunirse una o dos veces por año en sala plena, para atender asuntos de política institucional y de organización con los once magistrados mediante el sistema

de videoconferencia, tal como fue aprobada la decisión de la Comisión que incorpora como miembros asociados de la CAN a los cuatro países miembros del Mercosur.

4. El ejercicio interino de las competencias específicas

En tanto no quede legalmente constituido el sugerido Tribunal Permanente de Justicia de la Comunidad Sudamericana de Naciones, lo que obviamente podría llevar un tiempo considerable por las implicaciones que comporta, se podría establecer de inmediato el Comité Judicial CAN-Mercosur, conformado por magistrados del TJCA y el TPR, para la preparación de textos de una normativa uniforme en las competencias específicas antes señaladas, y luego de la aprobación de dichos textos se puede proceder a la creación del Tribunal Permanente CAN-Mercosur, que en un principio sólo tendría competencia para la interpretación prejudicial en los temas sugeridos.

No cabría, por cierto, por el momento, encargar a estos tribunales regionales la interpretación del tratado que crearía la Comunidad Sudamericana de Naciones, toda vez que ello implicaría otorgarles las facultades y la competencia para el ejercicio de las acciones de anulación y de incumplimiento. Si bien éstas son fundamentales para garantizar el proceso de integración, dicha atribución corresponde a un estado más avanzado del proceso de la integración sudamericana, y no sería recomendable que se ejercieran hasta que no se hayan definido, en toda su extensión, la naturaleza y el carácter de la integración a que se aspira.

Un exceso en la atribución de competencias, en esta etapa de consolidación, podría ahogar el proceso y hacer nugatorio el esfuerzo y la voluntad de los países miembros en la construcción de este colosal empeño.

El ejercicio de la cooperación entre ambos tribunales, en las materias especificas señaladas, constituiría no sólo un gran avance en el proceso de integración al asegurar la interpretación uniforme de una normativa que, de hecho, pasaría a ser una normativa comunitaria CAN-Mercosur, sino que reforzaría la posición de ambos bloques en las negociaciones de tratados de libre comercio, tanto bilaterales y regionales como también internacionales, en foros como el de las Naciones Unidas o el de la Organización Mundial de Comercio. Sería, además, una base sólida para el futuro ejercicio de otras competencias del Tribunal Permanente de Justicia de la Comunidad Sudamericana de Naciones o el Tribunal Permanente de América del Sur, para que se constituya en el garante de la legalidad de los tratados de integración que darían el marco constitucional a esa nueva comunidad de derecho, con facultades de declarar la anulación de actos y de normas que se expidan en contravención de aquéllos y declarar el incumplimiento de los países miembros cuando no observen las obligaciones emanadas de dichos convenios.

Un *acuerdo de complementación económica* entre los países que conforman ambos grupos regionales podría establecer este mecanismo de cooperación entre ambos tribunales con la creación de este Comité Judicial para la implementación de las men-

cionadas recomendaciones, que podría desembocar, a su vez, en la adopción de sendos acuerdos de complementación económica en estos tres temas específicos, que aseguraran una armonización de las legislaciones de los diez países que conforman ambos grupos regionales. Esta práctica estaría alentada por aquella, generalmente aceptada en el derecho internacional público, según la cual los tribunales nacionales, al buscar la armonización del derecho en determinadas áreas, como son las del caso, deben tener en cuenta, en la interpretación del convenio, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

El Tribunal así constituido podría empezar a funcionar tan pronto se aprobaran las normas a que hemos hecho referencia, limitándose a absolver las consultas de los tribunales nacionales. Las sesiones de este nuevo Tribunal podrían hacerse mediante el mecanismo de videoconferencias y su labor sentaría las bases de una profundización en el proceso de integración, para en el futuro convertirse en el garante de la legalidad de la nueva comunidad de derecho, cuando se hayan podido "institucionalizar órganos con capacidad de adoptar decisiones vinculantes". En otras palabras, cuando se haya adoptado el tratado marco —que sería la Carta constitucional— que cree los organismos ejecutivos y legislativos; es decir, un Consejo, como se lo llama en la Unión Europea, o una Comisión y un Consejo de Cancilleres, como se los llama en la Comunidad Andina, que puedan adoptar decisiones de aplicación directa e inmediata y con primacía frente a las legislaciones nacionales.

Éste sería un segundo gran paso en la profundización de la integración, en tanto se pueda contar con un Parlamento Sudamericano que legisle, bien conjuntamente con la Comisión o con el Consejo de Cancilleres, de manera independiente en materia de derecho comunitario. Larga andadura si vemos que la Unión Europea, próxima a cumplir sus bodas de oro, no cuenta aún con un Parlamento que pueda legislar de manera independiente del Consejo de Europa.

5. La futura legislación de la CAN-Mercosur sobre propiedad intelectual

La Comunidad Andina ha desarrollado el tema de la propiedad intelectual a lo largo de varias decisiones —85, 311, 313, 344— hasta llegar finalmente a la decisión 486, que es la actualmente vigente y que fue promulgada para incorporar el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, el Acuerdo ADSPIC o, en inglés, TRIPs, que, como se sabe, establece estándares mínimos universales en materia de patentes, derechos de autor, marcas, diseños industriales, indicaciones geográficas, circuitos integrados e información no divulgada.[6] Este Acuerdo fue incorporado como parte del Acuerdo que crea la Orga-

---

[6] Véase más extensamente Carlos Correa: *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

nización Mundial del Comercio —que sustituyó a la antiguo Acuerdo General de Tarifas y Comercio, más conocido como GATT, en el Tratado de Marrakesh—, pero, al parecer, como bien sospecha el premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, "la mayoría de quienes firmaron el acuerdo no comprendían cabalmente lo que estaban haciendo".[7] Por eso concluyó diciendo que "la propiedad intelectual no debió nunca haber sido incluida en un acuerdo de comercio, al menos en parte, porque su regulación está claramente más allá de las aptitudes de los negociadores comerciales".

En todo caso, ese acuerdo está incorporado como una norma comunitaria en la Comunidad Andina en la decisión 486, que ha construido sobre la base de los estándares mínimos del Acuerdo TRIPs. En el caso del Mercosur, figura como anexo al Tratado de Asunción de 1995 y como el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen. De acuerdo con la normativa del Mercosur, dicho Protocolo debe ser ratificado por los Parlamentos de los cuatro Estados partes; si bien hasta el momento sólo lo han hecho Paraguay y Uruguay, los demás países del Mercosur aplican los criterios del Protocolo como norma nacional. Éstos siguen, básicamente, el contenido del Acuerdo TRIPs de la OMC, por lo que fácilmente podrían compatibilizarse con la normativa de la Comunidad Andina. Argentina y Brasil continúan aplicando las normas nacionales de propiedad intelectual, las cuales también se encuentran en armonía con lo que señala el Acuerdo TRIPs; en el caso de Brasil, específicamente, de hecho se ha reproducido el Acuerdo TRIPs como norma interna.

En términos generales, una armonización en este tema, sobre todo en los aspectos secundarios no contemplados en el Acuerdo TRIPs de la OMC, no parece difícil, más aún cuando en la actualidad varios países de la Comunidad Andina están discutiendo un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica que podría inducir a una modificación en el texto de la decisión 486.

Finalmente, las decisiones sobre propiedad intelectual constituyen un acervo muy preciado del Tribual de Justicia de la Comunidad Andina, que a lo largo de los años ha venido desarrollando una importante jurisprudencia a través de sentencias de interpretación prejudicial que podrían convertirse en un importante aporte para las futuras interpretaciones sobre esta materia del Tribunal del Espacio Sudamericano.

6. Las normas armonizadas sobre la defensa y la promoción de la competencia

El Acuerdo de Cartagena dispone en su artículo 93 que la Comisión adopte las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar

---

[7] Véase Joseph Stiglitz: "Los derechos de propiedad intelectual", en el diario *La República*, Lima, 15 de agosto de 2005.

la competencia dentro de la subregión. En cumplimiento de dicho mandato, la Comisión adoptó en diciembre de 1971 la decisión 45, luego sustituida por la decisión 285, que incorporó, además de los temas anteriormente tratados, de prácticas de *dumping* y subvenciones, las restricciones a las exportaciones y las prácticas restrictivas de la libre competencia, introduciendo la relación de causalidad entre las prácticas y el perjuicio, además de procedimientos más específicos para la aplicación de estas normas.

Cabe indicar que la decisión 285 sólo fue invocada en cuatro oportunidades y únicamente en dos de ellas la Secretaría General inició las investigaciones correspondientes, aunque no autorizó la aplicación de medidas correctivas. Finalmente, con fecha 29 de marzo de 2005, la Comisión promulgó la decisión 608 y dictó las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

El 29 de marzo de 2004 se aprobó la decisión 608, mediante la cual se adoptaron las normas para la protección y promoción de la libre competencia que hoy rigen en la Comunidad Andina, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena que facultan a la Secretaría General, órgano ejecutivo del Sistema Andino de Integración a adoptar o autorizar las medidas necesarias para prevenir o corregir distorsiones en la competencia subregional. El antecedente inmediato de la mencionada norma fue la decisión 285 de la Comisión, que, haciendo un símil con el procedimiento antidumping, pretendía la adopción de medidas correctivas contra las prácticas distorsionantes de la competencia.

Precisamente, el error de concepción de la norma anterior y su estructura poco operativa fueron determinantes de su aplicación prácticamente nula durante los años de su vigencia. Ello, junto con la necesidad de contar con una norma mejor concebida para la realidad de un mercado subregional en expansión, fueron determinantes en la búsqueda de un tipo de normativa cuyo objeto fuera la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción entre los agentes económicos que operan en la subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración.

De esta manera se gesta una norma que parte del concepto de la cooperación entre las autoridades nacionales de la libre competencia y la autoridad subregional, de tal suerte que, en tanto las primeras, por razones operativas, asumen el peso de la investigación de los hechos, la segunda tiene en sus manos la determinación de las medidas cautelares y el tipo de sanción aplicable, en los casos en los que se concluya la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia cuyo origen o efectos involucren a dos o más países miembros, incluso si el origen de la práctica estuviera fuera de la subregión. Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo específico, la imposición al infractor de condiciones u obligaciones determinadas o multas. La aplicación concreta de estas medidas se sujeta, en todo caso, a los mecanismos de derecho interno disponibles para la autoridad nacional de competencia concernida en el caso.

Por lo demás, sólo cabría indicar que la nueva normativa toma de ambas tradiciones, la americana y la europea, las definiciones y tipificación de conductas más aceptadas de la disciplina, en una división que hoy ya nos resulta clásica: la de las prohibiciones *per se* y las relativas o sujetas a la regla de la razón, sea que se actúe en posición de dominio —en cuyo caso se castigará el abuso de dicha posición— o en concierto o paralelismo de agentes económicos. Estos conceptos, vale anotar, pueden incluir la actividad empresarial del Estado. Una nota final a considerar es la existencia de una prohibición general, dirigida a los países miembros en la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, de impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado subregional.

En el Mercosur, la libre competencia se configura como un principio cardinal, "base del orden público económico que informa el ordenamiento jurídico que se plasma teleológicamente en el artículo 1 del Tratado de Asunción",[8] y la normativa existente está contenida en la decisión CMC 21/94 sobre "Pautas generales de armonización para la defensa de la competencia y en el Protocolo de Defensa de la Competencia". Estos instrumentos señalan que es de competencia exclusiva de cada Estado parte del Mercosur la "regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan".

Los dispositivos establecen un órgano específico que actúa dentro de la órbita de la Comisión de Comercio de Mercosur y debe intervenir sólo si los efectos de la conducta o acto anticompetitivo trascienden las fronteras del Estado parte respectivo; de lo contrario, cada Estado parte debe aplicar su legislación interna.

Es muy pronto para evaluar las bondades de la nueva norma andina, pero por lo menos en el plano legislativo puede afirmarse desde ya que se ha dado un paso muy importante de desarrollo y modernidad en este campo del quehacer jurídico y empresarial, que abre la puerta a un esquema de cooperación que podría servir también de base para involucrar a ambos bloques subregionales, sin que ello implique insertar en ninguno de ellos reformas normativas sustanciales.

7. La legislación uniforme en materia de transporte multimodal

Finalmente, este tercer tema también está mencionado, de manera colateral, en el derrotero del secretario general cuando señala como uno de los puntos fundamentales de la convergencia entre ambos bloques "el desarrollo de la infraestructura". Se refiere, sin lugar a dudas, al proyecto del IIRSA que pretende vertebrar todo el subcontinete mediante ejes de integración que incluyen carreteras e hidrovías, mejoras en

---

[8] Julio Figueredo: "Derecho de la competencia e integración económica. La situación en el Mercosur", en *Cuadernos de Época. Serie Integración Económica* 2, Buenos Aires: Ciudad Argentina.

los puertos de manera que sean lugares de tránsito más que de destino, para el desarrollo integral, económico y social de todo el subcontinente. Es una obra de gran envergadura que requiere, como soporte, una adecuada legislación uniforme en transporte multimodal a fin de que el tránsito de mercancías pueda recorrer sin interrupción todos los espacios para llegar a su destino, amparadas las mercancías en un solo documento de transporte.

Los documentos preparados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) A/CN.9/WG.III/WP.32 y A/CN.9/WG.III/WP(1) constituyen actualmente la base del Proyecto de Instrumento sobre el Transporte (total o parcialmente marítimo) de Mercancías, que se encuentra en debate.

El mandato se originó, técnicamente, cuando UNCITRAL, al examinar la labor futura en el ámbito del comercio electrónico en su 29 período de sesiones, en 1996, estudió una propuesta para que incluyera en su programa de trabajo un examen de las prácticas y leyes actuales en la esfera del transporte marítimo internacional de mercancías, "con miras a determinar la necesidad de normas uniformes en aquellas esferas en que no existieran dichas normas a fin de lograr una mayor uniformidad de las leyes". No obstante, la razón detrás era, por un lado, superar el *impasse* que se había producido por la entrada en vigor del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Internacional de Mercaderías (en adelante, Reglas de Hamburgo), de 1978, que alteró el *statu quo* del Estatuto del Transporte de Mercaderías por Mar, sustentado en el Convenio de Bruselas, de 1924, y sus ampliatorias y modificatorias (en adelante, Reglas de La Haya-Visby), y, por otro lado, la falta de entrada en vigor del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional, de 1980 (en adelante, CTM 1980).

El proyecto de UNCITRAL busca sustituir un régimen que se encuentra vigente desde 1924 (Reglas de La Haya-Visby), modificado en 1978 (Reglas de Hamburgo); en caso de aprobarse, se convertiría en el estatuto del transporte internacional de mercaderías no sólo por mar sino por transporte multimodal. El tema es especialmente sensible para la región andina, donde los países que conforman la CAN han alcanzado un alto grado de uniformidad en la normativa del transporte multimodal, merced a las decisiones 331 y 393, los intentos de ALADI y de la Conferencia de Ministros de Transporte de América del Sur, y sobre todo por la prioridad que han dado sus gobiernos a la Iniciativa de Integración Regional Sudamericana (en adelante, IIRSA) y, dentro de esa iniciativa, por los proyectos de interconexión y de integración de las cuencas del Amazonas, Orinoco, Paraná y del Río de la Plata.

Es además especialmente importante para todos los países sudamericanos, pues en casi todos se ha seguido, con pequeñas variantes, el sistema de transporte multimodal internacional reproduciendo las líneas maestras del CTM 1980, que ahora se busca sustituir. Finalmente —y tal vez lo más relevante—, el tema también se inserta en la profundización de la Comunidad Sudamericana de Naciones como elemento vertebrador de la integración física a la que se le ha dado tan alta prioridad.

La empresa acometida por UNCITRAL es, sin duda, un proyecto ideal, ambicioso, pues de lograrse se simplificaría enormemente la documentación y unificaría todo el régimen legal del transporte internacional de mercaderías cuando hay un tramo marítimo, lo cual se traduciría en un beneficio tangible para el comercio exterior, con una significativa reducción de costos. Pero ese desiderátum parece inalcanzable por el momento, y en lugar de lograrse la tan ansiada uniformidad se estaría contribuyendo a paralizar el proceso de ratificación de los dos convenios de las Naciones Unidas sobre este particular, así como añadiendo un nuevo sistema de responsabilidad a los existentes, con lo cual se crearía una confusión mayor que la actual.

Aunque es probable que el CTM 1980 no llegue a entrar en vigor, constituye, sin embargo, la base de la legislación de la Comunidad Andina y de los acuerdos adoptados por el Mercosur y, en general, de los ministros de Transporte de América del Sur. Si bien estos dos últimos instrumentos no constituyen *lex lata*, para los países del Mercosur son un referente obligatorio en orden a armonizar la legislación sudamericana a la luz del proyecto de IIRSA y, sobre todo, el de la consolidación de la Comunidad Sudamericana de Naciones, dado que si se aprobara esta legislación se estaría sancionando un régimen uniforme en todo el subcontinente, que coadyuvaría a la creación del Tribunal Sudamericano de Naciones, el cual sería el encargado de interpretar de manera uniforme dicha legislación, al igual que la de la propiedad intelectual y la defensa de la competencia.

No hay que olvidar que, en el caso del Convenio CTM, aun cuando no entró en vigor, por cuanto en la mesa de negociación internacional le impusieron duras condiciones, su adopción como convenio de las Naciones Unidas constituye un claro ejemplo *de lege ferenda* que ha servido de base a las iniciativas legislativas que al respecto fueron emprendidas en América del Sur, y sirvió además como catalizador para la formulación de las Reglas UNCTAD-Cámara de Comercio Internacional, de aceptación general en el comercio internacional para el transporte multimodal de mercancías.

Es de anotar que la Comunidad Andina, que había adoptado la decisión 331, la cual seguía el antiguo sistema de las Reglas de La Haya-Visby, tomó en consideración el hecho de que los países del Mercosur venían trabajando en un proyecto de normativa que seguía los lineamientos generales del CTM 1980. Decidió entonces modificar su normativa y promulgó la decisión 393, para alinearse con la política general seguida por los países del Mercosur y el proyecto de convenio de los ministros de Transporte de América del Sur, que la Secretaría de la ALADI había preparado de acuerdo con las líneas maestras del CTM 1980.

En general, tanto los países del Mercosur como los de la Comunidad Andina siguen el modelo del CTM 1980, pero con los límites de responsabilidad de las Reglas UNCTAD/ICC (que son los mismos de las Reglas de La Haya-Visby). Difieren, sin embargo, en lo que se refiere al fundamento de la responsabilidad, ya que los países del Mercosur tienen una causal genérica de fuerza mayor o caso fortuito que hace esa normativa menos estricta que la andina, que sigue el sistema de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo.

La formulación de una legislación sobre transporte multimodal, a la luz del IIRSA y de la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, ofrece una nueva oportunidad para alcanzar uniformidad en esta sensible área del transporte, que debería ser complementada con un Tratado de Tránsito Fronterizo.

Existe actualmente una legislación muy avanzada en esta materia en la Comunidad Andina, con base en las decisiones 331 y 393 sobre la responsabilidad del transportista, que están basadas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal y las Reglas de la UNCTAD-CCI sobre Transporte Multimodal; por su lado, los países del Mercosur tienen el Acuerdo de Alcance Parcial para el Transporte Multimodal de Mercancías, aprobado el 27 de abril de 1995, aunque su vigencia fue suspendida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay. La República Federativa de Brasil, por su lado, lo implementó por decreto 15673/1995, de 19 de julio, y Paraguay, por decreto 16927/1997, de 16 de abril. Argentina, por su lado, promulgó la ley 24 921, publicada en el *Boletín Oficial* el 12 de enero de 1998, y Brasil promulgó la ley 9.61, de 19 de febrero de 1998. Existe también el Acuerdo de ALADI aprobado en la III Reunión Ordinaria de Ministros de Transportes, Obras Públicas y Comunicaciones de América del Sur, pero no ha entrado en vigor por haber sido suscrito solamente por Bolivia, Perú y Venezuela.

El tema se encuentra ahora en la mesa de negociación internacional en el foro de las Naciones Unidas mediante un proyecto que ha preparado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, con vistas a reunir en un solo instrumento los actuales Convenios sobre Transporte de Mercancías por Mar y del Transporte Multimodal de Mercancías, adoptados respectivamente en Hamburgo en 1978 y en Ginebra en 1980.

En lo que respecta al proyecto de UNCITRAL, la Comunidad Sudamericana debería intervenir como un solo bloque en la negociación de este importante instrumento internacional, y para ello tal vez resulte conveniente aproximarse a la revisión de ambos convenios por separado. En paralelo, debería revisarse nuevamente el Acuerdo de ALADI aprobado en la III Reunión Ordinaria de Ministros de Transportes, Obras Públicas y Comunicaciones de América del Sur, que es un punto de partida importante para alcanzar una normativa armonizada que pueda constituir, junto con la de propiedad intelectual y la de defensa de la competencia, la base para la construcción del Tribunal Permanente de la CAN y del Mercosur, y sería *el cruce del Rubicón* en el proceso de la real integración de América del Sur.

Mario J. Filadoro (Argentina) *

Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica**

Introducción

El Mercado Común del Sur (Mercosur) tuvo su origen en 1991 con la firma del Tratado de Asunción entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con el objetivo de establecer un mercado común. En 1994 el Tratado de Ouro Preto pospuso dicha meta y estableció como nuevo objetivo la implementación de una unión aduanera. Teniendo en cuenta este objetivo se crearon instituciones de tipo intergubernamental que mantuvieron el control del proceso en manos de los Estados miembros sin ceder competencias a órganos comunes.

Este formato institucional aportó flexibilidad a los Estados miembros en la primera etapa del proceso de integración. Con el correr del tiempo y la profundización del proceso, este modelo institucional se puso en cuestión. Así, las dificultades para implementar la unión aduanera y eventualmente alcanzar un mercado común fueron atribuidas por algunos analistas a los problemas derivados de la institucionalización del Mercosur. En este contexto y entre otras iniciativas de fortalecimiento institucional, los Estados miembros decidieron la transformación de la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) en Secretaría Técnica (ST), con el objetivo de brindar asistencia técnica a los órganos del Mercosur y "contribuir para la conformación de un espacio

---

* Licenciado en Relaciones Internacionales, Universidad de San Andrés (Buenos Aires). Maestrando en Relaciones y Negociaciones Internacionales, FLACSO Sede Argentina. ‹mariofiladoro@hotmail.com›.

** Agradezco la ayuda de Roberto Bouzas, así como los comentarios de Félix Peña y Andrés Malamud. Agradezco también a Manolo Olarreaga, y a Daniel Raimondi por su disposición para las entrevistas.

de reflexión común sobre el desarrollo y consolidación del proceso de integración" (SM, 2004: 5).

A pesar de esta iniciativa, sin embargo, la ST se vio limitada en su funcionamiento, debido, entre otras cosas, a la ausencia de atribuciones propositivas y a fricciones en su relación con el Grupo Mercado Común (GMC), el órgano ejecutivo del Mercosur.

Este trabajo se propone analizar la estructura, los recursos y atribuciones de la ST y su relación con los Estados miembros del Mercosur y con los órganos de su estructura institucional (particularmente el GMC). El desarrollo del trabajo se sustenta en la siguiente pregunta de investigación: ¿tiene la nueva ST la estructura, los recursos y atribuciones necesarios para contribuir con el objetivo de consolidar una unión aduanera y eventualmente un mercado común en el Mercosur? A partir de esta pregunta de investigación se formula la siguiente hipótesis de trabajo: *la nueva ST se ve limitada en su capacidad de influencia en el proceso de integración del Mercosur debido a la ausencia de una atribución propositiva, a la necesidad de un consenso entre los Estados miembros para solicitar su intervención, y a las tensiones entre la técnica y la política derivadas de su relación con el GMC*. Se intenta verificar esta hipótesis a través de un trabajo de tipo exploratorio, utilizando fuentes documentales, primarias, secundarias, y entrevistas estructuradas en la sede de la ST en Montevideo y en la Dirección del Mercosur en la Cancillería argentina.

En la sección 1 se presenta el marco teórico para el análisis del caso de la ST a través de un enfoque intergubernamental**.** En la sección 2 se plantean los objetivos del proceso de integración del Mercosur, se describe su estructura institucional y se realiza una revisión de lo que la literatura sostiene sobre la eficacia de las instituciones del Mercosur. En la sección 3 se analiza el origen y el funcionamiento de la SAM, la transformación de SAM en ST y la estructura, los recursos, atribuciones y actividades de esta última, y se realiza una evaluación identificando sus limitaciones formales. En la sección 4 se examina la relación de la ST con los Estados miembros del Mercosur y con el GMC. Finalmente, en la sección 5 se esbozan las conclusiones del trabajo de investigación.

1. Marco teórico

1.1. Las instituciones en los procesos de integración regional

Según el modelo de integración,[1] se produce un aumento del flujo de comercio, inversión, personas y/o comunicaciones, y se plantea la necesidad de establecer un marco

[1] Se observan cuatro niveles de integración desde una perspectiva económica: 1) El área de libre comercio, donde se suprimen todos los impuestos a la importación y todas las restricciones cuantitativas sobre el comercio mutuo de bienes. Cada país mantiene independencia para fijar políticas comerciales a terceros países. 2) La unión aduanera, donde se suprimen todos los impuestos a la importación sobre el comercio mutuo en todos los bienes, y además se adopta un arancel externo común sobre todas las importaciones desde el resto del mundo. 3) El mercado común, que es una unión aduanera pero se le

institucional común. Existen enfoques que analizan el rol de las instituciones en el proceso de integración regional europeo, y que pueden ser aplicados a otros procesos fuera de la Unión Europea. En este sentido, Andrew Moravcsik y Ernst Haas explican desde ópticas diferentes el rol de las instituciones en los procesos de integración regional. Para el primero, los conceptos de *hegemonía*, *liderazgo* y *ganancias relativas* resultan claves a la hora de entender las fortalezas y debilidades de los incentivos para construir instituciones regionales. Para el segundo, en cambio, los incentivos para cooperar, reducir costos de transacción y desarrollar regímenes regulatorios comunes están directamente relacionados con la intensidad de la interdependencia económica.

El enfoque de Andrew Moravcsik —intergubernamentalismo— define la integración como el resultado de negociaciones entre Estados a partir de sus intereses nacionales concretos. Desde esta perspectiva, los países pueden avanzar o detener el proceso, ya que establecen la agenda de la regionalización. La política nacional resulta fundamental para comprender la política regional, por lo que las instituciones regionales son concebidas a partir de la perspectiva de los Estados miembros, y no desde una perspectiva supranacional o independiente de ellos. Esto significa que el análisis se concentra en la negociación entre Estados de la región, relativizando el papel de las instituciones regionales.

Andrew Moravcsik presenta tres fases en la construcción regional europea (Malamud, 2003) que pueden ser aplicadas a otros procesos de integración. En la primera, las preferencias nacionales de cada Estado son definidas a partir de sus intereses económicos; consecuentemente, se desecha la visión de los intereses políticos. La segunda fase consiste en las negociaciones entre los gobiernos nacionales de acuerdo con la interdependencia asimétrica que exista entre los Estados y no con algún emprendimiento supranacional —diferencia crucial con los supuestos de Ernst Haas—. En la última fase se establecen instituciones regionales para asegurar la credibilidad de los compromisos adquiridos; es decir, la función de las instituciones reside en hacer creíbles los compromisos elevando los costos del *no acatamiento*. No obstante, en esta perspectiva el papel de las instituciones regionales queda relativizado frente a la acción de los Estados.

Finalmente, tal como señala Andrés Malamud, algunos intergubernamentalistas "*see integration as a limited —regional— international regime. Thereby, their institutionalization is not reckoned as endangering the primacy of the signatory nation-states*" (2003: 41). Es decir, en el enfoque intergubernamental las instituciones regionales no comprometen la supremacía de los Estados. Éstos son celosos de sus competencias y circunscriben muy cuidadosamente cualquier sacrificio de sobe-

---

adiciona la libertad en el movimiento de todos los factores de producción entre los miembros. 4) Y la unión económica, que es la forma más completa de integración económica; es un mercado común al que se agrega el requisito de coordinar políticas fiscales, monetarias y socioeconómicas entre los miembros.

ranía para la obtención de objetivos comunes. En este contexto, los Estados más poderosos tienen un poder de veto *de facto* frente a los Estados menos poderosos con respecto a los cambios fundamentales en las reglas de la integración.

En contraste con la perspectiva intergubernamental de Andrew Moravcsik, el neofuncionalismo desarrollado por Ernst Haas (1958) sostiene que las instituciones regionales contribuyen a facilitar el aprendizaje. Es decir, una institución regional autónoma —supranacional— fundada por un grupo de países con un objetivo determinado adquiere relevancia como instancia de cooperación, y los Estados nacionales deben responder ante ésta. Son elementos centrales de este modelo el papel que desempeñan las elites en el escenario internacional y los contextos institucionales que proveen los incentivos para regular las acciones de los Estados.

Las instituciones regionales contribuyen a desarrollar una integración profunda entre los Estados miembros; Ernst Haas define *integración* como el "*attainment, within a territory, of a 'sense of community' and of institutions and practices strong enough and widespread enough to assure, for a 'long' time, dependable expectations of 'peaceful change' among its population*" (1958: 442).

La integración entre los Estados miembros resulta exitosa cuando "*the subjective criterion of certain elite expectation is met: if the expectations of key elites in the region converge towards demands for peaceful change and other benefits thought to be obtainable only through the union, integration is underway*" (1958: 443). Se resalta la importancia de las expectativas de las elites de la región en cuanto a las demandas y los beneficios de la integración. En este sentido, existe un efecto *spillover* que parte de un *core area*, que demanda mayor integración y avanza hacia instituciones supranacionales comunes que son las que guían el proceso de integración.

Los cambios tecnológicos y científicos producen incentivos para una innovación en las instituciones internacionales; dicha innovación es liderada por elites políticas, burocracias nacionales y organizaciones internacionales. La integración es concebida entonces como un proceso abierto, caracterizado por el *spillover* funcional de un área hacia otras, en el que las instituciones regionales dan dirección al proceso de integración y los Estados miembros responden ante ellas. No obstante, este enfoque centra su análisis en las instituciones regionales relativizando la importancia de las negociaciones entre los Estados.

Recapitulando, desde el intergubernamentalismo la integración es vista como una secuencia de negociaciones interestatales desatada por la convergencia de las preferencias políticas entre los Estados, que sirve para maximizar la riqueza y el poder de éstos. En contraste, el neofuncionalismo asume que la supranacionalidad es el único método disponible para que los Estados avancen en procesos de integración regional, y utiliza los conceptos de *spillover* funcional, desarrollo de intereses comunes y dinámica entre grupos subnacionales y supranacionales para explicar el desarrollo de la integración.

Por último, ambos enfoques teóricos atribuyen diferente importancia al papel de técnicos y políticos en los procesos de integración: mientras que el intergubernamentalismo resalta el predominio de los políticos sobre los técnicos en el desarrollo de los procesos de integración, el neofuncionalismo destaca la presencia de los técnicos por sobre los políticos.

Cuadro 1.

Teorías de integración regional

	Intergubernamentalismo	**Neofuncionalismo**
ACTORES PRINCIPALES	Estados más poderosos	Estados, negociadores supranacionales, elites económicas nacionales y regionales
MECANISMO CENTRAL	Negociación interestatal	*Spillover*
DOMINIO/CAMPO	Estado/región	Región
PAPEL DE LAS INSTITUCIONES *(feedback)*	Subsidiario	Independiente y dependiente
PAPEL DE LA IDENTIDAD Y LOS VALORES	Subsidiario	Variable dependiente
POLÍTICOS/TÉCNICOS	Políticos	Técnicos

Fuente: Malamud, 2003.

1.2. Enfoque

Planteadas las aproximaciones teóricas al papel de las instituciones en los procesos de integración regional, es necesario adoptar un enfoque para analizar el caso de la Secretaría del Mercosur. Para ello es preciso tener en cuenta algunas características propias de la estructura institucional del Mercosur.

En primer lugar, el bloque cuenta con una estructura institucional con un fuerte sesgo intergubernamental, ya que la conducción y la gestión del proceso de integración descansa exclusivamente en manos de funcionarios públicos nacionales (Bouzas y Soltz, 2001), por lo que las negociaciones entre los Estados miembros —en particular los más poderosos: Argentina y Brasil— son las que moldean el proceso regional y sus instituciones. En segundo lugar, exceptuando la Secretaría del Mercosur y el nuevo Tribunal Permanente del Mercosur (ambos órganos sin capacidad de decisión), no existe una burocracia *autónoma* ante la cual las administraciones nacionales deban responder (los funcionarios combinan su participación en los órganos del Mercosur con sus actividades en las administraciones nacionales). Por último, puede observarse el predominio de los políticos por sobre los técnicos en el desarrollo y funcionamiento del proceso de integración del Mercosur.

Teniendo en cuenta estas características, el neofuncionalismo presenta dificultades para explicar el caso de la ST, dado que, a pesar de ser una institución de tipo no intergubernamental, tal como señala Pedro Da Motta Veiga (2003), sólo cuenta con atribuciones administrativas y técnicas, por lo que los Estados miembros no deben responder ante ella; en otras palabras, no existe una atribución ejecutiva que implique que los Estados cedan competencias ante la ST. Esto significa que, a pesar de estar formada por técnicos que tienen una visión independiente de los Estados miembros, la Secretaría está limitada en sus funciones por los Estados miembros. En este sentido, el intergubernamentalismo contribuye a explicar mejor esta institución ya que el funcionamiento de este órgano "autónomo" continúa bajo la esfera de control de los Estados miembros. Es decir, las limitadas atribuciones de la nueva ST son consistentes con este enfoque.

2. Eficacia de las instituciones del Mercosur

2.1. Objetivos del proceso de integración

Los objetivos del proceso de integración del Mercosur se plasmaron en la firma del Tratado de Asunción, en marzo de 1991, y luego en el Protocolo de Ouro Preto, de 1994. El Tratado de Asunción tenía como objetivos la creación de un mercado común y la libre circulación de bienes, servicios, capital y mano de obra entre los Estados miembros a partir del 1 de enero de 1995. Los instrumentos centrales para alcanzar estos objetivos eran un Programa de Liberación Comercial para ser concluido el 31 de diciembre de 1994; la implementación de un arancel externo común (AEC) al 1 de enero de 1995; la coordinación de la política macroeconómica, y la adopción de acuerdos sectoriales para profundizar y acelerar la liberación de flujos de comercio intrarregional (artículo 5 del Tratado de Asunción).

El Protocolo de Ouro Preto, firmado en diciembre de 1994, pospuso el objetivo de un mercado común enfocándose en la implementación de una unión aduanera.[2] Según el calendario establecido, hacia el año 2001 debía estar implementado un AEC[3] y haber sido eliminadas todas las excepciones transitorias. Para el tratamiento de los productos sensibles se estableció un Régimen de Adecuación Final con un calendario para lograr el libre comercio intrarregional hacia fines de la década. Estos objetivos planteados se enmarcaron en una serie iniciativas unilaterales para la liberación co-

---

[2] Una unión aduanera implica que se suprimen todos los impuestos a la importación sobre el comercio mutuo en todos los bienes, y además se adopta un arancel externo común sobre todas las importaciones desde el resto del mundo, mientras que un mercado común es una unión aduanera pero se adiciona la libertad en el movimiento de todos los factores de producción entre los miembros.

[3] Fue adoptado en diciembre de 1994 y estaba fuertemente influido por la estructura arancelaria de Brasil, en combinación con excepciones transitorias para acomodar las producciones nacionales y las estructuras de protección divergentes.

mercial que comenzaron a producirse en Argentina y Brasil a mediados de la década de 1980 y se aceleraron a principios de la siguiente.[4]

Tal como señalan Bouzas, Da Motta Veiga y Torrent (2002), las asimetrías estructurales de sus miembros y las condiciones internas que prevalecieron en la región (reforma del modelo de desarrollo basado en el proteccionismo y en la expansión del Estado, y renuencia a resignar autonomía en el desarrollo de las políticas nacionales, salvo como un mecanismo de *lock-in* para la liberación comercial) contribuyeron a la adopción de mecanismos automáticos para asegurar la liberación comercial (liberando así al proceso de presiones internas), y al desarrollo de un diseño institucional "blando" que no implicaba una cesión significativa de competencias nacionales.

2.2. Estructura institucional del Mercosur

El Tratado de Asunción de 1991 y el Protocolo de Ouro Preto de 1994 definieron la estructura institucional básica del Mercosur,[5] estableciendo órganos intergubernamentales que toman decisiones por consenso.[6] Los órganos ejecutivos —con capacidad de decisión— son el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM); mientras que los órganos consultivos —sin capacidad de decisión— son la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), el Foro Consultivo Económico y Social (FCES) y la Secretaría del Mercosur (SM). A pesar de no haber sido establecidas formalmente, las *cumbres presidenciales* periódicas otorgan dirección estratégica al proceso de integración.

El CMC (integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y por los ministros de Economía) es el órgano superior encargado de la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los compromisos establecidos por el Tratado de Asunción.[7] Se pronuncia mediante *decisiones*.

El GMC (compuesto por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de los Ministerios de Economía y del Banco Central) es el órgano ejecutivo del Mercosur encargado de implementar las decisiones del CMC. Organiza el trabajo técnico necesario para la formación del mercado común por medio de los subgrupos de trabajo (SGT).[8] Se pronuncia mediante *resoluciones*.

---

[4] El Mercosur tiene como antecedente inmediato el Programa de Intercambio y Cooperación Económica firmado entre Argentina y Brasil en 1986 y el Acta de Buenos Aires en 1990.

[5] El Protocolo de Brasilia de 1992 estableció un mecanismo de solución de controversias que fue modificado por el Protocolo de Olivos, de 2002.

[6] La implementación de las decisiones se confiere a las administraciones nacionales de los Estados miembros.

[7] El tratado estableció cuatro instrumentos con el objetivo de crear un mercado común: un programa de liberalización comercial, un arancel externo común, la coordinación de políticas macroeconómicas y la adopción de acuerdos sectoriales.

[8] Los subgrupos de trabajo son: Comunicaciones; Aspectos Institucionales; Reglamentos Técnicos y Evaluación de la Conformidad; Asuntos Financieros; Transportes; Medio Ambiente; Industria;

La CCM fue creada por el Protocolo de Ouro Preto, de 1994, para hacer frente a los problemas relacionados con el comercio intrazona y para implementar los instrumentos de la política comercial común. La CCM es asistida por comités técnicos (CT)[9] y se pronuncia mediante *directivas*.

La CPC es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados miembros; le compete la actividad legislativa conducente a la internalización de las normas emanadas de los órganos del Mercosur. También colabora en la armonización de las legislaciones en función de los requerimientos del avance del proceso de integración.

El FCES reúne nueve miembros de cada Estado miembro que representan sectores empresarios, trabajadores y consumidores. El FCES ha sido más un vehículo de comunicación de decisiones adoptadas por los órganos del Mercosur que un instrumento de preparación de éstas.

Finalmente, la Secretaría del Mercosur tiene una sede permanente[10] en Montevideo. Luego de su transformación de Secretaría Administrativa en Secretaría Técnica, incorporó la atribución técnica, además de la atribución administrativa original. Tiene el objetivo de brindar asistencia técnica a partir de una perspectiva común, para contribuir con la consolidación del Mercosur. También interviene en el proceso de incorporación normativa y en el mecanismo de solución de controversias.[11]

En síntesis, todos los órganos decisorios del Mercosur tienen un formato de tipo intergubernamental. Esto significa que la conducción y la gestión del proceso de integración descansan exclusivamente en funcionarios públicos nacionales, lo que ha mantenido el control del proceso en manos de las administraciones nacionales. En este sentido, no existe una burocracia "autónoma" ante la cual las administraciones nacionales deban responder,[12] exceptuando la Secretaría Técnica.

El desarrollo de este modelo institucional se debe a que los Estados miembros han sido renuentes a cualquier tipo de arreglo institucional que pueda restringir su soberanía. Se intentó prevenir el aislamiento de los órganos decisorios de las administraciones nacionales, teniendo en cuenta la experiencia de los intentos integracionistas latinoamericanos como la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi) —en la que una burocracia disociada de los Estados miembros realizaba acuerdos y producía

---

Agricultura; Energía y Minería; Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social; Salud; Inversiones; Comercio Electrónico; y Seguimiento de la Coyuntura Económica y Comercial.

[9] Los comités técnicos son: Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías; Asuntos Aduaneros; Normas y Disciplinas Comerciales; Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad; Defensa de la Competencia; Defensa del Consumidor; y Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias.

[10] La ST y el nuevo Tribunal Permanente del Mercosur en Asunción (Paraguay) son los dos únicos órganos con una sede permanente. La Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur también tiene su sede en el edificio Mercosur en Montevideo (Uruguay).

[11] La estructura, los recursos y las atribuciones de la ST se analizan en la sección 3.

[12] Los funcionarios combinan su participación en los órganos del Mercosur con sus actividades en las administraciones nacionales.

legislación cuya implementación sería casi nula en el nivel nacional—. En este sentido, la naturaleza exclusivamente intergubernamental de los órganos del Mercosur tuvo como propósito evitar el aislamiento de quienes toman las decisiones respecto de aquellos que deben implementarlas.

2.3. Cumplimiento de los objetivos

Desde Ouro Preto quedó claro que el proceso de integración iba a seguir el camino de una unión aduanera, lo que significa el libre comercio dentro de la zona y una política comercial común respecto de terceros. El Programa de Liberación Comercial fue el instrumento utilizado para crear la zona de libre comercio, aplicando un esquema de desgravación lineal y automático de los aranceles en el ámbito intrarregional que fue anunciado por los gobiernos y cumplido regularmente tal cual había sido previsto. En la actualidad, cumplido el plazo previsto en el Régimen de Adecuación Final para las listas de productos, el Mercosur es una zona de libre comercio (con excepciones en los sectores automotor y azucarero). En la industria automotriz los acuerdos vigentes fueron negociados por fuera de este mecanismo general: se acordó una política automotriz común, que luego no fue incorporada y terminó en un sistema de acuerdos bilaterales entre los socios; además, aún se mantienen varios aspectos sin resolver. En el caso del sector azucarero no se logró avanzar en el proceso de negociación.

Con respecto al acceso a mercados, también existen dificultades debido a que aún subsisten barreras no arancelarias (BNA). Si bien el Tratado de Asunción, mediante el Programa de Liberación Comercial, preveía la eliminación de las barreras aplicadas al comercio recíproco, el fin del Régimen de Adecuación Final sumado a la restricción fiscal en las economías nacionales provocó desde 1997 un aumento en las barreras no arancelarias.

La CCM se ha ocupado sistemáticamente de este tema, pero al no existir medidas claras para asegurar el cumplimiento de lo acordado, las normas resultan poco eficaces. Existe una serie de decisiones y resoluciones tendientes a organizar un listado de las BNA a fin de armonizarlas o eliminarlas, pero la confección de éste se ha demorado y, cuando hay acuerdo de eliminación, los Estados miembros recurren a nuevas formas paraarancelarias sustitutivas.

Por otro lado, en cuanto a la implementación de la unión aduanera, a pesar de haber avanzado en el proceso de definición del AEC, no se logró evitar incumplimientos de los Estados miembros. Además, se adoptaron medidas comunes que implicaron el apartamiento de los compromisos.

Entre los incumplimientos que hicieron que los Estados miembros cambiasen de manera unilateral su política comercial se destacan algunos ejemplos. En 1995 diversos desvíos de carácter transitorio acordados por los Estados miembros; en 1997 un aumento transitorio del AEC para la mayoría de los ítems arancelarios (decisión CMC

15/97) propuesto por Argentina invocando razones fiscales; a fines de 2000 se permitió que cada Estado miembro mantuviera una lista de excepciones de 100 ítems hasta el 31 de diciembre de 2002, cuando debían caducar las listas de excepciones nacionales al AEC (esta medida fue luego prorrogada hasta diciembre de 2003).

Asimismo, se resaltan problemas de implementación e incumplimientos relacionados con la admisión de los regímenes de *draw back* y admisión temporaria intrazona, así como las restricciones no arancelarias y los incentivos a la inversión que demoran el perfeccionamiento del libre comercio (Tussie, Labaqui y Quiliconi, 2001). Por ejemplo, la decisión CMC 10/94 estableció que ninguno de estos dos instrumentos puede ser usado en el comercio intrazona, y autorizó su utilización intrazona solamente para los bienes exceptuados al AEC. Esta decisión fue incumplida sistemáticamente; el permiso para el uso de estos instrumentos en las ventas intrazona se extendió hasta el 1 de enero de 2006, fecha en la que también deben suprimirse todas las excepciones al AEC. Estas prórrogas significan un paso atrás en la consolidación de la unión aduanera.

Finalmente, con relación al objetivo de la coordinación macroeconómica, en el 2000 se desarrolló en Florianópolis el Grupo de Monitoreo Macroeconómico y se establecieron metas comunes de convergencia en materia de déficit fiscal, deuda e inflación. Pero la inestabilidad asociada a devaluaciones en Brasil (diciembre de 1999) y Argentina (enero del 2002) dificultaron el logro de este objetivo. Al igual que en el tema comercial, primó la idea de que en tiempos de crisis se hace lo que se puede y no lo que se quiere (SM, 2004).

2.4. Eficacia de las instituciones del Mercosur: revisión bibliográfica

Hay dos grandes enfoques que analizan la eficacia de las instituciones del Mercosur. Por un lado existe literatura que señala que los arreglos institucionales fueron relativamente suficientes para la etapa de transición pero que con el correr del tiempo se pusieron en cuestión mostrando rendimientos decrecientes y generando una crisis de credibilidad en el proceso de integración; por otro lado, se afirma que las instituciones, en particular la "diplomacia presidencial", fueron relativamente exitosas para avanzar con el proceso de integración (Malamud, 2003).

El primero de los dos enfoques se basa en que la estructura institucional del Mercosur funcionó de manera adecuada durante la primera etapa del proceso de integración. Con el paso del tiempo el modelo institucional se puso en cuestión, por cuanto los procedimientos y las reglas existentes resultaron insatisfactorios para el propósito es establecer una unión aduanera y, eventualmente, un mercado común. Esto generó una crisis de credibilidad en el proceso de integración, ya que no se respetaron los compromisos asumidos.

Los requisitos institucionales de los objetivos planteados para esta etapa fueron mínimos, dado que el proceso se basó en el Programa de Liberación Comercial que

facilitó las negociaciones debido a su carácter automático, lineal y generalizado. En este período los flujos de comercio intrarregional (particularmente de bienes industriales) tuvieron un aumento considerable. No obstante, el aumento en la interdependencia económica no logró alterar la asimetría en las relaciones de interdependencia económica derivada, a su vez, de las diferencias en el tamaño de las economías de los Estados miembros.

Este modelo institucional otorgó flexibilidad a los países para llegar a consenso a fin de avanzar en las negociaciones (Bouzas y Soltz, 2001). Sin embargo, a medida que se fueron profundizando el proceso y complejizando los temas de agenda, la estructura institucional empezó a mostrar deficiencias; se fueron dejando temas pendientes y no se logró la implementación ni el cumplimiento de todos los compromisos asumidos. La inclusión de nuevos temas empeoró esta situación, ya que a las cuestiones todavía pendientes, como el doble cobro de arancel y la consolidación de la unión aduanera, entre otras, se sumaron aspectos mucho más complejos no relacionados con el comercio y que demandan una institucionalización mayor que aquella con que cuenta el Mercosur. Entonces la flexibilidad inicial se convierte en este momento en un freno, debido a que la estructura institucional no genera las condiciones para el cumplimiento de los compromisos, es decir, se ve sobrepasada por los objetivos.

Concluida la etapa de transición —con la negociación del Arancel Externo Común y la firma del Protocolo de Ouro Preto, en 1994, como los últimos actos de este proceso—, se pone el acento en la consolidación de la unión aduanera, dejando para más adelante el desarrollo del mercado común. Este nuevo objetivo de la consolidación de la unión aduanera se explicita en el mandato de trabajo del CMC denominado Programa de Acción Mercosur 2000,[13] firmado en Montevideo en 1995.[14] Es a partir de este momento que la agenda interna del bloque cambia de foco para centrarse en temas no directamente relacionados con el comercio de bienes y la circulación transfronteriza de mercancías (Da Motta Veiga, 2003). Dicha agenda introduce, entre otros temas, aspectos referentes a la dimensión global de la integración, como medio ambiente, relaciones laborales, empleo y seguridad social, cultura, salud, educación, ciencia y tecnología, propiedad intelectual, cooperación policial y migraciones. La inclusión de estos temas fue solicitada por los tres socios más pequeños del Mercosur, frente a Brasil.

---

[13] La decisión CMC 09/95 establece un programa de acción hacia el año 2000 basado en la consolidación y el perfeccionamiento de la unión aduanera y en la profundización del proceso de integración.

[14] No obstante, desde mediados de los noventa no hubo nuevas *hojas de ruta* que incluyeran objetivos y cronogramas para orientar la actividad técnica y de negociación. Una excepción fue la Agenda de Relanzamiento del Mercosur de junio del 2000, en la que se formularon instrucciones a los órganos subordinados —como la Secretaría del Mercosur— para que éstos precisaran el Estado de situación y las tareas que debían realizarse para fortalecer la unión aduanera, así como los plazos. Estos últimos fueron extendidos prácticamente en todos los casos en la reunión cumbre de Asunción en junio de 2001.

Tal como señala Pedro Da Motta Veiga, la agenda de temas no comerciales es "por definición, más intensiva en requerimientos institucionales y más sensible en el plano de la política interna, ya que su objeto son, en gran parte, las normas y legislaciones consideradas fundamentalmente internas —y que se pretendería preservar como tales— y operadas por instituciones públicas, privadas o mixtas, que sólo conciben (cuando lo hacen) su *accountability* en términos rigurosamente internos" (2003: 5). Es decir, el tratamiento de temas no relacionados directamente con el comercio requiere de una institucionalización mayor que la que actualmente tiene el Mercosur, dado que por lo general se pretende preservar el control interno de las normas y legislaciones referentes a dichos temas.

Esta literatura sostiene que los problemas planteados se explican en parte por la actual estructura institucional. En este sentido, la dirección hacia el mercado común va a depender de manera decisiva de los intereses efectivos de Argentina y Brasil, los socios mayores del Mercosur (Bouzas y Soltz, 2001). Como señala Peña (2003*a*), esto se traduce en un proceso de integración que dista de estar orientado por reglas que efectivamente se cumplen (*rule oriented process*), sustentando la percepción de un proceso orientado básicamente por las realidades de poder (*power oriented process*).

La disminución de la eficacia de las instituciones del Mercosur puede entenderse de diferentes formas: la insuficiencia de condiciones de oferta y demanda por instituciones regionales (Bouzas y Soltz, 2001), el surgimiento de un "déficit institucional" (Da Motta Veiga, 2003) y la "insuficiencia metodológica e institucional" (Peña, 2003*a*).

Bouzas y Soltz (2001) plantean que las condiciones de oferta y demanda para el establecimiento de instituciones regionales explican su carácter. Se crea una "demanda" por instituciones regionales cuando existe un grado de interdependencia económica suficiente como para crear incentivos para avanzar en la integración, por lo que la formación de instituciones regionales resulta un vehículo apropiado. La forma que adquieran esas instituciones depende también de la disposición y la capacidad de los actores políticos para dar respuesta a las presiones hacia una mayor integración, sacrificando autonomía y flexibilidad, es decir, las condiciones de "oferta" que hacen posible el establecimiento de instituciones regionales exitosas.

En este sentido, las presiones para una demanda por instituciones fueron bajas debido a que el aumento en la interdependencia económica que acompañó a la primera fase del Mercosur no alteró un rasgo estructural básico de la región: la asimetría en las relaciones de interdependencia económica derivada, a su vez, de diferencias de tamaño. Es decir, la interdependencia económica no alcanzó niveles suficientemente altos para modificar la preferencia por la flexibilidad y demandar mecanismos más formales y reglas más predecibles.

Desde el lado de la oferta, la "disposición" a construir instituciones que implicaran una disminución en la capacidad de acción discrecional de los Estados no creció en forma proporcional o simétrica al aumento en la interdependencia económica debi-

do a las asimetrías en los incentivos para resignar autonomía. Esto dio como resultado mecanismos frágiles de creación e implementación de reglas, supervisión centralizada y solución de controversias.

En síntesis, estas condiciones de oferta y demanda se reflejaron en el funcionamiento de las instituciones del Mercosur provocando rendimientos decrecientes en el CMC, GMC, CCM, FCES y la CPC, y reduciendo su capacidad para lograr los objetivos para los que fueron creados.

Por otro lado, Pedro Da Motta Veiga (2003) plantea que existe un "déficit institucional" en el proceso de integración del Mercosur y destaca tres áreas que deben ser prioritarias en la agenda de institucionalización: el proceso de producción de reglas, la implementación de dichas reglas y el restablecimiento de foco para las reglas. Según el autor, *institucionalizar* no significaría crear instituciones, sino dotar de credibilidad a un sistema de creación e implementación de reglas para recomponer una matriz de intereses comunes y hacer costoso a los Estados apartarse del cumplimiento de los compromisos.

Finalmente, Peña (2003*a*) señala que la eficacia de las instituciones se vio afectada por un problema de "insuficiencia metodológica e institucional" en el proceso de integración, esto es, la existencia de fallas significativas en los métodos de concertación de intereses nacionales (Bernal Meza, 2001; Pérez Antón, 2001) y en la calidad de las reglas de juego formuladas para encauzar la construcción regional. Existen cuatro fallas principales: la acumulación de reglas no incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos y su baja calidad técnica, la deficiencia de los métodos empleados para preparar y adoptar decisiones, fallas en la administración de conflictos entre los socios y en los procedimientos para la solución de diferendos, y fallas en la transparencia y la participación de la sociedad civil en la adopción de decisiones y en el conocimiento de las reglas de juego. Según Peña (2003*a*), tres compromisos asumidos en 1991 no pudieron cumplirse plenamente: la coordinación macroeconómica, la extensión del libre comercio de bienes a servicios y a compras gubernamentales, y la integración de cadenas productivas facilitada por acuerdos orientados a la exportación. El resultado es un proyecto de integración de baja calidad institucional, con muchas reglas de juego que no se cumplen y otras que, aunque formalmente vigentes, no logran penetrar en la realidad.[15]

Alternativamente existe en la literatura sobre las instituciones del Mercosur un enfoque diferente que señala que el Mercosur ha logrado un grado razonable de éxito con este tipo de arreglo institucional orientado a desarrollar una unión aduanera (imperfecta) (Malamud, 2003). Dicho enfoque sugiere que el éxito del Mercosur sin instituciones regionales puede ser explicado parcialmente por los arreglos institucio-

---

[15] Según el Primer Informe Semestral de la SM (2004), los órganos decisorios del Mercosur produjeron hasta el momento 1.112 reglas jurídicas, de las cuales cerca de 560 se encuentran en vigor.

nales internos de los Estados miembros. En este sentido, las instituciones nacionales (el formato ejecutivo presidencialista, particularmente), en lugar de las regionales, proporcionaron los mecanismos decisorios, de solución de controversias y de reforzamiento de reglas. Es decir, ante la ausencia de instituciones regionales, la combinación específica de instituciones nacionales con diplomacia presidencial proveyeron las bases para la integración regional.

En este sentido Malamud (2003) señala que los procedimientos según los cuales se construyó y con los que opera actualmente son *interpresidenciales*. Estos mecanismos se caracterizan por ser informales (porque los protocolos y tratados del Mercosur establecieron procedimientos formales —por ejemplo, la intervención de la CCM, las reuniones del CMC, el establecimiento de Tribunales Ad Hoc— que no contemplan la intervención presidencial directa), bilaterales (porque los acuerdos los realizaron generalmente Argentina y Brasil antes de incorporar a Paraguay y Uruguay), politizados (porque los gobiernos no negociaron ni sobre el terreno técnico ni mediante canales institucionalizados, pero avanzaron con base en la diplomacia presidencial), y dirigidos por el ejecutivo (porque las instituciones nacionales respaldaron a la diplomacia presidencial proveyendo legitimidad y eficacia a la intervención presidencial).

No obstante, el autor señala que la excesiva politización puede tornarse improductiva para el proceso de integración, por lo que resulta conveniente —e incluso inevitable— el incremento de agencias no politizadas. En este sentido, también para él parecería necesario un "mejoramiento" de las instituciones del Mercosur con vistas a lograr los compromisos asumidos.

3. Secretaría del Mercosur

3.1. Origen, funcionamiento de la SAM, y transformación en ST

La Secretaría del Mercosur tuvo su origen en el artículo 15 del Tratado de Asunción, como órgano subordinado al GMC. Funcionó de esa forma hasta que a fines de 1994 fue reglamentada como órgano de la estructura institucional del Mercosur por el Protocolo de Ouro Preto. La Secretaría fue implementada por Uruguay y su primer coordinador fue el uruguayo Manuel Olarrega. Esto no es casual, ya que desde el inicio del proceso de integración Uruguay siempre estuvo a favor del establecimiento de una sede permanente para la Secretaría; de hecho, antes de que los cuatro Estados miembros aportaran dinero a su presupuesto, Uruguay se hizo cargo de los gastos de implementación y mantenimiento de la institución.

En el período entre 1991 y 1994, la Secretaría comenzó a incrementar sus competencias más allá de su función de archivo originaria. Entre las nuevas competencias se destaca el análisis de las normas y, en particular, el control del cumplimiento de los objetivos del Cronograma Las Leñas, de 1992. La Secretaría hizo el primer relevamiento y lo presentó al GMC sin ningún mandato previo; esto fue aceptado por los

coordinadores nacionales que sin haberlo pensado encontraron una manera de controlar el cumplimiento del Cronograma hasta fines de 1994, en que se dio por concluido.

En 1995 se creó la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) como órgano de apoyo y como reservorio del acervo normativo, con lo que se generó una *zona gris* con respecto a su relación inicial con el GMC. Además de las nuevas competencias, la SAM llevaba el listado de los temas de la CCM y apoyaba la preparación e incorporación de las normas. Entre 1995 y 1996 Uruguay continuó financiando la implementación de la Secretaría. En Fortaleza, en 1996, Fernando Reyes (uruguayo) fue designado como primer director.

Las funciones y atribuciones de la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) eran: llevar el archivo oficial de la documentación del Mercosur; publicar y difundir las normas adoptadas en el marco del Mercosur realizando, en coordinación con los Estados miembros, las traducciones autenticadas en español y portugués de todas las normas adoptadas por los órganos de la estructura institucional del Mercosur; y editar el *Boletín Oficial del Mercosur*. La SAM también organizaba los aspectos logísticos y administrativos de las reuniones del CMC, el GMC y la CCM; informaba regularmente a los Estados miembros sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del Mercosur; registraba las listas nacionales de los árbitros y expertos; elaboraba su proyecto de presupuesto y, una vez aprobado éste por el GMC, practicaba todos los actos necesarios para su debida ejecución. Todas las actividades que realizaba la SAM pueden ser resumidas bajo la "atribución administrativa", ya que se refieren a los aspectos de apoyo administrativo a las negociaciones, como traducción de textos, logística e informática, entre otros.

En 1997 la estructura de la SAM comenzó su transformación al incorporar siete funcionarios de cada Estado miembro. Se formaron cuatro nuevos sectores: Normativa (constituido por funcionarios uruguayos), Documental (constituido por funcionarios argentinos), Administración (constituido por funcionarios paraguayos) e Informática (constituido por funcionarios brasileros).[16] La incorporación de funcionarios de los cuatro Estados miembros a esta nueva estructura de la SAM se debió a que en este período aquéllos ya aportaban dinero a su presupuesto.

En 2000 y 2001 la SAM mantuvo sus atribuciones administrativas de archivo de documentación, seguimiento de la incorporación de la normativa del Mercosur, apoyo logístico a las reuniones de los órganos del Mercosur, apoyo a los Tribunales Ad Hoc. Luego de estos años las mencionadas atribuciones administrativas fueron modificándose hasta incorporar finalmente las atribuciones técnicas con las que actualmente cuenta la Secretaría.

---

[16] A pesar de la ausencia de un sector dedicado al análisis técnico, esta estructura era bastante similar a las estructuras de las secretarías de otros bloques regionales y regímenes internacionales que se analizan en el último apartado.

En 2002 la SAM recibió 35 instrucciones de los órganos decisorios y solicitudes de algunos de los subgrupos de trabajo de la estructura institucional del Mercosur, adicionales a las funciones ya establecidas para la Secretaría. Entre los documentos entregados en las reuniones de los órganos del Mercosur se destacan aquellos relacionados con las normas del Mercosur, la actualización del AEC y la firma de un Proyecto de Cooperación con la Unión Europea. A partir de marzo del 2002 se incluyó en la página web del Mercosur el AEC, aprobado por la resolución GMC 65/01 y sus actualizaciones. Con respecto a las normas, la SAM realizó el control de calidad de los proyectos de normas y normas del Mercosur, conforme lo dispuesto por la resolución GMC 26/01. Se analizaron aproximadamente 64 proyectos de decisión, alrededor de unos 95 proyectos de resolución y 14 proyectos de directivas, y se brindó apoyo a la Presidencia pro témpore en el relevamiento y la confección de las normas y proyectos. Por último, el 1 de octubre de 2002 se firmó un Proyecto de Cooperación con la Unión Europea para el "Apoyo a la Secretaría del Mercosur" en torno a tres ejes estratégicos: Reingeniería del sistema de gestión documental, Fortalecimiento institucional y Mejoramiento de la infraestructura informática.

Cuadro 2.

Actividades de la SAM

Año	Actividad / Tema
2000	Listado de consultas en Plenario de la CCM. Listado de reclamaciones en el ámbito del Protocolo de Brasilia. Archivo oficial del Mercosur. *Boletín Oficial del Mercosur*. Seguimiento de la incorporación de la normativa del Mercosur a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Ingreso de actas. Fe de erratas. Consultas presentadas ante la CCM. Apoyo logístico a los órganos del Mercosur. Instrucciones de servicios a diferentes reuniones del Mercosur.
2001	Conmemoración del 10.º aniversario del Mercosur. Convenio de cooperación administrativa Mercosur-Aladi. Apoyo a los Tribunales Ad Hoc del Mercosur sobre: "Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, resolución n.º 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", "Restricciones al acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo", "Prohibición de importación

Año	Actividad / Tema
	de neumáticos remoldados (*remolded*) procedentes de Uruguay" y al Grupo de Expertos sobre "Sanción de normas administrativas de efecto restrictivo del comercio en materia de exportación de tabacos, productos derivados del tabaco, filtros de cigarrillos, papel para cigarrillos y envoltorios para filtros". Apoyo a las reuniones de los órganos dependientes del GMC y de la CCM. Archivo oficial del Mercosur. Seguimiento de los proyectos de normas en la CCM. Seguimiento de la incorporación de la normativa del Mercosur a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Divulgación de información a través de visitas a la sede, web del Mercosur, documentos como las series temáticas, *BOM*, entre otros.
2002	Seguimiento a los proyectos de normas de la CCM pendientes de aprobación. Estado de situación y seguimiento a los proyectos de resolución del SGT n.º 3. Estado de situación y seguimiento a los proyectos de resolución del SGT n.º 11. Listado de número de reunión de la CCM y sus órganos dependientes. Seguimiento de los programas de trabajo y pautas negociadoras del GMC y de la CCM con sus respectivos órganos dependientes. Listado de concordancias. Listado de consultas en Plenario. Listado de reclamaciones. Documento sobre acciones puntuales en el ámbito arancelario. Incorporación de las normas Mercosur en el orden jurídico de los Estados miembros. Listado de normas no incorporadas que se encuentran bajo revisión. Lista de normas que han sido incorporadas por tres Estados miembros. Solución de controversias. Listado de normas con dificultades técnicas. Listado de normas que no necesitan ser incorporadas. Listado de normas que no han sido incorporadas por ningún Estado miembro. Actualización en la web del AEC. Proyecto de cooperación con la Unión Europea para el "Apoyo a la Secretaría del Mercosur".

Fuente: Elaboración propia según los *Informes de actividades* de la SAM.

En resumen, el funcionamiento de la SAM no exhibió mayores dificultades para ejercer sus tareas administrativas, logísticas y de archivo de documentación. A partir de la transformación de la SAM en ST, apareció por primera vez un grupo de técnicos

independientes como un nuevo actor que, sin contar con poderes decisorios, fue dotado de la función de desarrollar una visión de los intereses comunes del Mercosur que pudiera ayudar a los negociadores nacionales en el desarrollo de sus funciones. En efecto, la SAM funcionó hasta el 2002, cuando, en el marco de una serie de medidas para el reforzamiento institucional del Mercosur, la decisión CMC 30/02, que se hizo operativa en el 2003, estableció la transformación de Secretaría Administrativa en Secretaría Técnica. En el primer considerando, los Estados miembros establecieron que "las necesidades actuales del proceso de integración requieren avances institucionales que posibiliten la constitución de un órgano de asesoría técnica que pueda actuar a partir de una perspectiva común y contribuir para la consolidación del Mercosur" (2002: 1). La resolución GMC 1/03 estableció la estructura y el funcionamiento de la nueva SM, y la resolución GMC 16/04 hizo operativo el mandato de la decisión CMC 30/02 de asistencia técnica de la Secretaría Técnica (ST).

De este modo, la transformación de SAM en ST fue una iniciativa que pretendió contribuir con el proceso de integración proporcionando asistencia técnica y desarrollando una visión de los intereses comunes en el Mercosur.

3.2. Secretaría Técnica: estructura, recursos, y atribuciones

La ST es una institución no intergubernamental porque, a pesar de no tener poder de decisión, es "autónoma" de los Estados miembros en el sentido de que está formada por técnicos independientes que intentan identificar una visión común del Mercosur por sobre los intereses nacionales de aquéllos.

Tiene su sede permanente en el Edificio Mercosur, en Montevideo.[17] La nueva estructura de la ST está conformada por la Dirección y por los sectores de Asesoría Técnica, Normativa y Documentación, y Administración y Apoyo.

La Dirección es la máxima autoridad jerárquica de la Secretaría y tiene a su cargo la dirección y administración del órgano. El cargo es elegible cada dos años y rotativo alfabéticamente entre los Estados miembros.[18] Debido a que es designado por el CMC, el director de la ST es quizás la figura más política de esta institución técnica.

Las funciones y atribuciones del Sector de Asesoría Técnica (SAT) se rigen por lo dispuesto en la decisión CMC 30/02, que instituyó a partir de mayo del 2003 un Sector de Asesoría Técnica, integrado por cuatro consultores técnicos.[19] Este sector

---

[17] La decisión CMC 22/98 estableció la sede permanente de la Secretaría en Montevideo.

[18] En la actualidad el director de la ST es Reginaldo Braga Arcuri, designado para el período 2003-2004 por la decisión CMC 32/02 y luego renovado hasta diciembre de 2005 por medio de la decisión CMC 24/03.

[19] Los actuales cuatro consultores técnicos son Alejandro Perotti y Deisy Ventura (Asesoría Jurídica) y Oscar Stark y Marcel Vaillant (Asesoría Económica).

es el encargado de la producción del análisis técnico. El objetivo del SAT es contribuir para la conformación de un espacio de reflexión común sobre el desarrollo y la consolidación del proceso de integración. Su competencia reside en el seguimiento y la evaluación del desarrollo del proceso de integración. En virtud de la norma arriba citada, cabe al SAT "elaborar informes periódicos, en bases semestrales, sobre la evolución del proceso de integración, con la finalidad de analizar las variables relevantes que afectan el proceso de integración y acompañar la implementación de los compromisos asumidos en el ámbito o por el Mercosur. Los informes podrán, también, identificar, a la luz de una perspectiva común, eventuales carencias, lagunas normativas y dificultades específicas del proceso de integración, o temas de interés común, a fin de proponer, según una perspectiva regional, cursos de acción a los órganos decisorios del Mercosur".[20] De este modo, se define una función crítica (identificación de carencias, lagunas y dificultades) y de prospectiva (sugerencias de cursos de acción).

El desarrollo de un órgano no intergubernamental en una estructura de tipo intergubernamental implica, tal como señala el *Primer informe semestral* de la ST (2004: 6) que, "mientras que cada Estado Parte compone su cuota de participación en las instituciones del bloque a través de funcionarios nacionales, encargados de representar y defender en aquella esfera la voluntad nacional, influenciada por legítimos intereses específicos de la vida interna del país, la Secretaría tiene el deber de ofrecer a esos operadores una visión conjunta del proceso".

Por otro lado, el Sector de Normativa y Documentación (SND) realiza sus actividades bajo la supervisión del director de la Secretaría y tiene diversas atribuciones. Tiene el objetivo de apoyar al proceso de elaboración e implementación de normas mediante: el análisis de los aspectos formales de los proyectos y propuestas de normas elevados por los foros técnicos a la consideración de los órganos decisorios del Mercosur; la revisión de las versiones en español y portugués de los proyectos de normas a fin de asegurar la efectiva correspondencia de los textos en los dos idiomas antes de su remisión a la consideración de los órganos decisorios, y la realización —en coordinación con los Estados miembros— de las traducciones auténticas a español y portugués de todos los proyectos y normas adoptadas por los órganos de la estructura institucional del Mercosur.

También interviene en el proceso de incorporación de las normas del Mercosur al ordenamiento jurídico de los Estados miembros,[21] registrando las notificaciones de

---

[20] La visión de los intereses comunes no es ni obligatoria ni vinculante.

[21] El artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto (1994) estableció:

"Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

"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;

los socios relativas a la incorporación de las normas a los ordenamientos jurídicos nacionales, archivando las normas nacionales por medio de las cuales los Estados miembros hayan incorporado las normas del Mercosur a sus respectivos ordenamientos jurídicos, comunicando a los Estados miembros la conclusión del proceso de incorporación de las normas del Mercosur en el ordenamiento jurídico de los cuatro países, y manteniendo actualizadas las listas con el estado de incorporación de las normas del Mercosur en los Estados miembros. El objetivo principal de este sector es dotar de mayor transparencia y control de la Secretaría a las normas incorporadas por los Estados miembros.

Además, tiene una atribución de asistencia en los procedimientos de solución de controversias y reclamaciones: registra las listas de árbitros y expertos, así como las previstas en los acuerdos firmados por el Mercosur con terceros países, grupos de países y organismos internacionales, y realiza otras tareas previstas en los procedimientos de solución de controversias y reclamaciones del Mercosur, así como en los procedimientos de resolución de conflictos acordados entre el Mercosur y terceros países o grupos de países.

Igualmente, tiene a su cargo la organización y el mantenimiento actualizado del archivo oficial del Mercosur,[22] con la constante actualización de la base de datos de la Secretaría, estructurada de manera de viabilizar consultas por tema, órgano emisor o tipo de norma; el cotejo de las versiones en medio físico y magnético de las actas y de los anexos y, en caso de discrepancias entre ellas, la corrección pertinente en la versión en medio magnético; y la permanente actualización de la lista de decisiones, resoluciones y directivas, así como de proyectos de normas elevados por los foros técnicos a la consideración de los órganos decisorios del Mercosur.

Por último, el SND se encarga de la divulgación de la normativa Mercosur a través del *Boletín Oficial del Mercosur*, seleccionando y orientando al Sector de Administración y Apoyo para incorporar en la página web toda la documentación de carácter público emanada de los órganos de la estructura institucional del Mercosur; velando, en los casos pertinentes, por la confidencialidad de la documentación del Mercosur, y atendiendo las consultas internas y externas sobre la documentación emanada del proceso negociador y las normas adoptadas en el ámbito del Mercosur.

”Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

”Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Parte 30 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 Parte, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales”.

[22] El archivo oficial del Mercosur está conformado por toda la documentación emanada de los órganos de la estructura institucional del Mercosur y por todos los instrumentos firmados por el bloque con terceros países, grupos de países u organismos internacionales.

El Sector de Administración y Apoyo (SAA), que funciona bajo la supervisión del director, es responsable por todas las actividades relativas a la administración financiera, patrimonial y de los recursos humanos de la Secretaría y por los servicios relacionados con el sistema de informática y con el mantenimiento de la Secretaría. El SAA tiene cuatro funciones principales. La primera es la administración financiera y patrimonial; en este campo, elabora el proyecto de presupuesto de la Secretaría, que deberá ser aprobado por el GMC; realiza todos los actos necesarios para la correcta ejecución del presupuesto de la Secretaría y mantiene los registros contables correspondientes; prepara la rendición de cuentas anual de la Secretaría, que también tendrá que ser aprobada por el GMC; asiste al director de la Secretaría en el establecimiento del plan anual de compras e inversiones de la Secretaría; ejecuta los actos de compra y enajenación de bienes y contratación de servicios para la Secretaría, de conformidad con las normas y procedimientos establecidos; efectúa pagos a los acreedores, registrado y controlando la liquidación de créditos y débitos, emitiendo documentos de pagos y recibos, haciendo transferencias y responsabilizándose por la custodia de los fondos y valores de la Secretaría; mantiene actualizado, correctamente evaluado e identificado el inventario de bienes de la Secretaría; y mantiene el sistema de registro y control de proveedores.

La segunda función consiste en tener a su cargo la administración de recursos humanos, en orden a lo cual prepara la documentación para la contratación de personal; planea e implementa, en coordinación con los demás sectores de la Secretaría, planes de capacitación del personal de la Secretaría; asegura el adecuado registro de contrataciones, asistencias, ausencias y alejamiento del personal de la Secretaría; y asiste al director en la aplicación del régimen disciplinario de los funcionarios de la Secretaría.

En tercer lugar, se encarga del sistema de informática, prestando asistencia informática a todos los sectores de la Secretaría, asegurando el perfeccionamiento y la seguridad de la base de datos y del sistema informático del Mercosur; y manteniendo actualizada la página web del Mercosur

Por último, el SAA tiene a su cargo la organización de los servicios de apoyo y mantenimiento de la Secretaría, para lo cual supervisa los trabajos de fotocopiado, mensajería, limpieza, mantenimiento y seguridad de la Secretaría; presta asistencia en cuestiones de protocolos, y administra la recepción, distribución y expedición de las comunicaciones.

Con respecto a los recursos económicos, durante los últimos años la situación financiera de la Secretaría se caracterizó por un alto déficit y falta de disponibilidad efectiva de fondos, por lo que la ST tuvo que recurrir a las líneas de crédito otorgadas por los bancos de plaza. En el segundo semestre de 2002, varios países realizaron los aportes al presupuesto de la ST, lo que mejoró la disponibilidad de fondos y facilitó el normal desempeño de las actividades.

El presupuesto de 2004 —que no ha variado sustancialmente con respecto a presupuestos de ejercicios anteriores— fue aprobado por la resolución GMC 48/

03. Es de US$ 996.996, integrados a partir de un aporte de US$ 245.224 de cada Estado miembro más un ingreso de US$ 16.100 por la venta del *Boletín Oficial del Mercosur*.

En cuanto a los recursos humanos, la ST cuenta con un *staff* de 26 funcionarios. Además del director, el SAT tiene seis funcionarios (cuatro consultores técnicos y dos técnicos), el SND tiene cuatro funcionarios (dos técnicos en normativa, un técnico en documentación y otro en divulgación), y el SAA, tres funcionarios (dos técnicos en administración y un técnico en informática). Asimismo, hay nueve asistentes técnicos y tres funcionarios de apoyo que son asignados en los distintos sectores por el director, según las necesidades de servicio.

La estructura de la ST basó su formato en el tipo de atribuciones, administrativas y técnicas. El SAA y el SND desempeñan la función administrativa: el SAA tiene a cargo la informática y la administración de los recursos económicos y humanos de la Secretaría, y el SND se encarga principalmente de actualizar la incorporación de las normas y brindar asistencia en el proceso de solución de controversias, así como la divulgación del *BOM*. El SAT desarrolla la atribución técnica mediante sus funciones de apoyo técnico a los órganos del Mercosur, seguimiento y evaluación del desarrollo del proceso de integración, realización de estudios de interés para el bloque, y control de consistencia jurídica de los actos y normas de los órganos del proceso. De esta forma el SAT interviene a través de controles de consistencia jurídica, informes técnicos (consultas, relevamientos, documentos de trabajo, ayuda memoria), informes semestrales, estudios, y proyectos de cooperación.

3.3. Actividades realizadas por la ST: asistencia técnica y visión de los intereses comunes

Para describir las actividades de la ST es necesario tener en cuenta dos consideraciones. En primer lugar, la dificultad de acceso a insumos para identificar claramente todas las actividades y trabajos realizados por la ST debido a su carácter reservado. En segundo lugar, pese a que en el 2002 la decisión CMC 30/02 estableció la transformación de la SAM en ST, esta última comenzó a funcionar como tal en el 2003. Es decir, a partir de este año el SAT comenzó a brindar asistencia técnica a los órganos del Mercosur haciendo efectiva la nueva atribución técnica de la ST.

Cuadro 3.
Actividades de la ST

Año	Actividad / Tema
2003	Tribunal Administrativo Laboral del Mercosur (DT n.º 15/03). Protocolización en el ámbito de la Aladi de las normas emanadas de los órganos del Mercosur. Acuerdo Marco para la Armonización de Actividades de Compensación y Liquidación de Operaciones Realizadas en Mercados de Capitales. Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales. Convenio de Cooperación entre los Bancos Centrales de los Estados Partes para la Prevención y Represión de Maniobras Tendientes a la Legitimación de Activos Provenientes de Actividades Ilícitas. Propuesta de Reglamento del Fondo para el Sector Educativo. Mecanismo para el ejercicio profesional temporario. Requisitos para otorgar licencias de conductores profesionales. Protocolo elevado por la Reunión de Ministros de Justicia. Proyecto de reglamento para licitaciones. Perfeccionamiento del sistema de incorporación de normativa Mercosur al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Participación activa en reuniones: SGT 7 “Industria”, Foro de Consulta y Concertación Política, Reunión de Ministros del Interior, Grupo Ad Hoc de Compras Gubernamentales, CCM, GMC, CMC, GNIN-Intra Mercosur (ALCA), GNAM-GNAC Intra Mercosur (ALCA), y Mercosur-CAN.
2004	Problemas de la libre circulación en el Mercosur. ¿Cómo transitar un camino hacia la unión aduanera? Redundancia en el cobro del AEC y distribución de la renta aduanera: propuestas de escenarios y opciones alternativas para el Mercosur. *Primer informe sobre la Aplicación del Derecho del Mercosur por los Tribunales Nacionales, y sobre la Aplicación del Derecho Nacional a través de los Mecanismos de Cooperación Jurisdiccional Internacional del Mercosur*. La Reglamentación del Acuerdo Interinstitucional entre el Consejo Mercado Común y la Comisión Parlamentaria Conjunta (*enmienda Alonso*). Seminario *Las normas de derecho originario y derivado del Mercosur - Su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes*. Adhesión de Perú a las normas suscriptas entre el Mercosur y los Estados asociados.

Año	Actividad / Tema
	Resumen de las propuestas realizadas en el seminario *Políticas para promover la convergencia estructural en el Mercosur*. *Primer informe semestral* de la Secretaría del Mercosur.
2005	Programa de trabajo (decisión CMC 47/04): • reglas de circulación y distribución de la renta aduanera en la unión aduanera; • reglas de distribución de la renta aduanera y AEC en la unión aduanera; • recaudación del arancel a las importaciones de los Estados miembros en el comercio intra y extrarregional; • asimetrías y políticas de convergencia estructural; • regímenes especiales de comercio; • aplicación judicial del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales de los Estados miembros (año 2004); • gobernabilidad democrática, en el ámbito del Mercosur, para el período de 2005 a 2007; • circulación de mano de obra y derechos de los trabajadores en el ámbito del Mercosur; • derecho de la competencia en el ámbito del Mercosur, en particular su compatibilidad con las legislaciones de los Estados miembros en la materia; • efectividad del derecho del Mercosur (cooperación judicial, armonización de la legislación, y el proceso legislativo).

Fuente: Elaboración propia según documentos disponibles en el sitio de Internet del Mercosur, como los *Informes de actividades* y el *Primer informe semestral*. Debido al carácter reservado de muchos documentos de la ST, no es una lista completa de sus actividades.

En el 2003, el plan de trabajo de la Secretaría estuvo esencialmente enfocado en tres áreas: preparación, seguimiento y control de calidad de las normas; funcionamiento del SAT; y operacionalización de proyectos del CMC o del GMC que necesitaron una estructura de ejecución permanente, principalmente los relacionados con la implementación económica, como los Foros de Competitividad del Mercosur, empezando por la cadena de productividad de la madera y muebles.

La Secretaría presentó en las reuniones técnicas preparatorias del CMC, el GMC y la CCM los proyectos elevados por los órganos dependientes a consideración de los órganos decisorios. Para ello, el SND analizó 257 actas que emanaron de dichos órganos en el 2003. La Secretaría también realizó el seguimiento y el registro de todos los proyectos de normas, precisando su estado de situación hasta la transformación en norma del Mercosur.

Con respecto a la incorporación de normas, durante el 2003 el SND participó en cuatro reuniones técnicas de incorporación de la normativa, con los siguientes infor-

mes: normas en vigor en los Estados miembros, normas incorporadas por tres Estados miembros, normas no incorporadas con plazo de incorporación vencido, normas que requerían aprobación legislativa en algún Estado miembro, normas que se encontraban en revisión, normas que registraban dificultades técnicas para su incorporación, normas en proceso de incorporación, y normas que aún no habían sido incorporadas por ningún Estado miembro. Se registraron 130 comunicaciones sobre la normativa Mercosur en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

Asimismo, de acuerdo con la decisión CMC 36/03 (Programa de trabajo 2004-2006), la ST dio inicio a los trabajos dirigidos a presentar una propuesta de mecanismo para la eliminación del doble cobro del AEC y para resolver el tema de la distribución de la renta aduanera. Además de esto, el SAT fue invitado por órganos del Mercosur a participar activamente en las reuniones.

En el 2004 la ST continuó produciendo trabajos referidos a los temas del año anterior, como el perfeccionamiento de la unión aduanera (doble cobro del AEC y distribución de la renta aduanera), la convergencia estructural, la aplicación del derecho del Mercosur, entre otros. Entre todos los aportes realizados por el SAT se destaca fundamentalmente el *Primer informe semestral*, en el que se incluye una serie de propuestas para el reforzamiento institucional del Mercosur.

El trabajo analiza dos grandes aspectos del Mercosur: estructura y funciones del acuerdo de integración económica, e instituciones y estructura jurídica. En referencia a los temas económicos del proceso de integración, el *Informe* subraya la proliferación de barreras no arancelarias. Tal como señala, "la integración económica, en tanto acuerdo de tipo recíproco que compromete a cada una de sus partes, puede ser entendida como un mecanismo de tecnología de compromiso, que les da credibilidad y permanencia a las políticas de los países miembros y que provee de mecanismos claros para castigar los desvíos. En este sentido, la integración económica debería proveer la ingeniería institucional que permita alcanzar las asignaciones cooperativas. Es necesario diseñar mecanismos e instituciones que hagan compatibles para cada uno de los actores sostener las asignaciones cooperativas. El punto básico a aprovechar es que todos los países necesitan tener un ámbito de compromiso mutuo que limite y restrinja, en la dirección deseada, mediante disciplinas conjuntas las acciones que cada uno puede hacer" (2004: 57).

Con respecto a la cuestión institucional, se plantea el desarrollo de un intergubernamentalismo responsable para avanzar en el diseño de instituciones comunes, especializadas y eficientes, mejorando el uso de los recursos y brindando mejores soluciones técnicas que den sustento más permanente a los acuerdos. Se destaca la necesidad de generar una visión común del proceso de integración, ya que la base intergubernamental y política que predomina en todos los niveles del funcionamiento sustantivo del Mercosur hace que se amplifique una visión sectorialista que muchas veces es más parcial según el ámbito. El *Informe* también formuló cinco escenarios posibles de institucionalización para el Mercosur con el objetivo de contribuir al balance de la dinámica institucional y como evaluación de las posibilidades de reforma.

Por último, vale la pena mencionar que en diciembre del 2004 debería haber aparecido el *Segundo informe*, pero aún no se sabe nada acerca de esa publicación.

Culminadas las actividades durante el 2004, el programa de estudios de la ST para el 2005 estableció nuevamente temas relacionados con el perfeccionamiento de la unión aduanera, el derecho del Mercosur, y la gobernabilidad democrática en el bloque.

3.4. Evaluación

Teniendo en cuenta el sesgo intergubernamental de la estructura institucional del Mercosur —que implica un fuerte control de los Estados miembros sobre el proceso—, la transformación de SAM en ST constituyó una manifestación de cambio. Por primera vez se hizo referencia a una "visión común", cuestión no muy frecuentemente presente en el debate acerca de las instituciones del bloque. Este cambio se plasmó en la creación del Sector de Asesoría Técnica de la ST.

Las normas que establecieron la estructura, atribuciones y recursos de la ST[23] la definen como un órgano permanente con atribuciones administrativas y técnicas. Tal como señalan Bouzas y Soltz (2001), esta nueva instancia técnica independiente no resuelve los problemas del proceso decisorio, pero puede contribuir como mecanismo propositivo y facilitador del arbitraje de intereses nacionales diferentes.

No obstante, a pesar de ser una iniciativa de fortalecimiento institucional, la ST tiene demasiados límites que disminuyen su capacidad para contribuir como un espacio de reflexión común en la consolidación del Mercosur. No cuenta con una atribución propositiva que le permita plantear temas desde una perspectiva común a los órganos decisorios de la estructura institucional. Esto genera que la negociación entre los Estados miembros continúe prevaleciendo por sobre los intereses comunes identificados por la ST, neutralizando el avance institucional producido por la transformación de la SAM en ST.

Otro límite a la participación de la ST en el proceso de integración —relacionado con el punto anterior— es la resolución GMC 16/04, que estableció que debe haber un consenso entre los Estados miembros para solicitar su intervención.[24] Es decir, la ST no puede intervenir a menos que todos los Estados miembros estén de acuerdo en que lo haga. Esto limita el accionar de la ST en el sentido de que la hace depender del consenso de los Estados miembros para intervenir, por lo que, a pesar de ser un órgano no intergubernamental, continúa "controlado" por los Estados miembros.

Por último, la dificultad de acceso a la información sobre las actividades de la ST pone de manifiesto la escasa transparencia en el proceso de integración y evidencia

---

[23] Decisión CMC 30/02, resolución GMC 1/03, resolución GMC 16/04, entre otras.

[24] A pesar de ello, los cuatro Estados miembros realizaron consultas, pero Argentina fue el país que más consultas solicitó.

que los Estados miembros están de acuerdo en divulgar cierta información, pero no la totalidad de los trabajos.

A pesar de estas limitaciones "innatas", la ST tiene participación en el proceso de integración. Su principal aporte se produce mediante el control de consistencia jurídica de las normas, que no es de carácter público sino reservado. No obstante, el hecho de que la ST verifique la normativa es un cambio positivo en el Mercosur, ya que antes no existía ningún órgano que hiciera esa actividad.

Todas las actividades realizadas[25] a partir del 2003 muestran que la ST comenzó a funcionar inmediatamente sobre la base de los mandatos establecidos; no sólo se involucró en temas relacionados con las normas y su incorporación, sino que además produjo, entre otras cosas, una propuesta puntual para el perfeccionamiento de la unión aduanera (uno de los objetivos pendientes del Mercosur).

Finalmente, la estructura, los recursos y atribuciones de la ST, así como las actividades realizadas hasta la actualidad, demuestran que para su transformación de SAM en ST parecen haberse tenido en cuenta algunas de las recomendaciones de la literatura sobre las instituciones en el Mercosur. En este sentido, la gran mayoría de los autores (Moavro, Orieta y Parera, 1997; Peña, 2003*a*, 2003*b*; Bernal Meza, 2001; Opertti Badán, 2003; Basso y Gobbi Estrella, 2003; Jaguaribe, 2003; Magariños, 2003; Bouzas, Da Motta Veiga y Torrent, 2002) recomiendan la transformación de la SAM de manera de dotarla con atribuciones técnicas y con algún margen de capacidad propositiva. Sin embargo, la ST fue provista efectivamente de la atribución técnica pero no de la propositiva, ni tampoco se constituyó como órgano independiente.

4. Relación entre la ST, los Estados miembros y el GMC

4.1. Los Estados miembros y la ST

Las posiciones de los Estados miembros con respecto al establecimiento de una sede permanente de la Secretaría (y al desarrollo de una ST), así como su visión del formato institucional que debería adoptar el Mercosur, han sido diversas. Mientras que Brasil y Argentina no ocultaron sus preferencias por el "nomadismo" que caracteriza a todas las estructuras institucionales (rotación periódica de los lugares de reuniones y alternancia en las conducciones), Paraguay y Uruguay se inclinan por el establecimiento de sedes fijas (Moavro, Orieta y Parera, 1997). Tal como señala Félix Peña, "en Ouro Preto se perdió la oportunidad de avanzar en la dirección de una Secretaría Técnica, como finalmente se hiciera recién en 2002. Incluso en 1999, las Cancillerías de la Argentina y del Brasil rechazaron explícitamente la idea planteada

[25] Desde su implementación en 2003 la ST produjo diversos trabajos técnicos, consultas, relevamientos, informes semestrales, que comenzaron a ser leídos por los funcionarios nacionales de los Estados miembros.

por el Uruguay de crear la Secretaría Técnica. En el interior del gobierno argentino, tampoco prosperó la idea de mínima de crear una Gerencia Técnica adscripta al Grupo Mercado Común" (2003*a:* 11) Puede evidenciarse entonces, por un lado, el recelo de Argentina y Brasil —particularmente sus respectivas Cancillerías— frente a la transformación de la SAM en ST y, por otro, el apoyo "incondicional" de Uruguay a este proceso.

Brasil es el socio mayor del Mercosur, con cerca de las dos terceras partes del PBI total del bloque. En esta situación, su desempeño económico, sus políticas internas y su posición negociadora dentro del bloque condicionan estrechamente la evolución global del proceso de integración, su metodología y su agenda de negociaciones. Tal como menciona Pedro Da Motta Veiga, la posición negociadora de Brasil "es seguramente uno de los principales factores que definen el perfil actual del Mercosur, a mitad de camino entre un área de libre comercio y una unión aduanera, con escasos mecanismos de institucionalización y poca discriminación positiva a favor de las economías menores del bloque" (2002: 71).

En un contexto de un bajo nivel de interdependencia entre los socios, con escasos incentivos económicos para la integración, el Mercosur tuvo una motivación esencialmente política para Brasil. Esto se enmarca en una estrategia externa en la que Estados Unidos constituye un eje de "repulsión" (para aumentar el poder de negociación de Brasil frente a Estados Unidos en el hemisferio y especialmente en América del Sur) y en el objetivo final de crear condiciones favorables al desarrollo industrial nacional.

En contraste con este interés político, los incentivos económicos asociados a él se perciben como limitados, principalmente debido a la asimetría entre el tamaño relativo de la economía de Brasil y el de la de sus socios. Como señala Da Motta Veiga (2002), de esta tensión entre una elevada motivación política y restringidos incentivos económicos surge una postura de participación en que existe un compromiso estratégico con la integración regional, pero este hecho no genera automáticamente la adhesión a propuestas de profundización de la unión aduanera, como tampoco implica la aceptación de iniciativas capaces de restringir la libertad de acción del gobierno en las políticas internas de desarrollo.

A pesar del apoyo formal de Brasil al desarrollo de la ST, el socio mayor del Mercosur ha abogado por una Secretaría con un rol acotado, promoviendo la integración con "cautela". Esto tiene que ver con la visión de Itamaraty de inserción en el mundo como potencia regional, ya que desde los inicios del proceso de integración se mantuvo una posición renuente frente a la profundización de la estructura institucional debido a la preocupación por que el establecimiento de estructuras independientes y supranacionales limite la libertad de acción del mayor socio del bloque y lo subordinen a posiciones dictadas por los socios menores (Da Motta Veiga, 2002).

Después de Brasil, Argentina es el segundo socio mayor del Mercosur. Como uno de los dos socios mayores del bloque, también aboga por una integración con

"cautela" y ha sido reticente al establecimiento de estructuras institucionales que puedan afectar su capacidad de acción. Es decir, está en contra de toda iniciativa que implique la cesión de competencias a una instancia supranacional.

A partir de aquí se desprende la idea de que la ST no debe ser un quinto actor, ya que los únicos actores del Mercosur son los cuatro Estados miembros. Se considera que las atribuciones actuales de la ST son amplias y se apoya la resolución GMC 16/04, que establece la necesidad de un consenso entre los Estados miembros para solicitar consulta a la Secretaría, a fin de "evitar que los Estados la soliciten para dar mayor legitimidad a su posición negociadora".[26] Su argumento se basa en que, si la ST se involucra en temas en los que no hay consenso, su intervención serviría para profundizar el disenso.

En contraste con estas dos posiciones de Brasil y Argentina, de una integración con "cautela" y del establecimiento de una ST con atribuciones limitadas, se encuentran los dos socios menores del Mercosur, Uruguay y Paraguay. Ambos —aunque principalmente Uruguay— están a favor del desarrollo de una Secretaría independiente para el proceso de integración.

Uruguay siempre planteó su posición favorable a la institucionalización del bloque debido a su tradición de respeto a las instituciones y para "protegerse" frente a los socios mayores del bloque. El eje de la política exterior de Uruguay y su inserción competitiva en el mundo fueron formulados e implementados teniendo al Mercosur como el centro.

Tradicionalmente, la política exterior de Uruguay definió su posición de defensa de ciertos principios, como el respeto y el cumplimiento de los principios generales del derecho internacional, incluyendo la norma del cumplimiento de los tratados internacionales. Ante la falta de otros recursos de poder, Uruguay acudió a la defensa del legalismo internacional y al respeto a los principios jurídicos como instrumento eficaz para legitimar sus posicionamientos en el contexto externo (Rótulo, 2002). Esta reivindicación en el plano externo a través del discurso del cumplimiento del derecho internacional fue legitimada por una trayectoria histórica de desarrollo institucional republicano y estabilidad democrática.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la posición uruguaya sobre las instituciones del Mercosur plantea que debe ser fortalecido su carácter intergubernamental. Esta posición a favor de una mayor institucionalización se observa desde los inicios de la Secretaría del Mercosur: antes de que todos los Estados miembros comenzaran a aportar dinero para su presupuesto, Uruguay se hizo cargo de los gastos de la implementación de la Secretaría. Además, fue uno de los principales impulsores de la transformación de la SAM en ST, como forma de fortalecer las instituciones del bloque.

---

[26] Entrevista del autor con Daniel Raimondi, ministro director de Asuntos Económicos y Comerciales del Mercosur. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 30 de marzo de 2005.

Finalmente, Paraguay se ha mantenido indiferente en su posición sobre la institucionalidad del Mercosur y sobre el desarrollo de una ST, en parte por recelo ante el otro socio menor —Uruguay— y en parte debido a que no percibe la importancia de las instituciones para defender su posición dentro del bloque, dado que ve al Mercosur más como amenaza que como oportunidad. Esto se debe a que todavía no se han visualizado claramente los beneficios de la integración regional, ya que las cifras de crecimiento aún son muy bajas y no compensan la regresión industrial y el colapso de la economía campesina parcelaria (Rodríguez, 2001). Asimismo, la débil institucionalidad de Paraguay tiene como efecto carencias en la formulación de lineamientos políticos, de continuidad en las iniciativas, e incluso de gobernabilidad, que permitan definir intereses nacionales, formular propuestas, negociar intereses y realizar aportes en el ámbito internacional.

En síntesis, los dos socios mayores del Mercosur (Brasil y Argentina) han sido renuentes a cualquier tipo de iniciativa que limite sus competencias o que los obligue a ceder soberanía a órganos supranacionales. Por el contrario, los dos socios menores (Uruguay y Paraguay) han abogado por una mayor institucionalización para "protegerse" frente a los socios mayores. Con respecto a la ST, existe un consenso en torno a la transformación de la SAM en ST, pero no ocurre lo mismo con respecto a sus atribuciones. Mientras que los socios mayores la apoyan pero sin ampliar demasiado sus atribuciones, los socios menores están a favor de aumentarlas.

Con base en estas referencias, la relación de la ST con las presidencias pro témpore (PPT) fue diferente según el período de cada Estado miembro. La PPT de Uruguay brindó un apoyo muy importante a la ST; cuando se incorporaron los consultores técnicos, en octubre de 2003, los técnicos estuvieron en todas las reuniones como observadores, aunque sin participar.[27]

Con la PPT Argentina empezaron los problemas, ya que dentro del GMC Argentina es el país que más se opone a la ST. Al principio hubo complicaciones relacionadas con el soporte técnico a las reuniones en una ciudad que no fuera Montevideo, pero además la actitud de esta presidencia —distinta de la uruguaya— ha sido de oposición sistemática a la ST, a su consolidación y a una posible autonomía de la ST en su trabajo. Argentina es uno de los países más celosos del control de lo que se hace en nombre del Mercosur y todo lo que puede estar relacionado con ello.

Sin embargo, bajo la PPT Argentina la ST empezó a producir trabajos técnicos. Así, la ST apareció como un nuevo actor y comenzó a ocupar un espacio en la estructura institucional del Mercosur, aunque no de decisión o liderazgo. Sin embargo, la presencia de un nuevo actor con otro lenguaje y dinámica ha resultado una fuente de conflicto, debido a que plantea interrogaciones, altera el ritmo preexistente de trabajo

---

[27] La ST no tiene atribuciones propositivas, pero los consultores técnicos pueden asistir a las reuniones como observadores si son invitados a hacerlo.

interburocrático y formula críticas que antes permanecían sumergidas por la lógica del predominio del interés nacional. Por consiguiente, la presidencia argentina debió convivir en un contexto nuevo y más difícil con la ST, en la que ésta empezó a desarrollar sus nuevas funciones. La voz de la ST comenzó a ser escuchada poco a poco mediante sus críticas, evaluaciones, diagnósticos, etcétera.

4.2. El GMC y la ST: la política y la técnica

La presencia de un servicio técnico independiente es problemática, por cuanto en cierto momento su intervención puede servir a un Estado miembro y en otro momento a otro. En este contexto, no debe extrañar que la ST haya presentado dificultades en su relación con *la política* en el Mercosur (y especialmente con el GMC), ya que antes de su aparición los funcionarios controlaban y monopolizaban los temas y la agenda a negociar, sin ningún "observador" independiente tan próximo.

En la estructura institucional del Mercosur los técnicos tienen un protagonismo menor frente al casi monopolio que asumen los diplomáticos —políticos— en el proceso de integración. En la práctica, existen muchas fricciones cuando la ST presenta la visión común del Mercosur. Estas fricciones se derivan del hecho que desde la política se considera que la ST se constituyó con el objetivo de apoyar las decisiones, cuando en realidad las normas establecieron que la ST debe tener una visión independiente de los Estados miembros y, por lo tanto, no tiene la obligación de apoyar las decisiones políticas.

Al mismo tiempo surgen fricciones derivadas de la presencia de un nuevo actor, formado por técnicos independientes, que modifica la dinámica de trabajo de los funcionarios nacionales "especialistas en integración" que participan en el GMC, quienes tradicionalmente monopolizaban los temas de integración. Mientras que los consultores técnicos de la ST están dedicados exclusivamente a pensar en función del Mercosur, los funcionarios nacionales del GMC tienen una visión menos integracionista, en el sentido de que se limitan a defender la posición de su país en las negociaciones.

Además de estas dificultades entre la ST y el GMC, un hecho particular ilustra claramente la tensión entre la técnica y la política: el retiro del *Primer informe semestral* de la web del Mercosur por pedido de Argentina, con el argumento de que las críticas señaladas en dicho *Informe* desalentarían a los inversores al generarles la percepción de que el Mercosur está en crisis. Este hecho se inserta en una dinámica presente en el bloque de hacer reservado todo aquello que resulta complejo, donde hay poca transparencia debido a la escasa difusión de información sobre normas y trabajos preparatorios, entre otras cosas. Frente a esta situación, desde la ST se ha intentado difundir información de manera informal a través de conferencias, entrevistas y otros recursos.

4.3. Recapitulación

Como órgano técnico, el trabajo de la ST consiste en analizar lo que *debería ser* el proceso de integración y trabajar en ese sentido, sin entrar en la lógica de *lo posible*, usualmente utilizada por los funcionarios políticos. La lógica de *lo posible* no permite plantear objetivos de máxima, por lo que las ambiciones son bajas, ya que no se puede proponer aquello que no sea posible; es una estrategia basada en objetivos de mínima. El objetivo al que se quiere llegar debe ser ambicioso y elevado.

Sin embargo, en el Mercosur el predominio de la lógica de *lo posible* por sobre el *deber ser* ha producido que los aportes realizados por la ST sean catalogados como *idealistas*, limitando su capacidad para desarrollar los intereses comunes del bloque.

El retiro de la página web del Mercosur de la visión de los intereses comunes presentada en el *Primer informe semestral*, debido a que desalentaría inversiones en la región, demuestra otro límite al funcionamiento de la ST y resulta un argumento débil, que esconde la dificultad de tener autocrítica y la idea de que un buen diagnóstico crítico indica automáticamente los caminos de cambio.

Este hecho, además, tiene un significado más profundo: que el avance que representó la transformación de la SAM en ST frente al sesgo intergubernamental de las instituciones del Mercosur fue neutralizado por el accionar de los Estados miembros, reforzando el predominio de la lógica intergubernamental en el proceso de integración. Sin embargo, cabe preguntarse si un ámbito como la ST, sin atribuciones propositivas, con la necesidad de consenso entre los Estados miembros para solicitar su intervención, con una relación compleja con el GMC y con la oposición de los dos socios mayores del bloque frente a cualquier tipo de iniciativa que limite sus competencias, podría dar lugar a dinámicas de cambio en una lógica más neofuncionalista en el Mercosur.

5. Conclusiones

El formato institucional del Mercosur (de tipo intergubernamental), establecido por el Protocolo de Ouro Preto de 1994 para asegurar la credibilidad de los compromisos asumidos, se puso en cuestión al no lograrse el objetivo de establecer una unión aduanera y eventualmente un mercado común, lo que generó una demanda de mayor institucionalización. En este sentido, la transformación de la SAM en ST fue una iniciativa que pretendió paliar esta carencia proporcionando asistencia técnica y desarrollando una visión de los intereses comunes del Mercosur.

La ST comenzó a trabajar en el 2003, sobre la base de los mandatos establecidos y con atribuciones administrativas y técnicas. Sin embargo, su contribución a la eficacia del proceso de integración ha sido limitada. Dicha limitación se observa en la *forma* de la ST, en particular en la ausencia de una atribución propositiva que le impide plantear temas analizados desde una perspectiva regional a los órganos decisorios de la estructura institucional del Mercosur. La resolución GMC 16/04 constituye otro límite *formal* al funciona-

miento de la ST, por cuanto establece la necesidad de un consenso entre los Estados miembros para solicitar consultas que reduce la participación de los consultores técnicos en las reuniones. Además de estos límites en la forma, en la práctica la ST ha presentado dificultades en su relación con el GMC y los Estados miembros.

Estas restricciones demuestran que, a pesar de ser un órgano de tipo no intergubernamental, en el sentido de que está conformado por funcionarios independientes que tienen el objetivo de identificar una visión común, la ST continúa "controlada" por el accionar de los Estados miembros. En este sentido, tanto las atribuciones que tiene la nueva ST como su funcionamiento relativizan la voluntad y el compromiso de los Estados miembros con la profundización del proceso de integración. Esta afirmación se basa, como se menciona arriba, en la ausencia de una atribución propositiva para presentar la visión común a los órganos ejecutivos del Mercosur, y en las limitaciones en el funcionamiento de la ST en su relación con los Estados miembros y el GMC.

Las diferentes posiciones de los Estados miembros con respecto a la institucionalización del Mercosur en general, y a la ST en particular, muestran el predominio de las posiciones de los Estados mayores por sobre las de los Estados menores, por lo que el miedo al *supranacionalismo* y a la idea de ceder competencias a un órgano común marcan hasta dónde se quiere avanzar por el momento. En este sentido, las limitaciones de la ST, tanto en la forma como en su funcionamiento, son consistentes con las posiciones de los Estados mayores, que la apoyan pero sin ampliar mucho sus atribuciones.

A pesar de las limitaciones de la nueva ST, las atribuciones adquiridas son irreversibles. Esto significa que el futuro de la ST puede estar marcado por la cristalización del *statu quo*, o bien por la incorporación paulatina de otras atribuciones que le permitan mejorar su contribución al proceso de integración, pero nunca en una disminución. En ambos escenarios resulta necesaria la incorporación de la ST a la estructura institucional del Mercosur, ya que esta nueva Secretaría no está incluida en el Protocolo de Ouro Preto.

Finalmente, parece poco probable que las actuales limitaciones de la ST le permitan convertirse en un ámbito que otorgue dirección al proceso de integración (donde los Estados miembros tengan algún tipo de "responsabilidad" ante ella), dando lugar a efectos de *spillover* funcional en el Mercosur.

Referencias bibliográficas

BASSO, Maristela, y Angela T. GOBBI ESTRELLA, 2003: "Aprimoramento jurídico e institucional do Mercosul", en Clodoaldo HUGENEY FILHO y Carlos Enrique CARDIM (orgs.): *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur*, Brasilia: FUNAG-IPRI-SGIE-BID, colección Países y Regiones, pp. 31-45.

BERNAL MEZA, Raúl, 2001: "Institucionalización del Mercosur", en Dieter W. BENECKE y Alexander LOSCHKY (eds.): *Mercosur. Desafío político*, Buenos Aires: CIEDLA, pp. 19-80.

BOUZAS, Roberto, 2002: "Mercosur: crisis económica o crisis de la integración", en Clodoaldo HUGENEY FILHO y Carlos Enrique CARDIM (orgs.). *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur*, Brasilia: FUNAG-IPRI-SGIE-BID, colección Países y Regiones.

BOUZAS, Roberto, Pedro DA MOTTA VEIGA y Ramón TORRENT, 2002: *In-depth analysis of Mercosur integration, its prospectives and the effects thereof on the market access of the EU goods, services and investment*, Barcelona: Observatory of Globalisation, Universidad de Barcelona.

BOUZAS, R., y H. SOLTZ, 2001: "Institutions and Regional Integration: the Case of Mercosur", en V. BULMER-THOMAS (ed.): *Regional Integration in Latin American and the Caribbean.* Londres: ILAS Series.

DA MOTTA VEIGA, Pedro, 2002: "Brasil a inicios del nuevo milenio: herencias y desafíos de la transición", en Roberto BOUZAS (ed.): *Realidades nacionales comparadas*, Buenos Aires: Altamira, pp. 55-90.

— 2003: "Mercosur: en busca de una nueva agenda. Agenda de institucionalización del Mercosur: los desafíos de un proyecto en crisis", en *Integración y Comercio*, INTAL, ITD, Documento de Trabajo IECI-06E.

Decisión CMC 30/02, 2002.

HAAS, Ernst B., 1958: "The Challenge of Regionalism", en *International Organization* 12(4), pp. 440-458.

JAGUARIBE, Hélio, 2003: "Mercosul e a nova orden mundial", en Clodoaldo HUGENEY FILHO y Carlos Enrique CARDIM (orgs.): *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur*, Brasilia: FUNAG-IPRI-SGIE-BID, colección Países y Regiones, 173-185.

MAGARIÑOS, Gustavo, 2003: "La integración multinacional es también un arte de lo posible", en Clodoaldo HUGENEY FILHO y Carlos Enrique CARDIM (orgs.): *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur*, Brasilia: FUNAG-IPRI-SGIE-BID, colección Países y Regiones, pp. 207-227.

MALAMUD, Andrés, 2003: *Presidential democracies and regional integration. An institutional approach to Mercosur (1985-2000)*, tesis doctoral, Department of Political and Social Sciences, European University Institute.

MATTLI, Walter, 1999: *The Logic of Regional Integration: Europe and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press.

MOAVRO, Horacio, Pedro ORIETA y Ricardo PARERA, 1997: *Las instituciones del Mercosur*, Buenos Aires: CIEDLA, Documento de Trabajo n.º 3.

OLARREAGA, Manuel, 2004: Entrevista del autor, Montevideo, 19 de noviembre.

OPERTTI BADÁN, Didier, 2003: "Reflexiones sobre el Mercosur", en Clodoaldo HUGENEY FILHO y Carlos Enrique CARDIM (orgs.): *Grupo de reflexión prospectiva sobre el Mercosur*, Brasilia: FUNAG-IPRI-SGIE-BID, colección Países y Regiones, pp. 13-25.

PEÑA, Félix, 2003*a: Concertación de intereses, efectividad de las reglas de juego y calidad institucional en el Mercosur*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.

— 2003*b*: *Momentos y perspectivas. La Argentina en el mundo y en América Latina*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional Tres de Febrero.

PÉREZ ANTÓN, Romeo, 2001: "Proceso de toma de decisiones en el Mercosur", en Dieter W. BENECKE y Alexander LOSCHKY (eds.): *Mercosur. Desafío político*, Buenos Aires: CIEDLA, pp. 151-234.

Protocolo de Ouro Preto, 1994.

RAIMONDI, Daniel, 2005: Entrevista del autor, Buenos Aires, 30 de marzo.

RODRÍGUEZ, José Carlos, 2001: "Una ecuación irresuelta: Paraguay-Mercosur", en *Los rostros del Mercosur*, Buenos Aires: CLACSO, pp. 361-372.

RÓTULO, Daniel, 2002: "Uruguay y su poder de negociación como socio pequeño en el Mercosur", en *Revista de Ciencias Sociales* 20, FCS, UdelaR, pp. 87-101.

SCHONEBOHM, Dieter, 1997: "Entre la globalización y el fortalecimiento de la subregión: ¿qué rol para qué Mercosur?", en *Cuadernos del CLAEH. Revista Uruguaya de Ciencias Sociales*, 77, pp. 59-85.

SECRETARÍA DEL MERCOSUR (SM), 2004: *Primer Informe Semestral. Un foco para el proceso de integración*, Montevideo.

Tratado de Asunción, 1991.

TUSSIE, Diana, Ignacio LABAQUI y Cintia QUILICONI, 2001: "Disputas comerciales e insuficiencias institucionales: ¿de la experiencia a la esperanza?", en Daniel CHUDNOVSKY y José María FANELLI (coords.): *El desafío de integrarse para crecer: balance y perspectivas en su primera década*, Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 205-223.

Sitios de Internet

‹http://www.mercosur.org.uy›
‹http://www.comunidadandina.org›
‹http://www.sieca.org.gt›
‹http://www.caricom.org›
‹http://www.sadcreview.com›
‹http://www.eac.int›
‹http://www.aseansec.org›
‹http://www.apecsec.org.sg›

Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia) *

Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano)

El tratamiento de ley que se otorga por algunos autores en Bolivia a los tratados y convenios internacionales responde a una deducción de la norma constitucional, ya que, conforme lo establece el artículo 59, numeral 1.º, de la Constitución Política del Estado, el Poder Legislativo instrumenta su facultad normativa a través de leyes. Por ello, al ser éste el mecanismo que tiene el Legislativo para aprobar los diferentes instrumentos internacionales, se entendería *a priori* que dichos instrumentos tienen ese rango normativo dentro de la escala de normas nacionales.

Sin embargo, se debe hacer notar que el Poder Legislativo no es la fuente creadora de la normativa internacional, y menos aún de la comunitaria, sino que simplemente ejerce un acto *formal* de aprobación respecto de las facultades constitucionales del presidente en materia de tratados.

Algunos autores[1] han señalado que esta atribución del Legislativo responde a un control constitucional que realiza el Congreso respecto de los tratados o acuerdos suscritos por el Ejecutivo; sin embargo, se debe tomar en cuenta que dicho control constitucional recae en manos del Tribunal Constitucional,[2] por lo que el Congreso

---

* Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana. Máster y posgrado en Derecho Comunitario de la Unión Europea por la Universidad Complutense de Madrid. Director de la revista jurídica *Verba Legis*. Profesor de Maestría y coordinador del curso de Especialidad en Derecho Comunitario de la Universidad Andina Simón Bolívar (La Paz). Director del bufete Garrón Bozo Abogados. ‹rgarron@gbabogados.com.bo›, ‹rodrigo_garron@hotmail.com›.

[1] Stefan Jost, José Antonio Rivera, Gonzalo Molina Rivero y Huscar Cajías: *La Constitución Política del Estado*, La Paz: Fundación Konrad Adenauer, 1998.

[2] Artículo 116, parágrafo IV, y artículo 120 numeral 8.*a*, de la Constitución Política del Estado.

está exclusivamente limitado a la aprobación o no de los tratados o acuerdos, según la aceptación que pueda tener de la política exterior que haya trazado el Ejecutivo, sin que ello signifique un control constitucional.

Esta aclaración es válida si se tiene en cuenta que la Constitución Política del Estado no establece los criterios en virtud de los cuales el Legislativo aprueba o no un tratado suscrito por el Ejecutivo. Sin embargo, se deduce de la normativa de la Carta Magna que dicha aprobación está sujeta al requisito de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional establezca para un tratado o convenio internacional y a la aceptación por el Congreso de los términos en que éstos se encuentren establecidos.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional solamente se pronuncia sobre la constitucionalidad de un tratado o convenio internacional a solicitud del Legislativo, del Ejecutivo o a través de la interposición del recurso correspondiente, por lo que, en caso de no ser consultado por los poderes del Estado señalados o a través de un recurso, el Tribunal se vería impedido de pronunciarse sobre aquéllos.

Se trae a colación este tema ya que el Legislativo puede, asimismo, ser partícipe indirecto de las negociaciones internacionales que haga el Ejecutivo "ejerciendo influencia diplomática sobre actos no consumados o compromisos internacionales del Poder Ejecutivo".[3] Es decir que, en caso de que el Legislativo considere oportuno cambiar los términos del tratado que se está negociando o las condiciones que posteriormente vayan a obligar al Estado, éste puede activar un mecanismo diplomático congresal a efectos de intentar influir en el convenio internacional, por lo que carecería de sentido un control *ex post* por parte del Congreso si es que éste no se hubiera pronunciado *ex ante* a la consumación del tratado o convenio vía diplomática, lo cual dependerá asimismo de la información oportuna que proporcione el Ejecutivo.

1. Sobre la publicación de los tratados en la *Gaceta Oficial de Bolivia*

El artículo 81 de la Constitución establece que "la ley es obligatoria desde el día de su publicación, salvo disposición contraria de la misma ley", lo que se constituye en un acto de recepción de la norma internacional en el derecho interno. La redacción del artículo 81 parece indicar que todos los tratados o convenios deberían ser publicados por la *Gaceta Oficial de Bolivia*, a efectos de darles publicidad, ya que, conforme al derecho interno, se les conferiría un tratamiento de ley; en caso contrario, adolecerían de un vicio de validez por no cumplir con el requisito formal constitucional de publicación.

Sin embargo, de acuerdo con lo que ya se había señalado, los tratados o acuerdos internacionales no son consecuencia de un ejercicio legislativo por el Congreso,

---

[3] Artículo 59, numeral 13.*a*, de la Constitución Política del Estado.

sino que éste sólo aprueba los términos pactados por el Ejecutivo por medio de un tratado o convenio internacional. De esta forma, los tratados o convenios internacionales, al no ser parte de la actividad legislativa del Congreso, no tienen por qué ser publicados en la *Gaceta Oficial de Bolivia*. De ser así, se generaría una confusión para los ciudadanos y operadores de justicia sobre el carácter y la naturaleza de la norma. Simplemente se publica la actividad legislativa de la cual el Congreso ha sido parte, es decir, la aprobación.

La publicación de la aprobación de los tratados a través de la *Gaceta Oficial de Bolivia* se constituye en un acto de recepción en la legislación interna de la norma internacional, por lo que nuestro sistema se puede calificar como dualista y moderado. Dualista, porque exige un acto de recepción. Moderado, porque tal recepción se hace por la simple publicación de la aprobación de tratado y no por una orden de ejecución de éste mediante una ley.[4]

2. Sobre la publicación del derecho comunitario a través de boletines o gacetas oficiales

En materia de derecho comunitario, la figura de la publicación adquiere matices especiales. Si bien el derecho originario comunitario requiere de un acto de recepción en la legislación interna (cual es la publicación de la ley que aprueba dicho tratado), es en virtud del propio tratado y con base en la jurisprudencia de los tribunales de justicia comunitarios que las normas de derecho originario y derivado son de aplicación y efecto directo; por lo menos así ocurre en el caso de la Comunidad Andina de Naciones.[5]

En la Unión Europea, los tratados constitutivos no establecieron la aplicación y el efecto directo de las normas originarias ni derivadas. Fue el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que se pronunció al respecto sentando dichos principios.[6] Por estos motivos, la inexistencia del requisito formal de publicación de la norma comunitaria a través de los boletines o gacetas oficiales de los Estados adquiere relevancia, ya que, conforme a la sentencia del TJCE *Comisión c/ Italia* (1973):

> […] está prohibida cualquier medida de interiorización formal de los reglamentos, porque puede generar equívocos, en:
>
> Lo relativo a la naturaleza jurídica de las disposiciones aplicables (no se sabe si es comunitaria o nacional).

---

[4] Similar calificación dio José Antonio Pastor Ridruejo a la Constitución española. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 1986, p. 204.

[5] Rodrigo Javier Garrón Bozo: *Derecho comunitario*, La Paz: Cima, 2004.

[6] Ricardo Alonso García: *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*: *Van Gend & Loos* (1963), *Van Duyn* (1974), *Becker* (1982), *Marleasing* (1990), *Faccini Dori* (1994), *Kraaijeveld* (1996), *Inter-Environnement Wallonie* (1997), *Flaminio Costa* (1964), *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) y *Simmenthal* (1978).

> La ubicación de la regulación en cuanto al sistema general de fuentes, ya que se podría generar una posible distorsión del Juez nacional, que pueda considerar a la misma como norma interna y no comunitaria.
>
> En cuanto al momento de entrada en vigor de la norma, ya que también se publicará en el Boletín Oficial Interno.
>
> La competencia del TJCE en cuanto a su competencia para pronunciarse sobre la validez o interpretación del reglamento comunitario, sometido en virtud del mecanismo de cuestión prejudicial a la suprema interpretación que el TJCE ostenta (artículo 234 TCE, antiguo 177).
>
> Asimismo, se prohíbe la interiorización material de los reglamentos, ya que existe el riesgo de que los EEMM, mas allá de una mera reproducción, tiendan a intentar modificar el alcance de los mismos a través de la norma interna de recepción -Asuntos Bollmann 40/69 (1970) y Krohn 74/69 (1970).[7]

El razonamiento utilizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podría ser aplicado para el caso de la Comunidad Andina de Naciones, ya que, conforme a lo ha señalado por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia *Volvo* (1-IP-87), la jurisprudencia de la Unión Europea debe ser considerada como un método de interpretación del Tribunal, en cuanto a la aplicación del derecho comunitario se refiere.[8]

3. Fundamentos para un nuevo enfoque sobre la jerarquía de los tratados y el derecho comunitario en Bolivia

Es importante que se comprenda la real dimensión que se debe dar al hecho de que un tratado sea considerado en un rango de ley. Actualmente no existe una posición clara respecto de la jerarquía de las normas internacionales en Bolivia; sin embargo, se ha señalado por la mayoría de los autores e inclusive en diferentes sentencias (de primera y segunda instancia) que los tratados y convenios tienen jerarquía legal y se encuentran por debajo de la Constitución. No obstante, esta jerarquía no tiene los márgenes claros ni encuentra un fundamento doctrinal —ni mucho menos jurisprudencial— uniforme.

Supóngase que en definitiva todos los tratados y acuerdos internacionales tienen rango de ley. De ser así, se llegaría a la conclusión de que cualquier norma emergente de los tratados internacionales podría ser declarada inconstitucional; más aún, los tratados en materia de derechos humanos podrían ser declarados inconstitucionales y

---

[7] Garrón Bozo: o. cit.

[8] Ibídem, p. 17, sentencia *Volvo* 1-IP-87: "En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma".

consecuentemente expulsados del ordenamiento jurídico. Las normas de derecho comunitario podrían sufrir la misma suerte e inclusive surgirían cuestiones como las de determinar si las normas de derecho derivado tendrían el mismo rango que las normas de derecho originario, puesto que actualmente las normas de derecho derivado son de aplicación directa y tienen primacía sobre las normas nacionales. A esto habría que agregar que, dentro del derecho comunitario, las normas de derecho derivado son jerárquicamente inferiores a las normas de derecho originario. De este modo, si el derecho derivado no es un tratado en sí, ¿por qué tendría que ser preferente a las normas nacionales? ¿Qué jerarquía tiene dentro del derecho nacional?

Como se puede advertir, en el caso boliviano y en el de aquellos países que no contemplan de forma expresa dentro de su Constitución la jerarquía de los tratados o la delegación de competencias o soberanía a entes supranacionales o de integración, el problema es muy complejo.

Pese a lo indicado, se puede señalar que, en el caso del derecho originario, la primacía sobre las normas nacionales se explica desde un punto de vista comunitario y no constitucional. En el caso de la CAN, Bolivia se habría comprometido, en el tratado de creación del Tribunal de Justicia de la CAN, a realizar las modificaciones legislativas pertinentes a fin de que el derecho comunitario surta todos sus efectos y sea perfectamente aplicable. Por ello, el Estado boliviano, más allá de las limitaciones constitucionales que pudiese tener, está en la obligación de modificar la Constitución para que ésta se encuentre acorde con los tratados comunitarios.

Lo señalado conduciría a cuestionarse si actualmente, debido a que tales modificaciones constitucionales no se realizaron, los tratados comunitarios podrían declararse inconstitucionales. Ésta es sin duda una de las grandes preguntas que aún no ha resuelto el Tribunal Constitucional; sin embargo, si se considera que nadie puede alegar su propio incumplimiento sobre una obligación, se concluiría que el Estado —representado en su caso por el Tribunal Constitucional— no podría alegar la inconstitucionalidad de un tratado comunitario concluido en todas sus fases de aprobación (ejecutiva y parlamentaria), debido a que fue el propio Estado —representado por el Poder Ejecutivo y el Legislativo— el que incumplió la obligación de realizar las modificaciones legislativas necesarias, lo cual incluye obviamente las constitucionales.

4. Sobre la situación jerárquica del derecho derivado comunitario en relación al derecho interno de los Estados

En materia de derecho derivado ocurre algo similar a lo referido al derecho originario. ¿Podrá ser declarado inconstitucional?

Para iniciar este análisis se debe partir del hecho de que el único tribunal competente para conocer la interpretación de las normas derivadas es el comunitario, por lo que carecen de toda competencia los tribunales constitucionales de los Estados miembros.

Con esta primicia, en caso de que exista la posibilidad o la duda sobre la constitucionalidad o no de una norma de derecho derivado, se deberá elevar la cuestión prejudicial de interpretación al tribunal comunitario, el que se deberá pronunciar en cuanto a la adecuación del derecho derivado con los tratados constitutivos o derecho originario.

Si de la interpretación del tribunal comunitario se dedujese que la norma derivada está adecuada a la norma originaria, no se podría plantear un conflicto de inconstitucionalidad con la norma constitucional del derecho derivado, sino con la norma originaria.

Como se ha señalado sobre este punto, los Estados no podrían alegar una inadecuación de la norma comunitaria originaria a sus Constituciones, puesto que estaban obligados a realizar las modificaciones legislativas necesarias; sin embargo, deberá ser el Tribunal Constitucional el que llegue a estas conclusiones partiendo de una interpretación *pro communitate* de la Constitución.

5. Sobre la jerarquía de los tratados según la Corte Internacional de Justicia de La Haya

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que los Estados no pueden alegar normas internas para incumplir el derecho internacional; es decir, que existe una obligación —*por parte del Estado*— de modificar su legislación interna con el objeto de que se adecue a la norma internacional. Ello implica automáticamente *primacía* del derecho internacional sobre el derecho interno, aunque no necesariamente supranacionalidad; esto dependerá de las determinaciones que el propio texto constitucional adopte al respecto.

Bolivia no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que si lo fuera, perdería un espacio jurídico de negociación con Chile en relación con la revisión del tratado de 1904, mediante el cual Bolivia perdió su cualidad marítima; sin embargo, la Convención de Viena es considerada por la doctrina y la jurisprudencia bolivianas, ya que casi todos los países con los que Bolivia mantiene relaciones exteriores hacen aplicación de dichas normas.

En materia de jerarquía de los tratados internacionales y su relación con los derechos internos, la Corte de la Haya, vía pretoriana, ha establecido que "un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos" (CPJI, serie B, n.º 10, p. 20), lo cual implica —como se había señalado— realizar las modificaciones legislativas necesarias y suficientes para que el tratado se pueda realizar, lo que significa que se deberán modificar incluso los textos constitucionales.

Por este motivo, la Corte ha señalado que "un Estado no puede invocar su constitución o sus leyes internas para sustraerse a las obligaciones emergentes del D. Internacional" (CPJI, serie A/B, n.º 44, p. 24), puesto que la única forma de modificar

un tratado es a través de las propias vías que él mismo establezca o por los usos y costumbres internacionales.

Finalmente, en reiterada jurisprudencia, los jueces de la Haya han señalado que "un Estado no puede invocar sus leyes internas para incumplir el derecho internacional; basta recordar el principio fundamental de primacía del derecho internacional sobre el" (CIJ, Recueil, 1998, p. 34). Sobre este punto, hay que señalar que la Corte, si bien confiere primacía a la aplicación del derecho internacional, no utiliza el término *supranacional*, sino que simplemente le otorga un grado de primacía aplicativa.

La posición que adopta la CIJ responde no sólo a una forma de precautelar los derechos reconocidos por los diversos instrumentos internacionales, sino que es un método de defensa natural de la existencia y el funcionamiento de la propia Corte.

Si la Corte Internacional admitiese la existencia de un poder soberano estatal capaz de alterar o incumplir los tratados o convenios internacionales, sencillamente estaría admitiendo la posibilidad de que los Estados no se sometan a la jurisdicción de la propia Corte, alegando, por ejemplo, soberanía, derechos de autodeterminación u otros destinados a mantener una soberanía pura, incólume e indelegable, ya que la propia CIJ nació como consecuencia de un tratado. Como se verá más adelante, esta figura se presenta igualmente en el derecho comunitario.

A través de la Sentencia Ugarte, la CIJ una vez más reconoció la primacía de los tratados Internacionales, dentro de los cuales obviamente se encuentran los tratados de Integración y el derecho comunitario originario.

Pareciera ser que, al existir una primacía de los tratados reconocida por la CIJ, no debiera existir mayores complicaciones que las que puedan emerger de las Constitucionales a efectos de determinar la jerarquía de los tratados, sin embargo, de acuerdo con jurisprudencia del TJCA existiría también un grado jerárquico superior al de los tratados convencionales, como se verá más adelante.

6. Sobre la jerarquía de los tratados según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional de la República de Bolivia

La Corte Suprema de Justicia de Bolivia, en el caso 200108-Sala Plena-1-062, referido a la extradición del ciudadano colombiano Eduardo Grajales Posso, seguido por la Embajada de los Estados Unidos de América, se pronunció sobre el tratamiento que se les debe dar a los tratados internacionales señalando básicamente que un control *ex post* a la ratificación alteraría las facultades constitucionales tanto del presidente de la República como del Congreso.

En dicho fallo, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) señaló que, debido a la naturaleza bilateral de los tratados, éstos sólo pueden ser alterados mediante los procedimientos establecidos en los propios tratados. Asimismo, indicó que los tratados son fruto de la negociación de Estados y de la correspondiente aprobación de sus Congre-

sos, por lo que las partes no pueden suplir las competencias del Ejecutivo ni del Legislativo a efectos de modificarlos, menos aún para provocar una ruptura unilateral.

Según la CSJ, el Tribunal Constitucional sólo puede realizar un control constitucional de tratados y convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales "antes del perfeccionamiento del instrumento internacional, es decir, antes de efectuarse en canje las comunicaciones de ratificación".

Continuó señalando la CSJ que, en caso de que el TC decidiera realizar un control *ex post* sin observar los procedimientos del derecho internacional y aquellos dispuestos en los tratados, se alterarían las facultades constitucionales del presidente de la República y del Poder Legislativo, afectando los compromisos adoptados por los Estados, los que estando en vigor deben ser cumplidos de buena fe (*pacta sunt servanda*).

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el asunto *Grajales* mediante la sentencia n.º 036/01, de 30 de mayo de 2001; sin embargo, no resolvió el punto de la jerarquía de normativa y/o aplicativa los tratados, sino que se limitó a establecer la constitucionalidad de los artículos en cuestión y no del caso en un sentido lato.

Es importante destacar que el tribunal constitucional motivó la señalada sentencia utilizando como base jurídica convenciones y tratados que, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal, son considerados parte del bloque de constitucionalidad.

La CSJ, si bien no señaló expresamente la jerarquía de los tratados ni realizó ninguna interpretación integradora de algún artículo de la CPE, como ocurrió en el caso de los derechos humanos con el Tribunal Constitucional, expresó que los tratados en Bolivia emergen de una facultad constitucional del presidente de la República y del Congreso, y que alterarlos después de firmados trastornaría esta facultad constitucional.

De esto se puede deducir que, si bien ni la CSJ ni el TC otorgaron una jerarquía especial a los tratados internacionales convencionales, la relación jurídica que presenta la CSJ en el caso *Grajales* lleva a concluir que los tratados convencionales tienen un *efecto constitucional* por el hecho de emerger, precisamente, de la CPE.

Este efecto constitucional implicaría la imposibilidad de alteración de un tratado después de su firma y ratificación; sólo se podría modificarlo conforme a las propias reglas establecidas en él.

En materia de derechos humanos, el TC ha señalado que los tratados en la materia forman parte del bloque de constitucionalidad. Esta jerarquización de los tratados en materia de derechos humanos responde a un análisis integrador del artículo 35 de la CPE.[9]

Los antecedentes jurisprudenciales referidos son importantes para comprender el razonamiento utilizado por el TC para establecer que los tratados, acuerdos, conve-

---

[9] Sentencias constitucionales n.º 0102/2003, de 4 de noviembre de 2003, y n.º 1662/2003-R, de 17 de noviembre de 2003.

nios y convenciones internacionales en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad.[10]

A este razonamiento empleado por la CSJ en el caso *Grajales* habría que agregarle el fundamento utilizado por el propio TC en el caso *Asamblea Constituyente*,[11] en virtud del cual dicho tribunal señaló que no está facultado para conocer demandas de inconstitucionalidad sobre el propio texto constitucional. Se debe entender que los tratados de derechos humanos, al ser parte del bloque de constitucionalidad, también escaparían al control constitucional del TC, así como los tratados convencionales, ya que éstos tienen un efecto constitucional[12] al emerger de una facultad constitucional del presidente y del Congreso.

7. Sobre la diversidad de criterios sobre la jerarquía de los tratados en Bolivia

En Bolivia existe una variedad de criterios sobre la jerarquía de los tratados y convenios internacionales; reiteramos que en principio la mayoría de la doctrina boliviana les atribuye a estos instrumentos internacionales una jerarquía de ley y por tanto inferior a la CPE. A través del caso *Trujillo*[13] se puede observar la diversidad de criterios, no sólo de los juristas sino también de los administradores del Estado y los órganos jurisdiccionales en cuanto a la jerarquía de los instrumentos internacionales.

Durante la tramitación del proceso en contra de los imputados, se presentó un amparado constitucional contra vocales de la Corte Superior del distrito de Santa Cruz, quienes fundamentaron el auto de vista motivo de amparo indicando que, *si bien el Estado boliviano suscribió convenciones y tratados internacionales, primero se debe a la Constitución y a las leyes internas.*

El amparo fue en revisión al TC, quien revocó la resolución revisada y declaró procedente el recurso. El TC nuevamente omitió pronunciarse sobre la jerarquía de los tratados y convenios internacionales; sin embargo, es a través de este recurso que se puede observar que tanto los jueces como los vocales consideran que estos instrumentos internacionales tienen rango inferior a la CPE.

---

[10] Se debe hacer notar que las declaraciones y convenciones no son instrumentos internacionales establecidos por la CPE. Pese a ello, el TC los ha incorporado como parte del bloque de constitucionalidad, ya que, si sólo incluía a los tratados y convenios internacionales, quedaban fuera del bloque de constitucionalidad los principales instrumentos normativos internacionales en materia de derechos humanos.

[11] Auto constitucional n.º 310/2004-CA, de fecha 1 de junio de 2004.

[12] Este término no fue expresamente establecido por la CSJ ni por el TC; sin embargo, a partir del análisis realizado, concluimos que tendría ese carácter.

[13] Sentencia constitucional n.º 1190/01-R, de fecha 12 de noviembre de 2001.

8. Sobre la jerarquía del derecho comunitario (Comunidad Andina de Naciones)

En el marco de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual Bolivia es parte desde sus inicios, el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del acuerdo de Cartagena, modificado luego por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 28 de mayo de 1996 (con las correspondientes modificaciones del Protocolo de Cochabamba) señala que "Los Países miembros están obligados adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

En el señalado artículo se establece que los Estados miembros "se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

A través del artículo 4 señalado, se estableció en la Comunidad Andina el *principio de cooperación leal entre los Estados miembros*,[14] en virtud del cual éstos deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias.

Esta adopción de medidas incluye, entre otras cosas, la obligación de los Estados miembros de realizar todas las reformas legislativas internas (incluso reformas constitucionales) necesarias para que no exista contrariedad entre las normas comunitarias y el derecho interno. Esta formulación se traduce también en el deber de abstenerse los Estados de adoptar medidas contrarias al acervo comunitario.

Similar regulación fue adoptada por el Tratado de la Comunidad Europea en su artículo 10, en el que señala: "Los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado, o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad".

Este principio de cooperación leal se constituye en un deber tanto para los Estados miembros como para las instituciones comunitarias. así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia *Luxemburgo c/ Parlamento Europeo*, de 10 de febrero de 1983, n.º 230/81.

Partiendo de esta premisa y de las facultades constitucionales de las que goza el presidente de la República para firmar y concluir tratados, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Grajales*, parecería que las normas comunitarias tuvieran una jerarquía supranacional, toda vez que, el primer mandatario de la Nación, haciendo uso de sus facultades *constitucionales*, habría definido ese carácter a efectos de perfeccionar la creación de una comunidad de naciones.

Si tomásemos en cuenta el criterio de los órganos jurisdiccionales antes señalados (jueces de primera instancia, cortes superiores de justicia y doctrina nacional), aparentemente Bolivia habría cedido competencias a la Comunidad Andina sin contar

---

[14] Garrón Bozo: o. cit., p. 25.

con el respaldo constitucional correspondiente; sin embargo, partiendo del asunto *Grajales*, es importante comprender el alcance que la Corte Suprema ha dado a las facultades constitucionales del presidente en materia de tratados, ya que, si bien se podrían interpretar como inconstitucionales algunos aspectos de la normativa comunitaria, sobre todo en lo relativo a la primacía, es importante comprender que alterar el contenido de un tratado vulneraría las facultades constitucionales del presidente, es decir, sería inconstitucional.

En el caso de la CAN, a través del TCTJAC y posteriormente el TCTJCA, con el Protocolo de Cochabamba se estableció el *principio de cooperación leal*, en virtud del cual los Estados se obligaban a no interponer trabas normativas y adecuar su legislación a la comunitaria. Por este motivo, el Estado boliviano debió adecuar su legislación a efectos de que ésta se ajustara al derecho originario de la Comunidad. Ello implica actualmente la imposibilidad de alegar incompatibilidad de la legislación interna con la comunitaria a efectos de incumplir el acervo comunitario; además, en aquel supuesto, conforme el asunto *Grajales*, se alterarían también las facultades constitucionales, tanto del presidente como del Congreso.

Esta imposibilidad de control *ex post* de tratados y acuerdos internacionales por parte del Tribunal Constitucional, conforme al caso *Grajales*, se traduciría *aparentemente* en supranacionalidad; sin embargo, cabe hacer notar que por lo general es la Constitución del Estado la que otorga ese rango o jerarquía a los tratados.[15] Como en el caso boliviano tal enunciado no figura expresamente en la Constitución, los tratados y acuerdos internacionales no podrían ser calificados de supranacionales (a no ser por una *ratio fides* estatal).

Por el contrario, éstos tendrían un *efecto constitucional*, por ser su fuente precisamente una facultad concedida por la Constitución al presidente y al Congreso en materia de tratados. En otras palabras, los tratados y acuerdos internacionales serían incorporados al derecho interno mediante ley, pero a su vez adquirirían un efecto constitucional, sin ser por tanto susceptibles de un control constitucional *ex post* a su ratificación.

Aun en caso de que la propia Constitución declarase el carácter de supranacionalidad de los tratados, ésta sería relativa, puesto que los Estados gozan de la potestad de modificar su Constitución, lo que puede cambiar la jerarquía de los tratados. No hay que olvidar que "quien da derechos puede quitar derechos" o, más aún, "quien da poder, puede quitar poder". Claro está que una medida de esta naturaleza acarrearía responsabilidad internacional, pero esto no es óbice para que aquello no pueda suceder.

De acuerdo con el análisis realizado, el Tribunal Constitucional carecería de competencias para realizar un control de constitucionalidad *ex post* a la ratificación de los tratados y acuerdos internacionales, ya que sólo tiene competencia para controlar las

---

[15] Pastor Ridruejo: o. cit., p. 198.

normas que vulneren la Constitución, y no así las normas que formen parte de la Constitución, sean parte del bloque de constitucionalidad[16] o, en última instancia, sean efecto de las atribuciones constitucionales conferidas al presidente de la República y al Poder Legislativo.[17]

En el caso de la Unión Europea, fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas la institución que sentó el principio de primacía del derecho comunitario europeo a través de los asuntos *Costa-Enel*, *Semimenthal* y *Van Gend & Loos*.[18]

De igual forma, en el caso de la CAN, además del TCTJCA, la propia jurisprudencia del TJCA reforzó el principio de primacía del derecho comunitario andino a través de la sentencia *Volvo*, n.º 1-IP-87, señalando que "el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista".[19]

9. Primacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional

El Tribunal de Justicia de la CAN ha sentado no solamente la primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos, sino también sobre el derecho internacional convencional.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCA, los acuerdos internacionales o tratados que celebren los Estados miembros con otras organizaciones tienen una menor jerarquía que el acervo comunitario; así se estableció en las sentencias n.º 51-AI-2002, *Secretaría General de la Comunidad Andina c/ República del Ecuador*, y n.º 7-AI-98, *Gaceta Oficial* n.º 490, del 4 de octubre de 1999:

> La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino, que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan […].

La primacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional convencional no fue definida por el derecho originario de la Comunidad, sino que, como se ha indicado, fue generada vía pretoriana por el TJCA.

---

[16] Es el caso de los tratados en materia de derechos humanos.

[17] Auto constitucional 310/2004-CA, de fecha 1 de junio de 2004.

[18] Véase la parte documental.

[19] Garrón Bozo: o. cit., p. 32.

Esta situación tiene varias consecuencias. En principio, coloca en una delicada situación a los compromisos que pueda suscribir el Poder Ejecutivo (en el caso de Bolivia) y, aun más, limita su facultad constitucional, ya que dicha potestad deberá estar acorde con los límites constitucionales del propio Estado (bajo un control *ex ante* del Tribunal Constitucional) y, además, con los límites de todo el acervo comunitario, lo que implicaría un control del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de los tratados que puedan firmar los Estados miembros, aun cuando la Comunidad no sea parte pero recaigan sobre ella efectos contrarios a los fines trazados en el derecho originario.

Por ello, existiría una doble situación de los tratados internacionales que puedan suscribir los Estados miembros de una comunidad. Por una parte, los Estados son libres de suscribir los tratados que consideren convenientes con otros sujetos de derecho internacional, lo cual se aleja del acervo comunitario, pero, por otra parte, esos tratados son susceptibles de un control comunitario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de la cuestión prejudicial.

La primacía del derecho comunitario sobre el derecho internacional traería como consecuencia que, en caso de que el tratado suscrito fuera declarado contrario al derecho comunitario, el Estado miembro podría ser sujeto de responsabilidad internacional respecto de su contraparte en el tratado, así como también sujeto de responsabilidad por parte de la Comunidad.

Esta situación deberá pasar por un tratamiento preventivo, con el objeto de evitar la responsabilidad del Estado miembro. Por una parte, se deberá consultar al Tribunal Constitucional para que éste realice un control de constitucionalidad *ex ante*; por otra, se deberá consultar al Tribunal de Justicia de la Comunidad acerca de si dicho tratado no vulnera el derecho originario comunitario.

Si el tratado se perfeccionase sin los controles preventivos indicados, y luego de entrar en vigencia se elevase una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y se concluyera en la existencia de una infracción al derecho comunitario, la responsabilidad internacional y comunitaria del Estado sería inminente. En tal caso, las autoridades judiciales del Estado infractor deberían, además, inaplicar *ad intra* los términos del tratado que infringieran el derecho comunitario, hasta que éste quedara sin efecto o se modificaran sus términos.

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Las sentencias básicas del TJCE de las Comunidades Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

— *derecho comunitario y derechos nacionales*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER (ed.): *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, Montevideo: KAS, 2004.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER (ed.): *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2005, Montevideo: KAS, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ricardo ALONSO GARCÍA y Antonio TIZZANO: *Código de la Unión Europea*, Anexo de actualización, Madrid: Civitas, 2001.

GARRÓN BOZO, Rodrigo Javier: *Derecho comunitario. Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la CAN y de la UE*, La Paz: Cima, 2004.

HALLSTEIN, Walter: *La unificación de Europa*, Lima: López, 1966.

LÓPEZ LECUBE, Alejandro F.: *Manual de derecho comunitario*, Buenos Aires: Ábaco, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de derecho interracial*, Madrid, 1998.

PICO MANTILLA, Galo: *Documentos básicos de la integración andina*, Quito: La Unión, 1981.

TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA: *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre: UASB, 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: *Testimonio comunitario*, Quito: Señal, 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A., y Alberto Ricardo DALLA VIA: *Régimen constitucional de tratados*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

WEIDENFELD, Werner, y Wolfgang WESSELS: *Europa de la A a la Z. Guía de la Integración Europea*, Bruselas: Oficina de Publicaciones oficiales de la UE, 1997.

Jurisprudencia

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia

Asunto *Grajales*; auto supremo n.º 200102-Sala Plena-1-027, Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia, ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Sentencias del Tribunal Constitucional de la República de Bolivia

Asunto *Bono de plata* (sentencia constitucional 0102/2003, de 4 de noviembre de 2003), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Asunto *Servicio militar* (sentencia constitucional 1662/2003-R, de 17 de noviembre de 2003), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Asunto *Asamblea Constituyente* (auto constitucional n.º 310/2004-Ca, de 1 de junio de 2004), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Asunto *Trujillo* (sentencia constitucional n.º 1190/01-R, de 12 de noviembre de 2001), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Asunto *Volvo*, n.º 1-IP-87, ‹www.comunidadandina.org›.

Asunto n.º 7-AI-98, *Gaceta Oficial* n.º 490, del 4 de octubre de 1999, ‹www.comunidadandina.org›.

Asunto n.º 51-AI-2002 (*Secretaría General de la Comunidad Andina c/ República del Ecuador*), ‹www.comunidadandina.org›.

Asunto *Secretaría General c/ Colombia* (acción de incumplimiento 16-AI-2000), ‹www.comunidadandina.org›.

Sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos

Asunto *La última tentación de Cristo*, sentencia de 5 de febrero de 2001, ‹www.corteidh.org.cr›.

Asunto *Durand y Ugarte* (sentencia sobre fondo, de 16 de agosto de 2000), ‹www.corteidh.org.cr›.

Sentencias del TJCE

Asunto *Flaminio Costa*, de 15 de julio de 1964, en Ricardo Alonso García: *Las sentencias básicas del TJCE de las Comunidades Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Asunto *Internationales Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, n.º 11/70, en Ricardo Alonso García: *Las sentencias básicas del TJCE de las Comunidades Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Asunto Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, n.º 106/77, en Ricardo Alonso García: *Las sentencias básicas del TJCE de las Comunidades Europeas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Tratados internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ‹http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html›.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (modificado por el Protocolo de Cochabamba), ‹http://www.comunidadandina.org›.

Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua) *

Las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida

1. Introducción

La Corte Centroamericana de Justicia puede ser calificada como la intérprete autorizada —si no exclusiva, sí especialmente cualificada— en cuanto traduce el pensamiento de los autores de los tratados de integración centroamericana.

El Convenio de Estatuto de La Corte es el conjunto de reglas técnicas que fijan las modalidades de ejercicio de su función judicial y, en especial, las disposiciones relativas a la organización, las competencias y los procedimientos que se complementan en la Ordenanza de Procedimientos y en el Reglamento General, y cuya finalidad es la salvaguarda de los propósitos y principios del Sistema de la Integración Centroamericana, la objetividad de los derechos, la igualdad de las partes y la garantía del debido proceso.[1]

La Corte está llamada a contribuir a la realización de la integración centroamericana, garantizando básicamente la unidad y coherencia del derecho comunitario en

---

* Doctor en Derecho Internacional Público, diplomado en Relaciones Internacionales (Universidad Complutense de Madrid). Secretario general de la Corte Centroamericana de Justicia. Profesor universitario. <oguerreromayorga@hotmail.com>

[1] Artículo 5 del Convenio de Estatuto de La Corte en conexión con los artículos 2 y 64 de la Ordenanza de Procedimientos.

su interpretación y aplicación,[2] con competencia de atribución, con exclusión de cualquier otro tribunal;[3] esto es, con poderes limitados y competencia tasada a supuestos concretos en función de unos objetivos: garantizar el respeto al derecho en la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o actos derivados.

De acuerdo con el artículo 3 del Convenio de Estatuto de la Corte, ésta tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y no de oficio, 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 (SICA) y para sujetos de derecho privado.[4] Su competencia es bien amplia, pues una genérica cláusula de competencia la obliga a decidir sobre cualquier pretensión, de cualquier sujeto, fundamentada en el derecho comunitario. Así el artículo 22, literal *a*, del Convenio de Estatuto de la Corte se inicia con la siguiente lectura: "La Competencia de La Corte será: a) Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados Miembros, de las controversias que se susciten entre ellos […]". Así mismo, en el artículo 30 del mismo instrumento se establece que la Corte tiene facultad para determinar su competencia en cada caso concreto. Esto es lo que se denomina la competencia de la competencia; para evitar un *non liquet*, es sólo al tribunal que corresponde decidir.

Sin embargo, se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. Y también la materia de derechos humanos, en que no se extiende la competencia, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que los Estados miembros del SICA son partes de la Convención Americana de Derechos Humanos y han aceptado la competencia de ese tribunal sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha Convención.[5]

Hemos afirmado en otros trabajos de investigación en torno al sistema centroamericano de protección de los derechos humanos que, en materia de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Protocolo de San Salvador, particularmente en cuanto a la libre sindicalización y a la educación, si el Estado miembro del SICA que los viola no es parte del Protocolo de San Salvador y no ha hecho la declaración de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme el artículo 62, numeral 1, de la Convención Americana de Dere-

---

[2] Artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en conexión con el artículo 2 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

[3] Artículo 1, párrafo 2.º, del Convenio de Estatuto de La Corte.

[4] Ibídem.

[5] Artículos 22, literal *a*, y 25 del Convenio de Estatuto de La Corte.

chos Humanos, quedaría fuera del mecanismo de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano y podrían entonces llegar dichas violaciones al conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia.

Además, si las supuestas infracciones en materia de derechos humanos en general fueran atribuidas a un órgano, organismo o institución del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), como consecuencia del incumplimiento de la normativa que rige este sistema, podrían talvez llegar a ser del conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia, en atención a que uno de los pilares en que se fundamenta el SICA es el irrestricto respeto, tutela y promoción de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 3.º y 4.º del Protocolo de Tegucigalpa, que el Tribunal de Managua está en la obligación de salvaguardar y hacer efectivo dentro del SICA, ya que dichos órganos, organismos e instituciones no están sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los afectados por violaciones a los derechos humanos quedarían sin protección alguna.[6] Para el tema de las competencias de la Corte Centroamericana de Justicia, véase la obra del doctor Rafael Chamorro Mora, magistrado de la Corte, *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, quien clasifica dichas competencias como sigue: 1) competencia internacional; 2) competencia de integración; 3) competencia consultiva; 4) competencia constitucional, y 5) competencia arbitral.[7]

2. Las medidas cautelares ante la Corte Centroamericana de Justicia

Las medidas cautelares ante la Corte Centroamericana de Justicia están expresamente previstas en los artículos 31 del Convenio de Estatuto de la Corte y 17 de su Ordenanza de Procedimientos. El artículo 31 establece: “La Corte podrá dictar las medidas prejudiciales o cautelares que considere convenientes para resguardar los derechos de cada una de las partes, desde el momento en que se admita alguna reclamación contra uno o más Estados, Órganos u Organismos del Sistema de la integración Centroamericana, hasta que se falle definitivamente. En ese sentido podrá fijar la situación en que deban permanecer las partes contendientes a solicitud de cualquiera de ellas, a fin de no agravar el mal y de que las cosas se conserven en el mismo estado mientras se pronuncia la resolución correspondiente”. Y el artículo 17 dispone: “Las medidas que la Corte dicte, según lo previsto en el artículo 31 del Estatuto, para establecer la situación en que deban permanecer las partes contendientes mientras se pronuncia el fallo definitivo, se comunicarán inmediatamente por la vía más rápida a las partes interesadas, así como a los demás Estados Miembros”.

---

[6] Adolfo León Gómez: *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia, Resoluciones, precedentes, votos disidentes*, Managua: UCA, 2002, pp. 220-221.

[7] Rafael Chamorro Mora: *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Managua: Imprimátur, 2000.

De la lectura de estos artículos se pueden extraer los siguientes elementos:

a. Comprende la suspensión de la ejecución de actos y la adopción de medidas cautelares una vez que se admita la reclamación o demanda, admisibilidad que está condicionada por el carácter instrumental de las medidas cautelares en relación con el proceso principal y se comunicarán inmediatamente por la vía más rápida a las partes interesadas, así como a los demás Estados miembros.
b. Las resoluciones interlocutorias, laudos y sentencias definitivas que dicte la Corte no admitirán recurso alguno; son vinculantes para los Estados o para los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana y para las personas naturales y jurídicas. Por ello, la resolución que ordena una medida provisional o cautelar no admite recurso alguno, produce efectos vinculantes obligatorios para los Estados y se puede ejecutar como si se tratara de una resolución de un tribunal nacional. Si se produce un incumplimiento, la Corte debe comunicarlo a los otros Estados para que aseguren su ejecución.[8]
c. En el caso de la sentencia definitiva se admite la aclaración o ampliación de lo resolutivo.
d. La solicitud de medidas cautelares está justificada en orden de evitar que el perjuicio se agrave.

2.1. Condiciones para la adopción de medidas cautelares

Al presentarse la demanda se deberá especificar el objeto del litigio y las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional o cautelar solicitada,[9] y se prestará atención al carácter meramente provisional del auto, el cual no prejuzga en modo alguno la decisión de la Corte Centroamericana de Justicia sobre el asunto principal.

Para la adopción de las medidas cautelares es importante considerar el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y la urgencia. En la primera condición es necesario de que la pretensión principal de quien solicita las medidas cautelares no esté a primera vista desprovista de fundamento. En la segunda condición, el carácter urgente de la demanda de medidas cautelares deberá apreciarse con referencia a la necesidad que haya de pronunciarse provisionalmente para evitar que se ocasione un perjuicio grave e irreparable a la parte que solicita la medida provisional o cautelar. El

---

[8] Artículo 39 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

[9] Véanse los artículos 4, 16 y 32 de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia.

ex presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, don Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ha dicho que "el criterio esencial en materia de tutela cautelar consiste en la apreciación de la necesidad de medidas provisionales en orden a asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se adopte sobre el fondo del litigio",[10] y que "semejante apreciación exige tomar en consideración y valorar el conjunto de las circunstancias y ponderar los distintos y contrapuestos intereses en presencia".[11]

3. La sentencia de la Corte en el caso de la demanda de Nicaragua contra Honduras por el Tratado Ramírez-López, delimitación marítima en el mar Caribe

Entre los días 27 y 28 de noviembre de 1999, el Gobierno de la República de Honduras comunicó a Nicaragua su voluntad de ratificar el Tratado de Delimitación Marítima con Colombia, suscrito en 1986. El día 29 de ese mismo mes, el Estado de Nicaragua interpuso la demanda contra el Estado de Honduras ante la Corte Centroamericana de Justicia, alegando la violación de diversos instrumentos comunitarios, entre otros, el Tratado Marco de Seguridad Democrática y el Protocolo de Tegucigalpa. Solicitó en sus pretensiones jurídicas: 1) medida cautelar para que Honduras se abstuviera de ratificar el Tratado; 2) declarar la violación de instrumentos jurídicos de la integración; 3) determinar la responsabilidad internacional y las reparaciones correspondientes. Fundamentó la demanda en los artículos 22, inciso *b*, y 31 del Estatuto de la Corte, y antes de la contestación de la demanda la amplió invocando también el artículo 22, inciso *c*, del mismo Estatuto.

El día 30 de noviembre de 1999, en horas de la tarde, la Corte Centroamericana de Justicia resolvió por mayoría de votos sobre su competencia y admitió la demanda interpuesta por el Estado de Nicaragua en contra del Estado de Honduras, por tratarse de supuestas violaciones a la normativa comunitaria y no de controversias fronterizas, territoriales y marítimas. Dictó las medidas cautelares, consistentes en que el Estado de Honduras suspendiera el procedimiento de ratificación y los trámites posteriores para la puesta en vigor del Tratado de Delimitación Marítima entre las Repúblicas de Honduras y Colombia, suscrito el 2 de agosto de 1986, hasta que se produjera el fallo definitivo de la Corte Centroamericana de Justicia.

El artículo 3 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia establece: "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 […]".

---

[10] Gil Carlos Rodríguez Iglesias: "La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario", en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid: Civitas, 1993, p. 641.

[11] Ibídem.

El artículo 31 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia establece la competencia de ésta para dictar medidas prejudiciales o cautelares a fin de resguardar los derechos de cada una de las partes.

Dicha providencia cautelar fue comunicada inmediatamente por la vía más rápida a las partes interesadas, así como a los demás Estados miembros del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Sin embargo, estas medidas cautelares no fueron acatadas por el Congreso de la República de Honduras ni por el Poder Ejecutivo, los que así violaron no sólo el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia —que en el artículo 39 establece que "Las resoluciones interlocutorias, laudos y sentencias definitivas que dicte la Corte, no admitirán recurso alguno, son vinculantes para los Estados o para los Organos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana […]"—, sino también tratados internacionales en materia de integración centroamericana que, por estar en vigor, son ley interna de Honduras, de acuerdo con el artículo 16 de su Constitución nacional. Violaron además la parte preambular de la Constitución Política de Honduras, sobre la restauración de la Unión Centroamericana, y sus artículos 10, 12 y 13.

El Tratado Ramírez-López afecta disposiciones constitucionales de Honduras, como el hecho de no haber acatado la medida cautelar dictada por la Corte Centroamericana de Justicia, el día 30 de noviembre de 1999 y haber infringido el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en sus artículos 3, letras *f*, *g*, *h*, *i* y *j*; 4, letras *e*, *d*, *g*, *h* e *i*; 6 y 7; como consecuencia de dicha infracción, el Estado de Honduras incurre en responsabilidad.

La Corte se abstuvo de determinar la cuantía que en concepto de reparación se reclama por la responsabilidad incurrida, por no haberse aportado las pruebas respectivas que habrían permitido cuantificarla,[12] y no indicó las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia que debían ser adoptadas por el Estado de Honduras por incumplimiento de las medidas cautelares y por ser responsable internacionalmente. Los magistrados Adolfo León Gómez y José Eduardo Gauggel Rivas razonaron sus votos. El primero declaró sin lugar la demanda por incompetencia de la Corte, ya que la controversia se originó en un asunto marítimo, como es la ratificación de un tratado de delimitación marítima, por lo que debía anularse lo actuado. El segundo también señaló la incompetencia de la Corte por tratarse de un asunto de naturaleza limítrofe y por falta de prueba sobre la pretendida pertenencia del bien patrimonial supuestamente afectado. El Estado demandante, con posterioridad a la acción ejercida en la Corte, debía acudir ante la Corte Internacional de Justicia.

---

[12] Véase la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia del 27 de noviembre del 2001.

4. Medidas económicas unilaterales de carácter coercitivo como contramedidas

No estamos de acuerdo con la aplicación de medidas económicas unilaterales de carácter coercitivo, ni como represalias ni como contramedidas, ya que afectan la unidad centroamericana, el derecho de integración y el derecho comunitario.

La República de Nicaragua, al aprobar la ley que grava con impuesto del 35% los productos originados en Honduras y Colombia (Ley Creadora de Impuesto a los Productos de Origen Hondureño y Colombiano, n.º 325), está violando el principio del libre comercio en Centroamérica y, en consecuencia, el artículo 6.º del Protocolo de Tegucigalpa (adopción de medidas unilaterales), el artículo 3.º del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (los Estados signatarios se otorgan el libre comercio para todos los productos originarios de sus respectivos territorios) y el artículo 7.º del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala): "Los Estados Parte convienen en perfeccionar la zona de libre comercio para todos los bienes originarios de sus respectivos territorios, para cuyo fin se eliminarán gradualmente todas las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio intrarregional, eliminando toda restricción de carácter cuantitativo y cualquier otra medida de efecto equivalente, mediante la cual una de las partes impida o dificulte unilateralmente el libre comercio. Las mercancías originarias de los Estados Parte gozarán de tratamiento nacional en el territorio de todos ellos […]".

También la República de Nicaragua viola el principio *pacta sunt servanda* al contravenir los tratados de los cuales es parte vinculante y debe cumplir de buena fe, y no acató las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia con fecha 12 de enero del 2000, consistentes, por una parte, en que el Estado de Nicaragua suspendiera, únicamente en lo que dispone respecto de los productos hondureños, la aplicación y los efectos de la ley n.º 325, y, por otra, que las partes en el presente juicio suspendieran y se abstuvieran de adoptar medidas, actuaciones de hecho, disposiciones legales, administrativas, reglamentarias o de otra clase que pudieran quebrantar los principios y propósitos del SICA, y que las medidas dictadas se mantuvieran hasta el momento en que se dictara el fallo definitivo.[13] El doctor Enrique Ulate Chacón expresa que es evidente que Nicaragua se apresuró a plantear una demanda, con las deficiencias que la misma Corte notó y que fueron posteriormente alegadas por Honduras, por lo que la decisión de la Corte sobre la adopción de la medida cautelar era urgente y resolvió en forma inmediata.[14]

---

[13] Ibídem.

[14] Enrique Ulate Chacón: "Comentario de Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia (Exp. 5-29-11-99)" con motivo de la pasantía realizada en la Corte del 25 de agosto al 7 de septiembre 2002.

El representante del Estado de Nicaragua sostiene en la contestación de la demanda en el caso de Honduras contra Nicaragua por "Revocación de disposiciones legales, actos administrativos y actuaciones de hecho adoptadas por la República de Nicaragua que afectan y violan la normativa jurídica y el funcionamiento del SICA", que la ratificación del Tratado Ramírez-López por la República de Honduras ha creado una grave tensión internacional, que se ha manifestado no solamente en el desplazamiento de tropas y material bélico hondureño a la frontera con Nicaragua, sino también con el incumplimiento de las medidas cautelares dictadas por la Corte, con fecha 12 de enero del 2000, por lo que la parte demandada se vio en la necesidad de adoptar medidas que ha considerado necesarias a fin de salvaguardar su seguridad. Entre dichas medidas se encuentra la ley n.º 325, del 13 de diciembre de 1999, la que juzga conforme con el derecho comercial, regional e internacional.

La Corte Centroamericana de Justicia considera que, si bien con fundamento en el derecho internacional convencional podrían justificarse contramedidas cuando un Estado considerara que otro de los obligados ha incumplido obligaciones que le correspondían, esto no puede darse ni justificarse entre Estados que forman parte de una comunidad en proceso de integración, ya que, en este caso, lo que haga o deje de hacer un Estado miembro en relación con un supuesto o evidente incumplimiento de otro Estado afecta tanto a ambos como a los demás Estados partes de la comunidad y a la comunidad de la que forman parte. Aceptar que en una comunidad de Estados uno o algunos de sus miembros pueden dictar o aplicar contramedidas dirigidas a otro u otros Estados miembros por supuestas violaciones a la normativa comunitaria es desconocer los compromisos comunitarios contraídos y desnaturalizar el proceso de integración en que se encuentran comprometidos. Un principio esencial del derecho comunitario es que el incumplimiento de la normativa comunitaria por parte de uno o varios de los Estados miembros no justifica que otro u otros de ellos también lo hagan.

En consecuencia, la Corte Centroamericana de Justicia resolvió declarar: 1) que el Estado de Nicaragua al emitir la ley n.º 325, denominada Ley Creadora de Impuesto a los Bienes y Servicios de Procedencia u Origen Hondureño y Colombiano, en lo que respecta al Estado de Honduras, lo hizo en contravención a la normativa del derecho de integración y del derecho comunitario centroamericano; 2) que por tal razón el Estado de Nicaragua deberá suspender de inmediato la aplicación de esa ley, dejando sin efecto el cobro del impuesto establecido, de un 35% sobre cualquier bien o servicio importado, manufacturado y ensamblado de procedencia u origen hondureño, así como abstenerse de aplicar cualquier reglamento o acto administrativo con ese mismo propósito; 3) que, como consecuencia de dicha infracción, en el marco del SICA, el Estado de Nicaragua ha incurrido en responsabilidad, si bien la Corte se abstiene de determinar la cuantía que en concepto de reparación se reclama, por no haberse aportado la

prueba que hubiera permitido cuantificarla.[15] En este caso, el tribunal centroamericano sí indica la medida necesaria para la ejecución de la sentencia.

Los seis magistrados titulares que integran la Corte emitieron por unanimidad sus votos a favor de la demanda del Estado de Honduras en contra del Estado de Nicaragua.

El doctor Enrique Ulate Chacón ha expresado que uno de los puntos medulares del fallo es que sujeta la aplicación de las reglas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), particularmente del artículo XXI, que faculta a los Estados a dictar contramedidas "en tiempo de guerra o en casos de grave tensión social", a las reglas del derecho comunitario centroamericano.[16]

Mediante *La Gaceta*, diario oficial de la República de Nicaragua, n.º 50, del 12 de marzo de 2003, la Asamblea Nacional de Nicaragua dictó la Ley de Reforma Parcial a la ley n.º 325, Ley Creadora de Impuesto a los Bienes y Servicios de Procedencia u Origen Hondureño y Colombiano, la cual en el artículo 1 suspende temporalmente la aplicación del impuesto patriótico destinado a la defensa jurídica de los intereses y la integridad territorial de Nicaragua en el actual diferendo provocado por Honduras y Nicaragua. Estableció que tal suspensión temporal obedece a la necesidad imperante de fortalecer la integración económica centroamericana, ya que la permanencia del impuesto representa también un costo adicional a las exportaciones nicaragüenses hacia Honduras.

En conclusión, el Estado de Nicaragua acató la sentencia definitiva de la Corte Centroamericana de Justicia, fortaleciendo así la seguridad jurídica de las relaciones entre los Estados miembros y la solución pacífica de sus controversias.

---

[15] Véase sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia del 28 de noviembre del 2001.

[16] Enrique Ulate Chacón: "Comentario de sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia (Exp. 6-3-12-99)", con motivo de la pasantía realizada en la Corte del 25 de agosto al 7 de septiembre 2002.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Instrucciones para la presentación de los artículos

1. Los artículos deberán estar escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.

2. Todos los trabajos serán puestos a consideración de la Redacción del **Anuario**, que determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.

3. El material enviado deberá ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia del lugar y la fecha de su publicación original.

4. Los artículos serán enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **ius@kasuy.org**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1358, of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Gisela Elsner.**

5. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70 000 caracteres (25 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.

6. La página 1 deberá contener la siguiente información:

   - Nombre del autor.
   - Título del artículo.
   - Un resumen del artículo (alrededor de 100 palabras).
   - Referencia curricular de hasta 30 palabras, que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   - Dirección electrónica del autor, que se publicará.
   - Los eventuales agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (**) junto al título del artículo.

7. Para los subtítulos se empleará la numeración decimal (1, 1.1…).

8. Se ruega no utilizar la numeración automática de títulos y apartados, así como tampoco referencias cruzadas, que los programas de diagramación o maquetación no reconocen.

9. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica), en blanco y negro o escala de grises. En el texto se indicará dónde deben insertarse.

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

- **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación (si la edición consultada no es la primera, conviene indicarlo); página(s) de donde se tomó la cita.
  EJEMPLO:
  Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).
- **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación.
  EJEMPLO:
  Douglas Durán Chavarría: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.
- **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación), fecha.
  EJEMPLO:
  Patricia Laurenzo Copello: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.
- **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de mayor y menor); fecha de consulta.
  EJEMPLO:
  Ariel Dulitzky: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky/html› (18.2.2004).
- En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.
  EJEMPLO:
  DULITZKY, Ariel: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky/html› (18.2.2004).

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

HOBBES, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. Se desaconseja la fórmula *Autores varios* por cuanto no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.