Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2008

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2008

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2008 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

Año 14
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
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.montevideo@kas.de
www.kas.de

Editora responsable
Gisela Elsner

Asistentes de redacción
Agustina González
Rosario Navarro
Manfred Steffen

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

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

Depósito legal 345.260 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.
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 con inclusión de la fuente.

Índice

Prefacio 9

I. Derecho constitucional

El juez constitucional
Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú) 15

La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina
y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional
Víctor Bazán (Argentina) 25

Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad
de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina
Raúl Gustavo Ferreyra (Argentina) 63

La función constitutiva de los tribunales constitucionales
y la división de poderes
José Ramón Cossío Díaz (México) 103

La prevaricación en tribunales colegiados
Pedro Gareca Perales (Bolivia) 111

La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley
y la interpretación cuasilegislativa
Günter Hirsch (Alemania) 127

Los derechos humanos como concepto mítico
Martín Risso Ferrand (Uruguay)..... 135

II. Derecho procesal constitucional

Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana
Samuel B. Abad Yupanqui (Perú)..... 151

Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*
Osvaldo Alfredo Gozaíni (Argentina)..... 165

A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal
Andrés Pires Gontijo (Brasil)..... 193

La jurisdicción constitucional en Chile
(después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental)
Lautaro Ríos Álvarez (Chile)..... 209

III. Derechos y garantías individuales

A necessidade concreta de pena, á luz do principio tridimensional
de proporcionalidade
Hidemberg Alves da Frota (Brasil)..... 243

Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad
y restricciones legales y reglamentarias:
en busca de los límites del legislador y de la administración
José Daniel Cesano (Argentina)..... 283

A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente
como critérios da fixação da pena
Túlio Vianna (Brasil) / Geovana Mattos..... 305

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?
Jorge Alberto Diegues (Argentina)..... 327

Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno
Sergio García Ramírez (México)..... 353

Justicia interamericana y tribunales nacionales
Diego García-Sayán (Perú)..... 377

La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia
de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Herbert Landau (Alemania)..... 399

La protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales
de los estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:
¿competencia o cooperación?
Torsten Stein (Alemania)..... 419

V. Derecho administrativo

El derecho administrativo en países de América del Sur
¿Coincide la teoría con la realidad?
Comparación y evaluación de diferentes sistemas
Regina Bernhard (Alemania)..... 441

Notas sobre el contencioso administrativo en Chile y el Tribunal Constitucional
Enrique Navarro Beltrán (Chile)..... 473

El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales
Néstor Pedro Sagüés (Argentina) 489

VI. Derecho de la integración

Pautas de interpretación de los tratados internacionales derivadas del deber de promoción
de los derechos humanos impuesto a la judicatura chilena por la Constitución Política
Regina Ingrid Díaz Tolosa (Chile)..... 499

Análisis crítico de la teoría del acto aclarado: su posible aplicación en la interpretación
prejudicial andina como garantía de consagración del juez nacional como
juez comunitario andino
Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)..... 523

Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur. Retiro de la Comunidad Andina (CAN)
y adhesión al MERCOSUR
Waldemar Hummer (Austria)..... 535

Las regiones, provincias y municipios en los procesos de integración regional
Francisco J. Menin (Argentina)..... 565

Prefacio

Desde sus inicios, hace más de 15 años, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica ha tenido como objetivo principal el apoyo de los procesos democráticos de los países latinoamericanos, así como la cooperación al desarrollo de órdenes jurídicos eficientes que consagren y respeten los principios democráticos del Estado de derecho. En este sentido, el derecho constitucional ocupa un lugar de suma importancia en la planificación de nuestras actividades y entre las varias áreas temáticas que contempla el Programa.

La buena recepción de nuestras actividades y publicaciones y la alta estima mostrada hacia el programa por los más destacados juristas latinoamericanos, que lo consideran "una ventana hacia Alemania, en lo que al derecho constitucional y la jurisdicción constitucional respecta", nos honran y nos refuerzan en la idea de seguir apoyando el fortalecimiento de la justicia constitucional en Latinoamérica.

Por desgracia, las exhaustivas y extensas Constituciones características de los órdenes jurídicos de este continente a menudo no tienen aplicación efectiva. Trabajar en pos de la vigencia en la práctica de las disposiciones constitucionales en América Latina es uno de los aspectos de nuestra labor en que ponemos más energía. Intentamos crear una conciencia cívica colectiva que permita que cada integrante de la sociedad sea guardián de sus derechos, siempre consciente de sus obligaciones y responsabilidades.

A fin de lograr nuestro objetivo, nos enfocamos en los juristas latinoamericanos: jueces, abogados, fiscales, profesores y jóvenes profesionales del derecho, pues creemos que son ellos quienes tienen la posibilidad de convertirse en multiplicadores capaces de generar la conciencia colectiva a la que aspiramos.

Por otra parte, ponemos especial empeño en el apoyo a los tribunales constitucionales y salas constitucionales de reciente creación en Latinoamérica, que conforman la jurisdicción constitucional especializada. Si bien dicha jurisdicción ya se encuentra, en principio, consolidada y es en general apreciada por la sociedad, en algunos países su independencia y subsistencia vuelven a ser amenazadas. Por esta razón, el Programa Estado de Derecho coopera con dichos órganos jurisdiccionales, entendiendo que cumplen un papel esencial para asegurar la vigencia efectiva de las normas constitucionales y como garantes de los derechos de los individuos consagrados en las normas fundamentales.

En este contexto, realizamos en toda América Latina diversas actividades dirigidas a un amplio espectro de juristas, desde presidentes de cortes constitucionales y supremas cortes de justicia hasta estudiantes que cursan sus primeros años en las facultades de Derecho. En muchos casos las actividades son abiertas y de asistencia libre, a fin de que puedan asistir todas las personas interesadas.

Sin embargo, y a pesar de la gran convocatoria, solo una mínima parte de los juristas latinoamericanos pueden participar de estas actividades. Por ello nos abocamos a la publicación de textos sobre temas jurídicos relevantes que distribuimos en forma gratuita a universidades, juzgados, fiscalías, defensorías públicas, defensores del pueblo y profesores de Derecho, entre otros. Además, la mayor parte de nuestras publicaciones pueden encontrarse en formato PDF en nuestra página web, ‹http://www.kas.de/proj/home/pub/13/1/index.html›. De esta forma, hemos logrado ampliar considerablemente el alcance de los contenidos.

Entre nuestras publicaciones, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* ocupa un lugar de relevancia. Se edita desde hace 14 años en forma ininterrumpida y son cada vez más los autores que presentan sus trabajos. No incluye únicamente artículos sobre derecho constitucional, aunque sí deben tener relación con esta rama. En la edición del 2008 el *Anuario* se subdivide en los siguientes capítulos: Derecho constitucional, Derecho procesal constitucional, Derechos y garantías individuales, Derechos humanos regionales e internacionales, Derecho administrativo y Derecho de la integración. El derecho constitucional es el eje que unifica y provee de un marco a las demás ramas jurídicas.

Este año, además, otorgamos por primera vez especial importancia al derecho administrativo, entendiendo que es en definitiva el derecho constitucional que se concreta en la práctica. Este hecho marca la importancia que el derecho administrativo ha comenzado a tener en nuestro Programa, en el que pasó a constituir un área temática específica en la planificación anual.

Como todos los años, esperamos estar a la altura de las expectativas de nuestros lectores y agradecemos la contribución de los autores que, en forma honoraria, nos han presentado sus artículos. En esta oportunidad se encuentran representados nueve países, lo que permite una visión integrada y comparada del derecho constitucional, imprescindible en la actualidad. Creemos que tanto los profesionales del derecho

constitucional como quienes se inician en su estudio encontrarán en el *Anuario* un valioso aliado y una importante herramienta.

Finalmente, quisiéramos agradecer el invalorable apoyo del equipo editorial, especialmente a María Cristina Dutto, Agustina González, Manfred Steffen y Stella Fernández, por su trabajo y compromiso en la preparación del *Anuario.*

GISELA ELSNER
Directora de la oficina en Montevideo
RUDOLF HUBER
Director de la oficina en la Ciudad de México

I. Derecho constitucional

- *Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú)*
  El juez constitucional

- *Víctor Bazán (Argentina)*
  La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional

- *Raúl Gustavo Ferreyra (Argentina)*
  Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina

- *José Ramón Cossío Díaz (México)*
  La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes

- *Pedro Gareca Perales (Bolivia)*
  La prevaricación en tribunales colegiados

- *Günter Hirsch (Alemania)*
  La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa

- *Martín Risso Ferrand (Uruguay)*
  Los derechos humanos como concepto mítico

Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú)*

El juez constitucional

El juez[1] constitucional protagoniza la función de llevar adelante la óptima y eficaz realización de los procesos constitucionales en defensa de la Constitución[2] y los valores superiores, en procura de hacer más efectivo el derecho y alcanzar la tan ansiada paz social en justicia. Para ello, el Código Procesal Constitucional[3] lo ha dotado de facultades bastante especiales que le permiten cumplir con la misión conferida.

---

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle; por la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana; por la Universidad Privada San Juan Bautista de Lima. Catedrático en la Universidad San Martín de Porres, Inca Garcilaso de la Vega, así como de la Academia de Práctica Forense del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Profesor Honorario de las Universidades Nacional de San Agustín de Arequipa y Privada San Pedro de Chimbote. Miembro de la Federación Internacional de Abogados (FIA). Magistrado del Tribunal Constitucional. Conferencista Internacional. Ex presidente del Tribunal Agrario. Ha ocupado importantes cargos públicos y privados, como director municipal de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima. ‹jbbardelli@gmail.com›

[1] Persona que constituye una categoría dentro de la carrera judicial, actúa con desinterés objetividad, independencia e imparcialidad, está sometida al imperio de la Ley y al Derecho (*Diccionario Jurídico Espasa*, 2001, p. 867).

[2] Constitución Política del Perú. Aprobada por el Congreso Constituyente Democrático y ratificada por el referéndum del 31 de octubre de 1993.

[3] Código Procesal Constitucional, ley n.º 28237.

Conviene precisar que, si bien el término *juez* se utiliza para designar a aquel a quien la ley confiere la potestad de administrar justicia —por encargo de la sociedad y el Estado—, no es lo mismo un juez ordinario que un juez constitucional.

1. Características y diferencias fundamentales entre el juez constitucional y un juez supremo

Conforme lo ha establecido la Constitución Política del Perú, las características y diferencias que existen entre un juez constitucional (entendiéndolo como magistrado del Tribunal Constitucional) y uno supremo (entendiéndolo como un vocal supremo) están establecidas en los artículos 138 y siguientes (referidos al Poder Judicial) y los artículos 201 y siguientes (referidos al Tribunal Constitucional).

Se puede afirmar que ambos gozan de la misma inmunidad y prerrogativas, así como de las mismas incompatibilidades que los congresistas; la diferencia es que los magistrados constitucionales no pueden ser reelegidos.

Para efectos de ser denunciados y procesados penalmente, se requiere que previamente hayan sido sometidos a lo que se conoce como el *antejuicio político,* un permiso del Congreso para ser procesados por delitos que pudieran haber sido cometidos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias. Se debe tener presente que la sentencia expediente n.º 0026-2006PI/TC ha establecido que, en los casos en que los delitos se hayan cometido antes de haber sido elegidos parlamentarios, esta inmunidad no los alcanza, por lo cual no necesitan permiso para ser denunciados y procesados en el fuero ordinario (Poder Judicial). Asimismo, los magistrados del TC son elegidos por el Congreso de la República por dos tercios de los votos como mínimo (80 votos), a diferencia de los vocales supremos, que son elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura.

2. Funciones

Distingue a un juez constitucional de uno ordinario que el primero tiene la misión clara y concreta de fallar en relación con la validez general de la norma respecto a la Constitución, asegurando, ante todo y sobre todo, la supremacía de la Carta Fundamental, mientras que el segundo falla en los casos particulares de la aplicación de la ley. El juez constitucional decide los casos puestos a su consideración con la Constitución y desde ella, utilizando los códigos, leyes, reglamentaciones y demás normas solo con carácter subsidiario y en la medida en que respeten el fondo y la forma constitucional, mientras que el ordinario, *a contrario sensu,* utiliza primero las leyes ordinarias y *a posteriori* las compatibiliza con la Constitución.

Las sentencias que provienen del juez ordinario se limitan a los efectos que tienen lugar entre las partes que promovieron el litigio; no repercuten en el resto de la colectividad. La valoración, la motivación y la decisión que efectúan se dan en torno

a un interés individual, por lo que, una vez solucionado el conflicto o dilucidada la incertidumbre jurídica, lo resuelto no tiene mayores alcances y utilidad que para aquellos que formaron parte del proceso.

Los efectos de los fallos de los jueces constitucionales siempre están ubicados más allá del supuesto litigio. Dicho en otros términos, el caso ordinario solo interesa y vincula a los sujetos involucrados en él; en cambio, el caso constitucional interesa a todos aquellos que están sometidos al imperio de la Constitución (efecto *erga omnes*, como en el caso de los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular).

Otra diferencia entre el juez el ordinario y el juez constitucional es que el primero tiene la prohibición expresa de fallar *extra petita*, es decir, no puede motivar o resolver aspectos que no hayan sido expuestos directamente por las partes; el segundo, en cambio, cuando así lo exija la circunstancia y convenga a los fines propios del proceso, puede pronunciarse sobre cuestiones adicionales a las que originalmente fueron peticionadas, si bien relacionadas con la materia controvertida y necesarias para la solución del conflicto y/o el restablecimiento del derecho o del orden constitucional. Un ejemplo ilustrativo al respecto es el de quien, ante la privación injustificada de su libertad individual, acude a un juez para que disponga su libertad inmediata; no obstante, el juez, al percatarse de maltratos físicos contra su persona, también ordena que estos cesen. Aun cuando ello no implique en ningún caso, como bien lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (expediente n.º 0569-2003-AC/TC, caso *Nemesio Echevarría Gómez*),[4] la modificación o variación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda, queda claro que el juez especializado opera con mayor libertad que el ordinario.

En Perú podrá ser juez constitucional tanto un magistrado del Poder Judicial, siempre que vea y resuelva asuntos constitucionales, como uno que integre el Tribunal Constitucional, lo cual responde a una extensión del sistema dual de control de la constitucionalidad que tenemos.

---

[4] En efecto, partiendo de reconocer una posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, no resulta razonable que en todos los casos las formas estén por encima del derecho sustancial, desconociendo el valor de lo real en un proceso. El derecho procesal es, o quiere ser, el cauce mediante el cual se brinda una adecuada cautela a los derechos subjetivos; por ello, al reconocerse legislativamente las facultades del juez constitucional, sea para aplicar el derecho no invocado o erróneamente invocado (*iura novit curia*), por mandato del artículo 63.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, o para subsanar las deficiencias procesales (suplencia de queja deficiente), se trata de evitar que el ejercicio de una real y efectiva tutela judicial en el marco de un proceso justo sea dejado de lado, por meros formalismos irrazonables.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, basándose en la premisa de que el proceso surge de la necesidad de brindar tutela jurisdiccional y judicial a las lesiones o amenazas de derecho y justifica su razón de ser en el cumplimiento de este fin último, considera importante y, más aún, que resulta un deber del juez constitucional, y dentro de los límites establecidos por la ley, promover el reconocimiento tutelar de aquellas situaciones que, estando presentes pero incorrectamente planteadas, ameritan su intervención como real guardián de la Constitución y, por ende, protector de los derechos fundamentales reconocidos en ella.

El Código, sin lugar a dudas, procura instituir la presencia de un juez creador de derecho constitucional, traductor y defensor fiel del contenido y los fines de las normas constitucionales; que desempeñe sus funciones con independencia y más allá de las presiones y abusos del poder público; que actúe con firmeza para resolver los conflictos por encima de los intereses de las partes y con especial capacidad para ponderar las consecuencias jurídicas y sociales de sus decisiones.

La labor del juez constitucional, en este sentido, va más allá de la de ser un mero aplicador de la norma. Su actividad es totalmente dinámica, puesto que necesariamente tiene que presuponer una labor interpretativa previa, indispensable para adecuar el mandato genérico de la Carta Fundamental a los innumerables casos que se presentan en la realidad; es, en suma, un juez con mucho activismo judicial.

Como muestra de lo que venimos sosteniendo, podemos señalar lo dispuesto por los artículos II, V, VI, VIII y IX (segundo párrafo) del Título preliminar de Código Procesal Constitucional, así como los artículos 1, 8, 11, 16, 22, entre otros, donde se advierten con claridad algunas de las investiduras que el Código confiere al magistrado constitucional para a partir de ello deslindar el rol y la responsabilidad que le toca desempeñar dentro de la administración de justicia.

Es de interés, por otro lado, resaltar el rol que corresponde al juez constitucional frente a la política, habida cuenta de la doble naturaleza de la Carta Fundamental (jurídica y política), que con frecuencia lo coloca en la posición de mediador entre ambas situaciones.

El juez deberá interpretar y decidir únicamente de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y el derecho,[5] aun cuando las reflexiones políticas y los intereses

---

[5] *Principios de interpretación constitucional*, expediente 5854-2005 AA/TC, *caso Pedro Andrés Lizana Puelles*).

Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones, que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo - subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

a) El principio de unidad de la Constitución, conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un *todo* armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica, en virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta *optimizando* su interpretación, es decir, sin *sacrificar* ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada *Constitución orgánica*, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1.º de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional. Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el constituyente ha

sociales exijan lo contrario. Por ello, más que otros jueces, el juez constitucional no puede perder de vista las consecuencias de su sentencia; debe vislumbrar los efectos que ella tendrá no solo en el contexto jurídico, sino también en lo político, económico y social, pues el mínimo error en contravención con el orden constitucional puede resquebrajar todo el *statu quo* imperante en determinada sociedad.

La tarea del juez en el contexto moderno es, como ya se dijo, interpretar las normas y crear derecho. Ya no es la de aplicar automáticamente las disposiciones legales y pronunciar textualmente la palabra de la ley. Ahora su función se extiende a desentrañar y comprender el sentido de la norma para ajustarla a los fines del derecho y hacerlo siempre dinámico, posibilitando su eficacia aun en los momentos en que la ley parezca no responder a las exigencias de la realidad.

Consciente de ello, el Código Procesal Constitucional ha investido a sus operadores de las facultades para que, dentro de un margen de libertad, puedan interpretar con mayor precisión las disposiciones constitucionales para luego materializarlas en el momento de su aplicación, admitiendo que es el mejor conocedor de las normas constitucionales y confiando en su disposición para ser su más fiel defensor.

La interpretación de la Constitución adquiere especial importancia, pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política del país. En consecuencia, se puede a firmar que la Constitución es una norma jurídica.[6] Además, dada su peculiar característica de norma suprema, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas.

En tal sentido, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derecho, pues las normas constitucionales conforman la base del resto del ordenamiento jurídico. Por una determinada interpretación de la Constitución pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales, lo cual puede originar, asimismo, la inconstitu-

---

asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora. El *producto* de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida en que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución. La interpretación constitucional debe orientarse a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

[6] Expediente 0042-2004-AI. La Constitución no es un mero documento político; implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la Ley. En ese sentido, el principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que los operadores del derecho y, en general, todos los llamados a aplicar el derecho —incluso la administración pública— deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones.

cionalidad de otras normas que se encuentren en conexión con tales leyes.[7] Solo el Tribunal Constitucional puede declarar lo inconstitucional en *ultima ratio.*

Por otro lado, la interpretación constitucional exige una particular sensibilidad e identificación con los valores y principios que sirven de fuente para el contenido de la ley fundamental y que a su vez inspiran al resto del ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que no pueden seguir las mismas reglas que las que se utilizan para las normas ordinarias, no tanto por razones de jerarquía normativa, sino por la trascendencia y los alcances de sus preceptos sustantivos.

El juez constitucional debe entender en primer lugar la esencia de la Constitución, identificarse con ella, comprender la orientación de sus disposiciones y tener en consideración las condiciones sociales, económicas y políticas existentes en el momento en que tenga que desentrañar el sentido mismo de los preceptos constitucionales, antes que hacer de ella una abstracción lógica formal.

Los criterios o principios que deben orientar la función interpretativa del juzgador constitucional pueden sustentarse en los siguientes:

- Principio de *unidad de la Constitución.* La interpretación debe estar orientada a preservar la integridad del contenido constitucional. Debe interpretarse concordando todos los valores y principios consagrados.
- Principio de *presunción de constitucionalidad.* Ante la duda en torno a la constitucionalidad de una norma, debe optarse por interpretar que es constitucional, antes que expulsarla del ordenamiento jurídico.
- Principio de *concordancia práctica.* Debe optimizarse la interpretación de las normas constitucionales en conflicto, intentando no sacrificar ninguna de ellas.
- Principio de *corrección funcional,* llamado también de *conformidad funcional.* Se trata de no desvirtuar la distribución de funciones y con ella el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.
- Principio de *previsión de consecuencia.* El juez debe tener en cuenta las consecuencias de sus fallos y el impacto que tendrán en los contextos jurídico y político-social.
- Principio de *función integradora.* La Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad.
- Principio de *fuerza normativa de la Constitución.* La Constitución es norma jurídica; por tanto, retiene un cierto margen de coercibilidad en el contenido de sus mandatos y de sus prohibiciones.

---

[7] Expediente 0004-2006-AI. La calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada y en que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando existan jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI (control difuso) y VII (precedente vinculante) del Titulo preliminar del Código Procesal Constitucional.

- Principio de *razonabilidad.* El juez constitucional tiene que oponerse a todo lo arbitrario, para remitirse a pautas de justicia, sobre el fundamento de lo legítimo, lo correcto y lo verdadero.
- Principio de *fórmula política.* La Constitución conlleva un modelo, meta o pretensión de lo que debe ser la sociedad política, que el juzgador no debe perder de vista al interpretar.

Por su parte, Linares Quintana ha establecido una serie de reglas peculiares que deben servir de orientación para la interpretación de las disposiciones constitucionales, entre las cuales merecen descartarse: que en tal interpretación debe prevalecer el contenido teleológico y finalista; que debe utilizarse un criterio amplio, liberal y práctico; que debe considerarse la Ley Suprema como un conjunto armónico de disposiciones y de principios; que deben tomarse en cuenta no solo las condiciones y necesidades existentes en el momento de la sanción, sino también las imperantes en la época de la aplicación, etcétera.

Franco Pierandrei considera que el juez constitucional tiene que realizar una doble interpretación normativa,[8] puesto que por un lado debe interpretar la disposición legal ordinaria que se tacha de contraria a la Carta Fundamental, y por otro debe desentrañar el alcance y la proyección del precepto constitucional. Esto evidentemente ratifica que la actividad de tal juez posee aspectos peculiares con respecto a la del ordinario, tanto en relación con su conciencia valorativa como con respecto a la estructura lógica y sistemática con que tiene que resolver.

De este modo, los principios cumplen una doble función: corrigen las deficiencias o llenan las lagunas del derecho, e informan y orientan la labor hermenéutica del operador intérprete, ofreciendo y fundamentando las razones para decidir.

El Código Procesal Constitucional ha recogido principios procesales que, aunque no son todos los que reconoce la doctrina, orientan y sirven para optimizar la función del juez constitucional en procura de la eficaz consecución de los fines propios de los procesos constitucionales.

El principio que advertimos en el contenido del Código es el de *dirección judicial del proceso.* Este incorpora la presencia de un juez dinámico y protagonista del proceso para la defensa de la primacía constitucional y los derechos fundamentales, con facultades para administrar y conducir el proceso hasta la consecución de sus fines.

El juez constitucional no puede ser un agente con actitud pasiva (una especie de convidado de piedra) que se limite a protocolizar o legitimar la actividad de las partes y entender exclusivamente lo que ellas le presentan, sino un personaje que tome iniciativas y decisiones encaminadas a establecer el orden constitucional que

---

[8] Expediente n.º 5854-2005-AA. La interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un *todo* armónico sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

va más allá de los intereses individuales de las partes. Esto es lo que procura imponer el Código con la incorporación del principio de dirección judicial del proceso.

En virtud de este principio, el juez puede adecuar el trámite de los procesos constitucionales para que estos sean idóneos, rápidos y eficaces, a fin de que puedan cumplir con sus fines trascendentales, así como disponer —en cualquier estado— las medidas necesarias para hacer efectivos los fines del proceso y evitar consecuencias en contravención de ellos, o cualquiera otra actuación que considere necesaria para el normal desarrollo del proceso.

El *impulso de oficio,* que podríamos advertir como un principio implícito, es consecuencia del anterior.

Otro principio que precisa el Código es el de *gratuidad en la actuación del demandante.* Está dado para garantizar al agraviado una tutela más efectiva de sus derechos, toda vez que su posición frente al agresor lo coloca en desventaja en la relación jurídica, y sería de algún modo injusto obligar a quien ya se ve perjudicado por un abuso de poder a sufragar un monto dinerario para la defensa o el restablecimiento de sus derechos, más aún si se trata de una persona de escasos recursos económicos.

Otro principio que tuvo a bien incorporar el Código y que sirve como pauta orientadora para el desempeño de la función judicial es el de *economía procesal.* Dentro del proceso constitucional, debemos entender este principio como el esfuerzo para tutelar lo más pronto posible los valores o bienes superiores que están siendo amenazados, para lo que el juzgador debe utilizar solo aquellas formalidades realmente necesarias para el proceso y rechazar aquellas otras que no sirvan para la obtención de sus propósitos. Esto responde a la naturaleza de tutela urgente que tienen los procesos constitucionales.

El principio de *inmediación,* por su parte, faculta al juez para que se ponga en el mayor contacto y relación posible con las partes y las cosas intervinientes en el proceso, a efecto que pueda contar con todos los elementos de juicio en el momento de interpretar o elaborar el derecho constitucional. Por otro lado, atendiendo a la pluriculturalidad de la sociedad peruana y a la desigualdad en que pueden encontrarse las partes, el Código ha recogido también el principio de *socialización,* a fin de que el juzgador pueda tomar las medidas necesarias que posibiliten o enerven tales desventajas y contribuyan a equilibrar la relación procesal.

El principio de socialización no solo conduce al juez —director del proceso— por el sendero que hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que lo faculta para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor de justicia. La socialización del proceso nos apresta a precisar que todos debemos ser iguales en el desenvolvimiento del proceso.[9]

---

[9] Articulo III del Titulo preliminar, Código Procesal Constitucional, ley n.º 28237.

El tradicional principio de *iura novit curia* es esencial para el eficaz desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Este principio exige al juez constitucional, primero, que conozca el derecho —en particular el constitucional— y luego lo aplique —previa interpretación y según las pautas que hemos venido señalando— al caso que corresponda, aun cuando no haya sido invocado por las partes o lo haya sido errónea o defectuosamente.

El Tribunal Constitucional, refiriéndose a este principio, ha dicho que el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia, lo que no implica en ningún caso modificar el objeto de la pretensión o los términos de la demanda (es decir, ello no puede suponer que funde su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes).

El principio *in dubio pro proceso* o *favor proccesum* lo encontramos en el cuarto párrafo del artículo III del Título preliminar del Código, mediante el cual el juez constitucional, ante la duda razonable que se le presente en un proceso constitucional respecto de si el proceso debe declararse concluido, debe pronunciarse por su continuación. Este principio vendría a ser una consecuencia del principio de dirección judicial del proceso, según el cual el juez debe optar por conocer y conducir el proceso constitucional hasta su etapa final antes que interrumpir y concluir su tramitación.

Una extensión de este principio la encontramos en los artículos 45.º y 68.º del Código, donde, en similar sentido, el juez deberá preferir la continuación de los procesos constitucionales.

Mediante el principio de *integración*,[10] consagrado en el artículo IX del Título preliminar del Código, se postula que el juzgador, en los supuestos de vacíos o deficiencias del Código, complete la normativa —supletoriamente— con lo que está regulado en los códigos procesales afines a la materia controvertida, siempre que, desde luego, no se contradigan los fines de los procesos constitucionales y se coadyuve a su mejor desarrollo. Adicionalmente, también para que en defecto de normas sustitutivas se acuda a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

En cuanto al principio de *vinculatoriedad y congruencia de las sentencias*, deducible del artículo VII del Título preliminar, cabe resaltar algo muy puntual. A través de él se obliga al juzgador a seguir el mismo referente de razonamiento que el supremo intérprete de la Constitución realizó en una causa anterior de naturaleza similar. Para ello, el precedente deberá adquirir la autoridad de cosa juzgada, enunciarse en

---

[10] Expediente 5854-2005-AA. De acuerdo con el principio de función integradora, el *producto* de la interpretación solo podrá ser considerado como valido en la medida en que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

la misma sentencia del Tribunal Constitucional la naturaleza de precedente asumido y precisar, además, el extremo de su efecto normativo (vinculatoriedad).

Mediante el principio de *congruencia* —que es secuela del anterior— se exige al Tribunal Constitucional, como máxima autoridad dentro de la jurisdicción constitucional, que cuando resuelva apartándose del precedente exprese los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se parte de aquel. Esto tiene su fundamento en que la jurisprudencia debe, por un lado, guardar concordancia y armonía, y, por otro, garantizar la seguridad jurídica de lo resuelto.

El principio de *informalidad* orienta al juzgador para que su actividad vaya dirigida a la consecución de los fines de los procesos constitucionales antes que al cumplimiento de sus formas. En virtud de este principio se destierran los ritualismos innecesarios, que no hacían otra cosa que retardar o volver ineficaz la justicia, para que, *a contrario sensu*, se avance hacia los objetivos realmente queridos.

Reflexiones y conclusión

En un contexto en el que se viene consolidando la democracia, se exige más que nunca la actuación de un juez constitucional independiente y soberano en sus facultades, que haga respetar los derechos en la puja constante que existe en el marco de los conflictos sociales, que procure el restablecimiento y el mantenimiento del orden constitucional por encima de toda presión gubernamental o del poder político.

El perfil que se demanda en el juez constitucional presupone especial capacidad de determinación y vocación exclusiva para ser guardián máximo de la Carta Fundamental, de los principios y valores que inspiran su proclamación y vigencia. Con tal fin, debe prepararse con esmero y dedicación, porque del desempeño de su función dependerá el éxito o el fracaso del *statu quo* constitucional.

Desde aquí mi sincera invocación para que se instaure en el Poder Judicial una magistratura constitucional especializada, como existe en materia civil, penal, comercial, laboral y de familia, ya que ello va a permitir contar con el Poder Judicial que merecemos y no con el que podemos.

Víctor Bazán (Argentina)*

La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional

1. Perfiles del trabajo

Como propósito central de esta contribución se buscará poner énfasis en las señales que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también, Corte o Corte Suprema) viene emitiendo, tanto en sus fallos judiciales como en sus acordadas, en punto a fortalecer su perfil institucional, privilegiar su labor en el marco de la jurisdicción constitucional y, por tanto, posicionarse como un tribunal constitucional desde el punto de vista material.

Asimismo, y partir del análisis de ciertos precedentes gestados fundamentalmente en la actual y remozada composición del tribunal, haremos foco en otros problemas relevantes que giran en torno a la jurisprudencia que de forma paulatina aquel construye: la impronta del neoconstitucionalismo; el recurso al método ponderativo y a la interpretación previsora o al consecuencialismo en la percepción jurisdiccional para dar cuerpo a la labor argumentativa; la tarea de control de cons-

---

* Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Director de la sección Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Magistrado presidente de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada (San Juan, Argentina). ‹vicba2002ar@yahoo.com.ar›

titucionalidad en el marco de los *casos difíciles;* la problemática de las denominadas *sentencias atípicas;* e, *inter alia*, la importancia de tender puentes interactivos con otros poderes del Estado, empeño jurisdiccional que siempre será bienvenido en la medida en que sea prudente, responsable y equilibrado, y cuyo nivel de legitimación se acrecentará en tanto se oriente a promover un diálogo constructivo cimentado en una recíproca y respetuosa colaboración entre poderes públicos, los que en ningún caso deberán perder de vista que se encuentran normativa, política y axiológicamente vinculados a la Constitución, unidad de orden y de sentido de todo el ordenamiento jurídico.[1]

A su tiempo, el epílogo tomará cuerpo con algunas apreciaciones recapituladoras de los eslabones principales desarrollados en el nudo del trabajo; tanto generales, que exceden el contexto propio de la jurisdicción constitucional argentina, como específicos de esta.

2. La senda transitada por la Corte Suprema para rediseñar su silueta institucional

2.1. Los cambios recientes en la integración del máximo tribunal

Como relevante dato fáctico que cabe computar inicialmente, debe tomarse en consideración que en los últimos años se han producido varios movimientos en la integración de la Corte Suprema. Tales innovaciones han resultado determinantes para favorecer el proceso de rediseño institucional que viene experimentando últimamente.

En el contexto anunciado, se observa que se concretaron las renuncias de los doctores Bossert y Nazareno, quienes fueron reemplazados, respectivamente, por los ministros Maqueda y Zaffaroni. Tampoco están ya los doctores López (quien falleció luego de alejarse del tribunal) y Moliné O'Connor (removido por juicio político). Una de tales vacantes fue cubierta por la doctora Highton de Nolasco; la restante, por la doctora Argibay. Igualmente, dimitió el doctor Vázquez y se incorporó el doctor Lorenzetti (actualmente, año 2007, presidente de la Corte).

Por su parte, en junio de 2005 el doctor Belluscio renunció a su cargo con efecto a partir del 1.º de septiembre del mismo año. Días después, concretamente el 28 de este último mes, el doctor Boggiano fue destituido por el Senado de la Nación como desenlace del juicio político seguido en su contra.

---

[1] Cf., en cuanto a la última apreciación vertida en el texto (la Constitución como unidad de sentido de todo el ordenamiento jurídico), Ángel Garrorena Morales: "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", en *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 1843.

En consecuencia, la Corte ha quedado integrada con los siguientes siete ministros:[2] Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

En el futuro, cuando se produzcan vacantes definitivas en los cargos ocupados por los actuales componentes del tribunal, estas no serán cubiertas hasta que se alcance la cantidad de cinco integrantes, la que, por imperio de la ley 26183,[3] constituye el nuevo número institucional que definitivamente deberá tener el tribunal.[4]

2.2. Consideraciones previas adicionales para contextuar la indagación

Con sus particularidades, una constatación empírica permite observar en Argentina cómo la Corte Suprema se encuentra en trance de diseñar una nueva identidad institucional y de perfilar un remozado esquema de jurisdicción constitucional.

Así lo demuestran algunos decisorios recientes, en los que transmitió un mensaje reivindicatorio de su rol de poder del Estado y aclaratorio de la silueta funcional que identifica como primordial: *centrar cuantitativa y cualitativamente sus esfuerzos en el examen de cuestiones constitucionales sustantivas*. Es decir, reforzar su papel de intérprete supremo de la Constitución y moverse hacia una nueva fase de su metamorfosis institucional que le permita no entretenerse en cuestiones menores, constitucionalmente insustanciales o que la alejen de la meta que cataloga como fundamental en su quehacer: *mejorar su funcionamiento concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional*.

Pero tal propensión de la Corte no se agota en el plano contencioso, sino que también se visualiza en algunas de sus acordadas.

---

[2] A la fecha de elaborar este trabajo: octubre de 2007.

[3] La ley fue sancionada el 29 de noviembre de 2006, promulgada el 15 de diciembre de 2006 y publicada en fecha 18 de diciembre de 2006.

[4] El artículo 2 de la citada ley 26183 incorpora como artículo 21 del decreto-ley 1285/58, texto según ley 16895, un precepto que en lo que aquí interesa determina que "[l]a Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco (5) jueces".

Por su parte, el artículo 3 de la ley que reseñamos contiene una disposición transitoria, que reza:

"La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo:

"Desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete (7) el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros.

"*A posteriori*, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis (6) el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros.

"Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco (5) el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros".

Para comprobar lo anticipado, a continuación relevaremos las vertientes de la jurisprudencia y de los acuerdos del tribunal que confirman que este apuesta a renovar su papel institucional y encaramarse como un tribunal constitucional, al menos desde el punto de vista material.

2.3. Jurisprudencia contenciosa

2.3.1. Ejercicio del control de constitucionalidad y generación de lazos dialógicos con otros poderes de los Estados nacional o provinciales

Lo antedicho se comprueba al desenvolver el tribunal su trascendente tarea de *control de constitucionalidad*, que, entre diversos asuntos, involucra la utilización de variantes *atípicas* de sentencias constitucionales, la modulación de los efectos de tales pronunciamientos y la apertura de vías de colaboración dialógica con otros poderes del Estado nacional o provinciales.

En esa dirección se ubican, cada uno en su espectro de incumbencia temática y con sus particularidades fisonómicas, verbigracia y en secuencia cronológica: *Itzcovich, Mabel c/ ANSes s/ reajustes varios*,[5] de 29 de marzo de 2005; *Verbitsky, Horacio*,[6] de 3 de mayo de 2005; *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSes s/ reajustes varios*,[7] de 8 de agosto de 2006; *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1.570/01 y otro s/ amparo Ley 16.986*,[8] de 27 de diciembre de 2006; *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria*,[9] de 15 de marzo de 2007; *Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados*,[10] de 13 de julio de 2007, y *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*,[11] de la misma fecha.

Por supuesto, en tal nómina debe asimismo computarse el fallo recaído en fecha relativamente reciente en *Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación*, de 23 de mayo de 2007, que *infra* reseñaremos con algún grado de detalle, en el que la Corte debió enfrentarse a un caso sumamente complejo: *el de la situación jurídica de los jueces subrogantes en Argentina*.

---

5 *Fallos*, 328:566.

Sobre tal decisorio, véase Víctor Bazán: "La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, enero/junio 2006, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, pp. 257-287.

6 *Fallos*, 328:1146.

7 Causa B.675.XLI.

8 Causa M.2771.XLI.

9 Causa R.320.XLII.

10 Causa B.903.XL.

11 Causa M.2333.XLII y otros.

Pasemos, sin más preludios, al recorrido jurisprudencial propuesto.

2.3.1.1. Itzcovich

Aquí declaró por mayoría[12] la invalidez constitucional del artículo 19 de la ley 24463 —de Solidaridad Previsional—, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

En breves palabras, el tribunal recordó la imposibilidad de pronunciarse sobre el acierto o la conveniencia de las soluciones legislativas, dejó en claro que la experiencia recogida durante los casi diez años de vigencia de la ley 24463[13] la hacía susceptible de reproche con base constitucional por resultar irrazonable, en tanto el medio que arbitraba no era adecuado a los fines cuya realización procuraba o porque consagraba una manifiesta iniquidad (considerando 5.º de la mayoría), y recordó también que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional —CN— (considerando 10, *in fine*, de la moción triunfante). Como subraya Gelli, en el decisorio se utilizaron varias pautas de control de razonabilidad, entre ellas, la de la inconstitucionalidad sobreviniente y una versión morigerada de esta, la de la adaptabilidad, llevando el control, incluso, hasta el análisis de la racionalidad de la categoría de diferenciación en materia de igualdad.[14]

Para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, advirtió que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez a los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (considerando 15 de la mayoría). En línea con ello, y para evitar la retrogradación de los procesos, decidió que las causas en las que ya hubiera sido notificada la sentencia de Cámara, antes del momento en que el fallo *Itzcovich* quedara firme, debían

---

[12] El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

[13] Recuérdese que fue publicada el 30 de marzo de 1995.

[14] María Angélica Gelli: "El caso 'Itzcovich'. ¿Un fallo institucional de la Corte Suprema?", en *La Ley*, Buenos Aires, 11 de abril de 2005, p. 1.

continuar su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad determinaba (*ídem* considerando).

Es de hacer notar que pocos días después de fallado el caso *Itzcovich*, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26025,[15] por medio de la cual derogó el aludido artículo 19 de la ley 24463, es decir, el que había sido declarado inconstitucional por el pronunciamiento en cuestión. Naturalmente, este aceleró los tiempos e indujo el nacimiento en sede parlamentaria de semejante respuesta legislativa, consistente con el temperamento premoldeado judicialmente.

2.3.1.2. Verbitsky

Nos interesa resaltar este fallo de la Corte Suprema porque, aun cuando sus efectos no se dirijan a otros órganos del Estado Nacional sino a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires, la Corte reivindicó su papel institucional y acudió a una interesante herramienta sentencial exhortativa que abre una vía a la que probablemente siga recurriendo con alguna asiduidad para paliar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas del Congreso de la Nación. De hecho, y como tendremos ocasión de ver *infra*, no es extraño a tal modalidad decisoria el pronunciamiento recaído en la nombrada causa *Badaro*, donde verificó la existencia de una omisión legislativa inconstitucional referida a la operatividad del mandato contenido en el artículo 14 bis de la Ley Fundamental acerca de la movilidad de los haberes previsionales, señalando que dicho precepto se dirige primordialmente al legislador.

Formulada la advertencia anterior, en *Verbitsky* se aprecia que el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) dedujo ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

El planteo fue desestimado por la Sala III.ª de la Cámara de Casación Penal local por considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ello llevó al actor a plantear sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia provincial,

---

[15] *Boletín Oficial* de 22 de abril de 2005.

frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que —por mayoría[16]— revocó la sentencia en cuestión.

En síntesis, la Corte Nacional admitió la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Para operativizar el fallo, dispuso además:

- declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660, *configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención*;
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta (60) días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos;
- instruir al mencionado órgano judiciario y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etcétera), a fin de que estos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco (5) días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;
- disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires informe a la Corte Nacional las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- exhortar a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa

---

[16] La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente —aunque solo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

El fallo es sin duda relevante, entre otros aspectos porque la Corte —activismo institucional mediante— diseñó un remedio jurisdiccional para combatir las omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, verbigracia, del artículo 18 de la CN y de los artículos XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo "tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— ("toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano") y 5, inciso 2.º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término) —ver considerando 39 de la mayoría—.

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva al nivel de estándar básico infranqueable a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cf. *ídem* considerando).

Para abastecer tales menesteres (y beneficiar, por caso, a menores, mujeres y personas enfermas) la Corte ha diseñado una sentencia exhortativa multilateral, englobando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial, pero a su vez mantuvo su propio involucramiento y compromiso en la supervisión del cumplimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil.

En otro orden de ideas, es inocultable que el fallo exhibe numerosas aristas dignas de interés, de las que solo enunciaremos algunas, al ser materialmente imposible agotarlas aquí:

- la visión amplia y despojada de formalismos en materia de legitimación procesal activa, al admitir por primera vez un *hábeas corpus correctivo y colectivo*, aunque ello reconozca algún parentesco con lo resuelto en *Mignone, Emilio Fermín s/ acción de amparo*[17] (de 9 de abril de 2002), donde

[17] *Fallos*, 325:524.

En este caso la Corte Suprema no se limitó (como lo había hecho Cámara Nacional Electoral —órgano apelado—) a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a "los detenidos por orden de juez competente mientras

si bien la pretensión fue incoada como amparo, en definitiva se desarrolló procesalmente como hábeas corpus;

- la democratización del debate suscitado con motivo de la tramitación de la queja que desencadenara en la sentencia en cuestión, pues además de la participación de los mencionados *amici curiae*,[18] se realizaron dos *audiencias públicas* (el 1 de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005), donde tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones en el tema en derredor del cual giraba la causa, de innegable trascendencia e interés públicos;
- la abstención de la Corte Suprema de recurrir a la doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables" para desembarazarse del análisis de la pretensión de fondo articulada en la causa;

---

no recuperen su libertad" (dado que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilite el sufragio de aquella categoría de personas), sino que avanzó operativamente y manifestó que correspondía "*urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados*" y, en ese marco, consideró prudente "disponer que este derecho sea implementado *por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*" (el énfasis en ambos casos ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9.º de la mayoría, compuesta por Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, lo hicieron Boggiano —véase, el considerando 8.º— y Bossert —véase el considerando 30—. Por su parte, Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría.)

Emitió, así, una especie de sentencia *multilateral* para salvar la primacía constitucional. Declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los Poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que estos emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obturado por la regla devenida anticonstitucional.

Nos parece saludable la opción escogida por el tribunal como medio útil para corregir la omisión inconstitucional consistente en preterir la obligación de adaptar el ordenamiento legal a las pautas operativas de un tratado internacional con jerarquía homóloga a la de la Carta Magna.

En sintonía con ello, debe, por tanto, reivindicarse la *potencialidad inductora* de cambios normativos contenida en dicha sentencia, que acogió estimatoriamente la articulación de inconstitucionalidad deducida contra una norma legal desfasada y, por ende, contraria a la Constitución, por resultar sobrevenidamente inconsistente con pautas de signo contrario emanadas, en el caso, de la CADH. Es que, como resultas del decisorio, el 4 de diciembre de 2003 se sancionó la ley 25858, promulgada por decreto 1342/2003 del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 29 de diciembre de 2003, y publicada en el *Boletín Oficial* de 6 de enero de 2004.

En lo que aquí interesa, el dispositivo legal citado derogó —entre otros incisos—, el *d* del artículo 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el artículo 3 *bis*, que dispone —en su primer párrafo— que "[l]os procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos".

[18] Sobre tal figura, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en "El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad", en *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 4 de junio de 2003, pp. 3-24.

- la referencia a la equiparación exigida en un sistema de estructura federal para garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad, al afirmar el Tribunal que, "cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que, si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues *un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía*" (énfasis agregado; cf. considerando 57 de la mayoría);
- la modulación de los efectos colectivos de la sentencia, a tono con la naturaleza justamente plural del radio de cobertura de la acción instaurada, y,
- en definitiva, la asunción de una posición jurisdiccional prudentemente activista para resguardar la supremacía y la fuerza normativa constitucionales (y de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos con alcurnia semejante a la de la Ley Fundamental) frente a un planteo jurídico creativo que, meritado *a priori* y superficialmente, podría haberse catalogado de heterodoxo e improcedente.

2.3.1.3. Badaro

Unánimemente,[19] la Corte Suprema descubrió y declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 *bis* de la Ley Fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptasen las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias. Se torna palpable que el tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa que debería gestarse en los ámbitos gubernamentales competentes.

Enfatizó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (artículo 14 *bis*) debe resguardarse legislando sobre el punto (considerando 6.º). En dirección convergente puntualizó que "el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (artículo 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció

[19] El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que el tribunal contaba (y hoy sigue contando) al momento de emitirlo, doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

y que manda a asegurarla" (considerando 15). Además, puso de manifiesto que "la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad", de lo que extrajo que "la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional" (considerando 13).

2.3.1.4. Massa

Por mayoría,[20] emitió una suerte de sentencia interpretativa desestimatoria en el ámbito de la pesificación de los depósitos bancarios dispuesta por el gobierno nacional, rechazando el planteo de inconstitucionalidad que por vía de amparo había formulado el titular de una caja de ahorro en dólares contra el decreto 214/02[21] y sus normas complementarias. En tal sentido, interpretó a ese conjunto normativo como conforme a la Constitución (ponderando las graves consecuencias que una evaluación de la normativa de pesificación contraria a esta podría producir), aunque paralelamente, con tono activista y en cierto punto aditivo, diseñó un criterio normativo[22] aplicable al caso (mas con fuerza expansiva hacia otros) al declarar el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de $ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el coeficiente de estabilización de referencia (cer) hasta el momento de su pago, más la aplicación de intereses a la tasa del 4% anual sobre el monto así obtenido.

Son muy significativas las alusiones al carácter y la trascendencia institucionales del fallo, además de que la posición mayoritaria aclaró que el Tribunal actuaba como "cabeza del Poder Judicial de la Nación" para decidir de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias

---

[20] Los alineamientos en el tribunal fueron los siguientes: el voto que encabeza el fallo correspondió a los doctores Highton de Nolasco y Zaffaroni; concurrentemente, con ampliación de fundamentos, se expidió el doctor Lorenzetti; por su parte, el ministro Fayt también votó de manera coincidente, y, finalmente, la jueza Argibay, si bien concordó con la parte resolutiva propuesta por la mayoría, arribó a ella por camino diverso al propugnar la inconstitucionalidad del decreto 214/02.

[21] *Boletín Oficial* de 4 de febrero de 2002.

[22] Algo similar había realizado en *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido* (*Fallos*, 327:3677), de 14 de setiembre de 2004, en el que mudó su criterio anterior y por unanimidad (votaron los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco) invalidó constitucionalmente —por irrazonable— el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según ley 24013 —*Boletín Oficial* de 17 de diciembre de 1991—), para calcular la indemnización por despido incausado. Concretamente, y con un dejo adicional de activismo, al tiempo de desactivar por inconstitucional aquel límite, moduló un criterio normativo aplicable a la causa al determinar *per se* que correspondía aplicar aquella limitación solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

(considerando 8.º del voto de la mayoría). En esa dirección, se refirió por ejemplo al ejercicio de la "más alta función institucional" que tiene asignada el tribunal (considerando 9.º); a que la "respuesta institucional" que adoptaba era el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que lo integran, en aras del elevado propósito de poner fin a un "litigio de indudable trascendencia institucional y social" (considerando 10 —conceptos que se repiten en el considerando 11—), y a la "trascendencia institucional" de las cuestiones planteadas (considerando 23).

2.3.1.5. Rinaldi

Este es otro fallo sin duda institucional de la Corte, que excede el estricto marco del caso en el que fue pronunciado.

Optó aquí por no declarar la inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria en el marco de la pesificación de la obligación en moneda extranjera en un contrato de mutuo con garantía hipotecaria de vivienda única y familiar (artículo 14 *bis* de la Ley Fundamental), desestimando el planteo que en tal sentido se dirigía contra la ley 26167,[23] que había sido incoado cuando la causa ya se encontraba en poder de la Corte. Dispuso, en definitiva, que en las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a $ 100 000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el artículo 11 de la ley 25561[24] no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago. Ello, por aplicación de lo previsto en el artículo 6 de la ley 26167.

El voto mayoritario[25] puntualizó que, ante la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios pudieran ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas por el citado articulo 14 *bis* constitucional, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar —entre las que debía incluirse a las leyes 25798[26] y 25908,[27] que habían quedado subsumidas en la ley 26167— obedecían a un propósito de justicia,[28] y la razonabilidad de las mayores

---

23 *Boletín Oficial* de 29 de noviembre de 2006.

24 *Boletín Oficial* de 7 de enero de 2002.

25 El voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en forma conjunta y coincidiendo con estos en sus primeros once considerandos, se expidieron los doctores Lorenzetti y Zaffaroni, y, finalmente, la doctora Argibay se expidió por su voto.

26 *Boletín Oficial* de 7 de noviembre de 2003.

27 *Boletín Oficial* de 13 de julio de 2004.

28 Cf. *Fallos*, 249, p. 183.

restricciones que aquellas imponían al derecho de propiedad del acreedor debía valorarse en función de la entidad de la crisis que buscaba superarse (considerando 47).

Es preciso advertir, por cierto, que si bien todos los ministros firmantes confluyeron en la solución final citada más arriba, transitaron diversos caminos argumentales e incluso dejaron entrever su falta de coincidencia respecto de la ponderación de la validez constitucional de las normas de emergencia para conjurar la crisis económica y social. Así, mientras los jueces Highton de Nolasco y Maqueda consideraron que aquellas no carecen de la razonabilidad necesaria para sustentar su validez constitucional (considerando 39), los doctores Lorenzetti y Zaffaroni entendieron que "las restricciones que, con fundamento en la emergencia económica, se discuten en la causa, han constituido un avance intolerable sobre la autonomía privada y la posición contractual" (considerando 17), y que, sin perjuicio de que el Tribunal se hubiera pronunciado sobre la constitucionalidad de la regla general en *Massa*, "resulta evidente que la legislación de emergencia ha avanzado indebidamente sobre lo establecido por las partes, dejando de lado cláusulas pactadas, lo que resulta irrazonable" (*ídem* considerando), aunque concluyeron que devenía inoficiosa la declaración de inconstitucionalidad por existir una solución sustentada en la aplicación de otros principios constitucionales en las actuales circunstancias (considerandos 18 ss.). Con ello, *circunvalaron* la pertinente tacha de inconstitucionalidad (considerando 13, *in fine*), utilizando un resorte argumental que ya había sido deslizado por el doctor Lorenzetti en su ampliación de fundamentos en *Massa* (véase el considerando 24).

Aparentemente, estamos aquí ante un émulo de la técnica de la "evitación", de extendido uso en el derecho norteamericano (*avoidance doctrine*) para eludir el juicio de constitucionalidad de la ley aun teniendo serias dudas acerca de su constitucionalidad y que, aunque naturalmente no fuera hasta entonces desconocida o inaplicada por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos e incluso esbozada por Cooley, quedó expuesta de modo sistemático en las reglas (sobre todo, la 4.ª y la 7.ª) contenidas en el célebre voto particular concurrente de Brandeis a la decisión del máximo tribunal norteamericano en *Ashwander v. Tennessee Valley Authority,*[29] para plasmar (contando con la adhesión de los jueces Stone, Roberts y Cardozo) un conjunto de pautas que a su criterio, y como recuerda López Bofill, debían orientar la actuación de la Suprema Corte para moderar los alcances de su jurisdicción y sus pronunciamientos.[30]

Volviendo a *Rinaldi*, se aprecia que el sesgo institucional del pronunciamiento queda verbalizado justamente en el citado voto concurrente conjunto de los magistrados Lorenzetti y Zaffaroni, quienes catalogan al caso como receptor de "indudable

---

[29] 297 U. S. 288 (1936).

[30] Héctor López Bofill: *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia: IVAP, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 239 ss.

trascendencia institucional" (considerando 12) y dejan en claro que la misión del tribunal en semejantes supuestos "no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla" (considerando 13).

2.3.1.6. Bussi

Por mayoría,[31] y más allá de declarar inoficioso todo pronunciamiento de su parte sobre el planteo introducido en la demanda con respecto a la validez de las decisiones de la Cámara de Diputados de la Nación que negaron la incorporación del Sr. Bussi como miembro de dicho Cuerpo,[32] la Corte interpretó la facultad atribuida en el artículo 64 de la Constitución Nacional a aquella cámara para juzgar la validez de las elecciones, los derechos y títulos de sus miembros, y concluyó que tanto la intención de los redactores de la Constitución como un estudio de los principios básicos que la sostienen llevan a entender que "no se ha otorgado al Congreso un poder para negar la incorporación a un candidato electo, basándose en valoraciones materiales como la falta de idoneidad o la inhabilidad moral" (considerando 7.º de la mayoría).

Estimó que "es claro que la facultad de la Excma. Cámara de Diputados solo puede referirse a la revisión de la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de los diplomas, esto es, si fueron regularmente emitidos por la autoridad competente" (considerando 6.º, *ídem* voto).

Asimismo, y en referencia al argumento de la idoneidad (artículo 16 de la Carta Magna) como condición necesaria para la admisión en la función pública incluso en aquellos supuestos en los que el arribo al cargo sea por vía electoral, estimó que tal exigencia no se discute, sino que de lo que se trata es de precisar quién está facul-

---

[31] Compuesta por los doctores Lorenzetti, Fayt y Argibay. Paralelamente, mediaron el voto concurrente del ministro Zaffaroni y las disidencias conjuntas de los magistrados Highton de Nolasco y Petracchi, e individual del doctor Maqueda.

[32] Cabe recordar que el actor había sido electo popularmente como diputado nacional por la provincia de Tucumán, pero al momento de acceder a su banca la Cámara de Diputados de la Nación le negó su incorporación a dicho cuerpo en razón de impugnaciones de orden ético realizadas en su contra, por cuanto se le imputaba una suerte de incapacidad moral al atribuírsele la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

El frustrado legislador articuló una acción de amparo solicitando la nulidad de la decisión de tal cámara. El proceso tuvo numerosas vicisitudes y una complicada tramitación que, para llegar al pronunciamiento que referenciamos en el texto, incluyó resoluciones anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio de las cuales, respectivamente, revocó primero el criterio de la Cámara Nacional Electoral en punto a que la cuestión era política y por ende no justiciable, y, luego, hizo lo propio en torno a la posición de tal tribunal electoral que consideraba que el planteo había devenido abstracto al haber sido cubierto el cargo de diputado nacional al que pretendía acceder el accionante.

tado para valorar el cumplimiento de ese requisito, y concluyó que en "este caso es el pueblo el que elige a sus representantes quien valora la idoneidad y no la Cámara de Diputados de la Nación, porque el régimen electoral establece justamente el procedimiento adecuado para impugnaciones que permitan a los electores valorar la idoneidad" (considerando 8.º, *ídem* voto).

Sin duda, el temperamento adoptado por la mayoría del Tribunal moldea argumental y decisionalmente una respuesta institucional muy fuerte al asignar un alcance acotado a la facultad de las cámaras legislativas estatuida en la oración que abre el artículo 64 de la Ley Fundamental, que reza: "Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez".

La Corte se atreve, de tal manera, a ingresar a sectores otrora (auto)vedados por reputarlos inmersos en la categoría de *political questions*.

2.3.1.7. Mazzeo

Se trata de un pronunciamiento que exuda gran importancia institucional y un firme mensaje de la Corte Suprema como cabeza de uno de los poderes del Estado, en este caso al Ejecutivo.

Por mayoría,[33] confirmó la sentencia de la Sala II.ª de la Cámara Nacional de Casación Penal que había reputado inconstitucional el decreto 1002/89 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó —entre otras personas— a Santiago Omar Riveros en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. El máximo tribunal basó la declaración de inconstitucionalidad del mencionado decreto, en los artículos 18, 31, 75 —inciso 22—, 99 —inciso 5.º— y 118 de la CN; 1, 8.4 y 25 de la CADH y 14.7 del PIDCP (considerando 38 del voto que encabeza el decisorio). Naturalmente, la interpretación realizada por la mayoría de la Corte moldea un relevante criterio institucional (que seguramente no agotará su operatividad con el presente caso) en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (véase, por ejemplo, el considerando 31 de la mayoría).

Es particularmente relevante el considerando 21 de la mayoría, en el que, mostrando gran permeabilidad hacia los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se cita el criterio que esta expusiera en el caso *Almonacid Arellano*,[34] de 26 de septiembre de 2006, en los siguientes términos:

---

[33] Los alineamientos fueron: por la mayoría votaron los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

[34] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 154, San José de Costa Rica.

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[35]

Recapitulando, pone en cabeza de los poderes judiciales de los Estados la obligación de llevar adelante el *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la letra de dicho pacto sino la lectura que de él ha realizado el tribunal interamericano, que, como se sabe, es el intérprete último de aquel.

En definitiva, entroniza la pauta de *interpretación conforme a la CADH* como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por los órganos jurisdiccionales vernáculos.[36]

2.3.2. En la determinación de su competencia originaria

De su lado, otra línea jurisprudencial que aflora en la Corte Suprema radica en la formulación de un *estándar restrictivo para determinar su competencia originaria*. Esta señal asoma en los precedentes que señalaremos enseguida, en los que, según corresponda, se observa:

2.3.2.1. Una versión reducida del concepto de causa civil

Tal versión reducida se configura al determinar su competencia originaria por razón de la distinta vecindad o de extranjería, cuyo contorno queda limitado a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como al examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, a la determinación y valuación del daño resarcible.

---

35 Sentencia de 26 de septiembre de 2006, § 124.

36 Sobre esta y otras cuestiones conexas, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", en *Estudios Constitucionales - Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile: Universidad de Talca, en prensa.

La mencionada premisa toma cuerpo por ejemplo en *Barreto, Alberto D. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*,[37] de 21 de marzo de 2006, en el que el tribunal abandona la generalizada calificación del concepto de *causa civil* que venía aplicando desde el precedente *De Gandia, Beatriz I. c/ Buenos Aires, Provincia de*,[38] de 6 de octubre de 1992. Pasa entonces a determinar su incompetencia para entender en forma originaria en la demanda interpuesta contra una provincia por un vecino domiciliado en otra, a fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accionar irregular imputado a un dependiente de la provincia demandada, ya que dicho litigio no reviste el carácter de *causa civil* en los términos del artículo 24, inciso 1.º, del decreto-ley 1285/58,[39] pues se encuentran excluidos de tal concepto los supuestos en los que, pese a reclamarse indemnizaciones de naturaleza civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias (considerando 8.º). Ello así —añade— porque el artículo 122 de la CN veda a la Corte juzgar sobre el funcionamiento de las instituciones locales, so pena de producirse una inadmisible intervención federal en el ámbito del derecho público no delegado (considerando 15).

Además, en la línea trazada en *Barreto* puede computarse, por ejemplo, el siguiente tándem de causas:[40] *Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios*,[41] de 18 de abril de 2006, en el que se excluyó la competencia originaria de la Corte en las causas en que se pretende imputar responsabilidad patrimonial a una provincia por los daños y perjuicios sufridos por la actuación u omisión de los órganos estatales en el ejercicio imperativo de sus funciones administrativas, legislativas o jurisdiccionales, en tanto se trata de materia cuya regulación corres-

---

[37] Causa B.2303.XL. El fallo exhibe el voto coincidente de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

[38] *Fallos*, 315:2309.

Los posicionamientos de los votantes de la Corte en su integración de entonces fueron los siguientes: la mayoría quedó compuesta por los ministros Cavagna Martínez, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Nazareno, mientras que en disidencia conjunta se expidieron los doctores Levene (h.), Fayt y Barra.

El estándar elaborado en *De Gandia* indicaba que a los efectos de la competencia originaria de la Corte Suprema, en los casos en que una provincia era parte, cuando la acción se apoyaba en normas de derecho común y se perseguía la indemnización de los daños derivados de la presunta falta de servicio de un órgano del Poder Judicial de la provincia demandada, correspondía atribuirle carácter civil al pleito. Aclaraba además que, aun cuando para resolver la materia civil de la causa resultara necesario enjuiciar de modo incidental o previo cuestiones de derecho público local, la consideración de estas cuestiones no tenía por fin revisar actos locales, sino apreciar su incidencia en la solución de la causa civil.

[39] *Boletín Oficial* de 7 de febrero de 1958.

[40] Al igual que *Barreto*, los dos fallos que se nombrarán llevan las f irmas concordantes de los doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

[41] Causa C.4500.XLI.

ponde al campo del derecho público local y de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de acuerdo con lo establecido en los artículos 121 y concordantes de la CN (considerando 3.º), y *Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios*,[42] de 9 de mayo de 2006, proceso en el que la incompetencia originaria se declaró en razón de que la demanda perseguía una indemnización por al accionar irregular en que habría incurrido la provincia accionada al realizar deficientemente una obra pública que produjo efectos perjudiciales en un inmueble de propiedad de la actora, por lo que se trataba de un daño atribuido a la actuación de la provincia como poder público, en ejercicio de funciones estatales que le son propias, materia en cuya regulación —subrayó el Máximo Tribunal— conserva una soberanía absoluta que ejerce con arreglo al derecho público local (considerando 5.º).

2.3.2.2. Un criterio sui géneris forjado en una importante causa relativa a la materia ambiental

A ese criterio se le dio forma en el primero de los pronunciamientos emitido en un resonante caso *Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros.*[43] La resolución se dictó el 20 de junio de 2006 y, como es sabido, se refiere a la problemática de la contaminación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo.[44]

En él se declaró la *incompetencia originaria* del tribunal en razón de la distinta vecindad o de extranjería —artículo 117 de la CN— frente a reclamos resarcitorios dirigidos contra la nación, un Estado provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos

---

[42] Causa Z.110.XL.

[43] Causa M.1569.XL. Formaron la mayoría del tribunal los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay. A su tiempo, por su voto se expidió el doctor Fayt.

[44] Con posterioridad se dictaron otros resolutorios que conforman la saga *Mendoza*, de acuerdo con el detalle que sigue: de 24 de agosto de 2006, en el que la Corte admitió que el defensor del Pueblo de la Nación actúe como tercero en el proceso, aunque rechazó la pretensión de aquel en punto a que se ampliara la acción respecto de varios municipios bonaerenses; de 30 de agosto de 2006, en el que frente a la presentación como terceros de varias asociaciones y fundaciones (artículo 30 de la ley 25675) que solicitaron se condenara al Estado nacional, a la provincia de Buenos Aires y al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a varias empresas privadas, para que llevaran a cabo acciones necesarias para el inmediato cese de la actividad contaminante y la recomposición del daño ambiental colectivo, el tribunal admitió la participación de cuatro entidades cuyos objetos están relacionados con la protección del medio ambiente, y la rechazó respecto de las restantes; de 23 de febrero de 2007, por el que se ordena la intervención de la Universidad de Buenos Aires como perito en la causa, y de 20 de marzo de 2007, en el que admite la participación de la asociación de derechos humanos que solicitó ser tenida por tercero y rechazó la petición de varias personas que son actoras en otra causa en la cual impetraron una medida cautelar innovativa y autónoma ante la contaminación que padecen, determinando además el tribunal que en lo sucesivo serían rechazadas todas las presentaciones por las cuales pretendan incorporarse terceros al proceso, al estar ya suficientemente representada la condición de afectados y/o interesados en cuanto al daño colectivo.

Aires y ciertas empresas, *por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente* —en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la mencionada cuenca—, al no verificarse el recaudo de *causa civil* exigido por el aludido artículo 24, inciso 1.º, del decreto-ley 1285/58.

Pero, paralelamente, *habilitó aquella modalidad competencial originaria* en relación con la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y *resarcir un daño de incidencia colectiva* —a causa del vertido de dicho tipo de residuos en el curso de la aludida cuenca— frente al carácter federal de la materia en debate —artículo 7 de la ley 25675[45]—, al haberse demandado conjuntamente, entre otros sujetos, a la nación y a un Estado provincial.

Dicho de modo condensado: por un lado, declaró su *incompetencia originaria* para conocer de la demanda por el resarcimiento de los *daños y perjuicios individuales* y, por el otro, fijó su *competencia originaria en relación con las* pretensiones concernientes a *la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo*.

2.3.2. Balance

En síntesis, las rutas transitadas en materia de *control de constitucionalidad*, que entre diversos aspectos involucra la utilización de variantes *atípicas* de sentencias, la modulación de los efectos del control de constitucionalidad y/o la generación de relaciones dialógicas con otros poderes de los Estados nacional o provinciales (*Itzcovich, Verbitsky, Badaro* y —como veremos— *Rosza*), al animarse a interpretar algunas facultades atribuidas constitucionalmente a los poderes Legislativo o Ejecutivo avanzando laudablemente sobre cuestiones otrora no justiciables —*political questions*— (*Bussi* y *Mazzeo*) e incluso al "evitar" concretar el contralor de constitucionalidad dado el tiempo transcurrido hasta el momento de dictar los fallos en causas de enorme trascendencia institucional y en función de una interpretación previsora de las consecuencias e implicaciones que al sistema provocaría ejercer tal contralor (*Massa* y *Rinaldi*), o ya al diseñar un *estándar más exigente para habilitar su competencia originaria* (*Barreto* y *Mendoza I*), son muestras que simbolizan la tendencia de la Corte a enfatizar su rol institucional y dosificar sus fuerzas para concentrarlas básicamente en el tratamiento de cuestiones de real magnitud constitucional.

Naturalmente, se trata de señales no precisamente subliminales de su decisión de consolidarse —al menos desde el ámbito material— como un tribunal constitucional.

---

[45] Se trata de la Ley General del Ambiente, publicada el 28 de noviembre de 2002.

2.4. Algunas acordadas del tribunal

La mencionada tendencia no se agota en las sentencias de la Corte Suprema, sino que también queda plasmada en algunas importantes acordadas. Ejemplificativamente, pueden mencionarse las siguientes:

2.4.1. N.º 28/04, de 14 de julio de 2004

En ella autorizó, sin ley genérica que instaure la figura, la intervención de *amici curiae* en procesos judiciales correspondientes a su competencia originaria o apelada en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general.[46]

2.4.2. N.º 17/05, de 2 de agosto de 2005

Por su intermedio dispuso asignar a su Secretaría Judicial N.º 6 el trámite de las causas concernientes a su competencia apelada, en las cuales se pusieran en juego, de manera directa, inmediata y trascendente, la interpretación y la aplicación del derecho de los derechos humanos, catalogando de "hito mayúsculo" al *reconocimiento de jerarquía constitucional de los mayores instrumentos internacionales de derechos humanos*, además de enfatizar que *la prescindencia de las normas internacionales por los órganos estatales —incluidos los de carácter jurisdiccional— puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino*.

2.4.3. N.º 04/07, de 16 de marzo de 2007

Esta reglamenta los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquel, fundándose en que, con particular referencia a los libelos de que se trata, "justifica la sistematización que se lleva a cabo como un provechoso instrumento para permitir a los justiciables el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, condicionan el ejercicio de la *jurisdicción constitucional que este Tribunal ha considerado como eminente*" (énfasis añadido).

---

[46] Sobre el tema, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en "El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 15-50, en esp. pp. 29-44.

3. Diversas cuestiones de interés que surgen de la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *Rosza* y cuya importancia excede el caso puntual

3.1. Preliminar

Utilizando como caso testigo el pronunciamiento del caso *Rosza*, analizaremos una serie de cuestiones relevantes que surgen de él pero que, paralelamente y con valencia exógena, lo exceden al desnudar distintos aspectos que progresivamente la Corte Suprema va delineando como estándares de doctrina judicial en materia de jurisdicción constitucional.

3.2. El fallo

Para contextuar la referencia que emprenderemos, vale recordar a modo de síntesis del esquema jurídico-fáctico del caso *Rosza*, que:

- El Tribunal Oral en lo Criminal N.º 9 de la Capital Federal determinó que eran nulas diversas resoluciones adoptadas por un juez subrogante designado en mérito al régimen de subrogaciones dispuesto por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación, y decidió paralelamente que los actuados debían ser enviados a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional para que sortease un juez "designado de acuerdo a la Constitución, que habrá de conocer en ella". Pese a ello, y de conformidad con lo dispuesto en la acordada 7/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió no hacer efectivo el envío y, en consecuencia, suspendió la tramitación de las actuaciones hasta que se agotaran las vías recursivas ordinarias y extraordinarias procedentes y se decidiera en forma definitiva.
- Contra tal resolución se alzó el representante del Ministerio Público, recurso que fue acogido por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, la que, luego de declarar que el aludido régimen de subrogaciones es constitucional, anuló la sentencia apelada y devolvió las actuaciones al tribunal oral para que continuara la tramitación de la causa.
- La decisión fue resistida por el abogado defensor particular del querellado Rosza, quien planteó recurso extraordinario, el cual fue acogido por la Corte Suprema, la que revocó parcialmente y por mayoría la sentencia apelada, determinando la inconstitucionalidad de la impugnada resolución del Consejo de la Magistratura, mas confirmando la declaración de validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen tildado de inconstitucional. Además, en virtud de tal criterio, y con efecto exógeno, decidió mantener en el ejercicio de sus

> cargos a quienes hubieran sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encuentran vacantes hasta que cesaran las razones que originaron su nombramiento o hasta que fueran reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que debería dictarse en el plazo máximo de un año. También dispuso poner la sentencia en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, del Congreso y del Consejo de la Magistratura.

Los posicionamientos de los integrantes del tribunal fueron los siguientes: la mayoría quedó conformada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda. Concurrentemente votó el magistrado Fayt y, por último y en disidencia conjunta, se pronunciaron los doctores Zaffaroni y Argibay.

Separándose de sus colegas, estos dos últimos magistrados consideraron prudente desechar la inconstitucionalidad del sistema de subrogancias y propiciar, en cambio, un escrutinio riguroso por los tribunales de alzada sobre el desempeño de los jueces subrogantes, a fin de que refuercen el control sobre sus decisiones en los casos en que puedan configurarse perturbaciones a la independencia con que debe funcionar el Poder Judicial (considerando 6.º). Por su parte, argumentaron que el soporte legislativo de la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura, es decir, el artículo 7, inciso 15, de la ley 24937 —texto según ley 25876—, había sido derogado por la ley 26080, con lo que se generó un vacío legislativo que quitó sustento legal a la competencia otorgada al Consejo de la Magistratura en cuyo ejercicio este aprobó el régimen de subrogancias (considerando 8.º). En definitiva, postulaban la confirmación de la sentencia apelada y la comunicación al presidente de la República, el Congreso de la Nación y el Consejo de la Magistratura, pues consideraban "impostergable y de suma urgencia" *(ídem* considerando) que el Congreso estableciera el marco legal bajo el cual habría de funcionar en lo sucesivo el sistema de subrogancias.

3.3. Acerca de los casos difíciles

Es innegable que el caso que la Corte afrontó en *Rosza* era controversial y, entre los diversos puntos conflictivos que exhibía, ponía al Tribunal en aprietos para seleccionar qué camino adoptar a fin de superar una situación dilemática, siempre que (contrariamente a lo postulado por los dos ministros discrepantes) se decantara por la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones según resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura.

En efecto, de un lado, podía disponer la anticonstitucionalidad con nulidad de aquel régimen subrogatorio —con efecto retroactivo— y, así, dejar sin efecto la designación del juez que entendió en la causa en cuestión y mantener la declaración nulificatoria de su accionar en dicho proceso; criterio este con potencialidad extensiva a todos los procesos tramitados por jueces suplentes. O, por la senda contraria, podía

efectivizar tal fiscalización constitucional mas con efectos *pro futuro*, admitiendo la validez de los nombramientos efectuados bajo aquel sistema y de las actuaciones practicadas y que se realizaran hasta el cese de las razones que originaron sus designaciones o bien su reemplazo o ratificación mediante un procedimiento constitucionalmente válido.

Naturalmente, en el terreno de discusión estaban involucrados ingredientes de alta sensibilidad, como, por citar solo algunos, la garantía del juez natural o la prefiguración de las consecuencias que podría aparejar establecer una interpretación que condujera a dejar sin efecto las múltiples actuaciones procesales de los magistrados subrogantes. Consciente del problema, y a pesar de anticipar que la sentencia apelada no era definitiva —puesto que no impedía la prosecución del proceso, ni se pronunciaba de modo final sobre el fondo del asunto— la consideró equiparable a tal para habilitar la vía extraordinaria, ya que de los antecedentes de la causa surgía que la *garantía del juez natural* se encontraba tan severamente cuestionada que el problema exigía una consideración inmediata, y estimó el Tribunal que el caso que resolvía era la única oportunidad para la tutela adecuada de aquella garantía[47] (considerando 4.º de la mayoría).

Sin duda, la Corte estaba ante un *caso difícil*, si se usara referencialmente la identificación categorial que en la teoría del derecho contemporáneo emplean algunos autores, principalmente por influencia de Dworkin,[48] aunque, claro está, no de forma unívoca. En palabras de Atienza, el *caso difícil* presupone una contraposición entre principios o valores que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo.[49]

En efecto, si se decantaba por la solución que finalmente adoptó, se exponía a críticas tales como la de Edwards, quien juzga contradictoria la tacha de inconstitucionalidad del citado reglamento de subrogancias del Consejo de la Magistratura y la paralela conservación de la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces

---

[47] Citó como antecedentes al respecto los precedentes registrados en *Fallos*, 316:826; 328:1491, entre otros.

[48] No es precisamente esta la ocasión para extendernos en el tema. Baste solo recordar aquí el interesantísimo y profundo debate en torno a la solución de los "casos difíciles" entre H. L. A. Hart (véase *The Concept of Law*, 1.ª ed., 1961, y 2.ª ed., 1994, con su *postscript*) y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin (autor de las obras *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle* y *Law's Empire*).

[49] Cf. Manuel Atienza: "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Rodolfo Vázquez (compilador): *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 1.ª ed., 3.ª reimp., México: Fontamara, 2003, p. 197.

Es muy interesante el análisis que el autor citado efectúa en torno a los "casos trágicos", esto es, un tipo de caso difícil que se presenta como un verdadero dilema, donde cualquiera sea la respuesta que se seleccione no cabría encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (ib*ídem*, pp. 194, 195, 196, 198 y otras).

subrogantes, censurándola por omitir analizar la nulidad genérica y absoluta que ello provoca en el proceso penal.[50]

A su tiempo, si recurría a la opción contraria declarando la inconstitucionalidad del sistema de subrogancias *ex tunc* o con efecto retroactivo y haciendo caer todas las actuaciones de los jueces suplentes, podría ser cuestionada por provocar un caos institucional, paralizar u obstruir en buena medida la administración de justicia, retrogradar múltiples procesos, comprometer la seguridad jurídica, mostrarse desconectada de la realidad o desentenderse imprudentemente de las consecuencias jurídicas, políticas e institucionales que una decisión de tal magnitud podía desencadenar.

Como queda comprobado, el caso era complejo y dilemático, con principios y valores diversos en situación de confluencia conflictiva, como distintas eran las respuestas que la Corte podía articular en función del modo como leyera la base fáctica particular de la causa, se posicionara ante la situación general en que aquella estaba inmersa y evaluara previsora y equilibradamente los efectos derivables de la opción que finalmente se decidiera a escoger.

3.4. Neoconstitucionalismo y ponderación de valores y principios

En el fallo queda descrito el panorama fáctico-jurídico que afrontaba el tribunal y al descubierto la línea argumentativa que optó por trazar, en la que, utilizando la ponderación de principios y valores en conflicto y la prefiguración de las consecuencias del temperamento por adoptar, delineó una solución que no rehuyó el control de constitucionalidad del señalado reglamento de subrogancias, pero moduló cronológicamente los efectos de tal decisión fijándolos *pro futuro*, manteniendo provisoriamente a los jueces suplentes en sus cargos (sin que ellos pudieran continuar en funciones por más de un año) y, paralelamente, ofreciendo margen temporal para que los órganos y poderes estatales competentes establecieran un sistema definitivo sobre la materia.

Como es de sobra conocido, íntimamente ligado al Estado constitucional, el neoconstitucionalismo (fenómeno polisémico[51] que, por lo mismo, ha llevado a la doctrina a preguntarse si es solo uno o en realidad existen varios neoconstitucionalismos) ha modificado, *inter alia*, el marco teórico del derecho constitucional. Así dio origen —en cuanto a lo que aquí interesa— a una nueva dogmática constitucional caracterizada por la *complejización* del derecho, el que también se tornó menos previsible, permitiendo que en el terreno de la interpretación constitucional gane espacio

---

[50] Carlos Enrique Edwards: "La inconstitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes en el proceso penal", en *La Ley*, Buenos Aires, 6 de junio de 2007, p. 8.

[51] Véase sobre el punto Víctor Bazán, por ejemplo, "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Tema central: "Teoría constitucional do Direito", n.º 7, vol. 2, ene.-jun. 2006, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, pp. 280-303.

la nombrada técnica de *ponderación* de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados, sobre la —hasta entonces— cuasiexclusiva labor de subsunción a la que los jueces estaban principalmente ceñidos.

Cumple aquí recordar que la ponderación (*bilanciamento* o *balancing*), indisociablemente unida al principio de razonabilidad, es un método apropiado para formular un "enunciado de preferencia condicionada"[52] o trazar una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta distinta en otro supuesto.[53]

Tampoco está de más subrayar que la teoría de la argumentación viene a prestar un importante servicio a la judicatura al convertirse en un elemento relevante de la interpretación constitucional, justamente porque —como acota Barroso— existen hipótesis (por ejemplo, ante cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados) en las que el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo donde el magistrado debe demostrar racionalmente que la solución propuesta es la que realiza más adecuadamente la voluntad constitucional.[54]

En ese sentido, Prieto Sanchís puntualiza que en el ámbito descrito se reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida.[55] A juicio del autor citado, los rasgos salientes de la nueva teoría del derecho, que encarna el neoconstitucionalismo, son: omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica alrededor de un puñado

---

[52] Luis Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2003, p. 142.

[53] No debe omitirse tener en cuenta, sin embargo, la utilidad que específicamente en el ámbito de los derechos fundamentales puede reportar como enfoque interpretativo de estos su *armonización o ajuste* dentro del sistema general de derechos, tal como postula Nogueira Alcalá, para resguardar la unidad de dicho sistema que tenga como puntos de partida y llegada la integridad y unidad de la persona humana y de la dignidad inherente a ella (Humberto Nogueira Alcalá: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de* derechos, Santiago de Chile: Librotecnia, 2006, pp. 371-372).

[54] Luís Roberto Barroso: "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", en AA. VV., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2003, p. 86.

[55] Prieto Sanchís: o. cit., p. 157.

de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.[56]

Las características que singularizaban la situación afrontada por la Corte en *Rosza*, configuradoras de un *hard case*, exigían un desarrollo argumentativo no lineal o simplista, sino uno prudente y que balanceara los principios y valores en juego, que intentara prever el posible curso de los efectos de la decisión a la que conducía y que trasuntara la asunción por el tribunal actuante de la conciencia valorativa del momento histórico que le toca vivir y protagonizar.[57]

Desde ese enfoque, y más allá de que cualquiera fuera la solución que se adoptara, esta ofrecería flancos pasibles de crítica; la decisión escogida aparece pragmática y jurídicamente sustentable, consustanciada con la misión institucional reivindicada por el Tribunal, consistente con las particularidades de la causa individual que dirimía aunque originando una construcción jurisprudencial con fuerza normativa general operable en el universo de casos en que aquella se inscribía, y direccionada a alejar los riesgos que —según alertaba— una respuesta nulificante retroactiva podía acarrear.

3.5. Sobre la interpretación constitucional previsora

El tribunal dejó en claro que la declaración de inconstitucionalidad del sistema de subrogaciones diagramado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura, en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscrito a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura —considerando 19 de la mayoría—) y no de los tres órganos de poder del Estado (en el caso, el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación —considerando 14 del voto triunfante—),[58] "no implica en modo alguno cuestionar el funcionamiento y eficacia de las actuaciones que se hubieren iniciado o se hallaren aún en trámite bajo el sistema de subrogaciones, aquí tachado

---

[56] *Ibídem*, pp. 131-132.

[57] Respecto de las consideraciones contenidas en la última parte del párrafo, véase Jaime Cárdenas Gracia, "Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador): *Interpretación constitucional*, t. I, México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2005, pp. 261-279, en esp. pp. 278-279.

[58] Es igualmente insoslayable, a los efectos de ponderar la inconstitucionalidad del sistema, el dato fáctico relevado por el tribunal en punto a la significativa cantidad de designaciones que tuvieron lugar bajo el régimen impugnado, que llega *aproximadamente al 20% de la judicatura*; situación que "pone de manifiesto que el carácter extraordinario del sistema de reemplazos se ha visto claramente desvirtuado, convirtiéndose en regla la excepción, lo cual conlleva una clara afectación del desarrollo regular de la administración de justicia" (considerando 17 del voto triunfante).

de inconstitucional. *Elementales razones de seguridad jurídica obligan a rechazar cualquier inteligencia que admitiese la negación de las consecuencias derivadas de la aplicación del régimen de subrogaciones, cuya génesis debe ubicarse en una situación de extrema necesidad susceptible, eventualmente, de obstruir, o más aún paralizar, la administración de justicia* […]" —énfasis añadido— (considerando 20 de la moción mayoritaria), y que, por ello, con una finalidad eminentemente práctica y en el ámbito de la superintendencia que ejerce el tribunal fue oportunamente admitido aquel régimen en forma provisoria por medio de la acordada n.º 7/2005, dictada el 24 de febrero de 2005.

Agregó que decisiones con las repercusiones del caso examinado *no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarían de ella*, lo que le exigía —en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia—, establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarían en el tiempo, objetivo para cuya satisfacción estimó "imprescindible" admitir la validez de las designaciones de jueces subrogantes llevadas a cabo hasta el momento del dictado del fallo, así como la de las actuaciones procesales por ellos ya practicadas y de las que practiquen hasta que cesaren las razones que originaron su nombramiento o fueran reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido (cf. considerando 22 de la mayoría).[59]

Sobre el asunto que se aborda, vale evocar, *mutatis mutandi*, que García de Enterría se refiere a la necesidad de que el juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (*id est*, políticas) de la decisión que está llamado a dictar, en tanto la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y sus criterios de fondo.[60] Reenvía a Bachof, quien afirma que cuando las sentencias (con efectos vinculantes generales o fuerza de ley) son "políticamente inexactas o falsas (en el sentido de que desbaratan

---

[59] En el considerando 6.º del voto mayoritario, en apreciaciones que resultan útiles para comprobar que la Corte ya anunciaba tener en claro la enorme magnitud del problema que enfrentaba y sus potenciales derivaciones institucionales, aclaró que procedió a dictar la aludida acordada 7/2005 al tomar conocimiento de la existencia de pronunciamientos judiciales —de similar tenor al que originó el caso *Rosza*— que, sobre la base de considerar incons titucional la reglamentación emanada del Consejo de la Magistratura, declararon la nulidad de parte o todo lo actuado por jueces subrogantes. Añadió que en la acordada en cuestión tuvo en cuenta que, "*dada la significativa cantidad de designaciones llevadas a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros, especialmente, en el ámbito penal, tales nulidades podían incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas para la salud de la República. Destacó, asimismo, que esas consecuencias no se traducirían solo en impunidad o riesgo de tal en delitos de suma gravedad, sino también en violación de garantías respecto de las personas que hubiesen sido absueltas o sobreseídas…*" (énfasis agregado).

[60] Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, reimpr., 1991, pp. 179-180.

las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera", por lo que, "más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las *consecuencias* —y las frecuentemente consecuencias políticas— de sus sentencias"[61] (remarcado del original).

Convergentemente, Sagüés afirma que el operador-intérprete de la Constitución maneja normas, pero también conductas y valores, y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico, puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico; sintetiza luego su conclusión, subrayando que la interpretación de la norma (y —agregamos— la propia actividad del tribunal), para ser axiológicamente correcta, debe ser *previsora* y no imprevisora, temeraria o imprudente, debiendo auscultar las consecuencias y los resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social en que su tarea se desenvuelve.[62]

Desde ese plano, y como someramente anunciábamos, subyace una impronta de control de razonabilidad en el proceso interpretativo que elaboró el tribunal, que incluye la prefiguración de las consecuencias del fallo adoptado, por cuyo conducto intenta, por ejemplo y según dice, evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia, establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarían en el tiempo e impedir la retrogradación del proceso (*vide* considerando 22 de la mayoría), por lo que el criterio sentado no privaría de validez a los actos procesales cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor[63] (considerando 21 del voto triunfante), en tanto "la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar"[64] (*ídem* considerando).

Ello empalma con lo afirmado por Lorenzetti, quien en plan doctrinario ha destacado que la decisión judicial obtenida por medio de la deducción debe ser *controlada mediante el análisis de las consecuencias*, pasando luego —ya en el marco del *consecuencialismo* en la interpretación constitucional— a reenviar a una premisa

---

[61] Otto Bachof: "Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik", publicado en la recopilación a cargo de Peter Häberle: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.; aludido por García de Enterría: o. cit., p. 180.

[62] Néstor P. Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires: Depalma, 1998, pp. 114, 115, 122 y 127.

[63] Temperamento ya adoptado por la Corte Suprema en *Barry, María E. c/ ANSeS*, de 10 de octubre de 1996 (*Fallos*, 319:2151 y sus citas) y posteriormente en la señalada causa *Itzcovich*.

[64] Conforme lo indicara el tribunal también en *Tellez, María E. c/ Bagala S.A.*, de 15 de abril de 1986 (*Fallos*, 308:552).

consagrada por la Corte Suprema (que hoy preside) en punto a que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada *es la consideración de sus consecuencias*.[65]

3.6. El recurso a las sentencias atípicas

3.6.1. En torno a la insuficiencia actual del paradigma kelseniano

La insuficiencia del paradigma kelseniano del *legislador negativo* para responder a las crecientemente complejas funciones y operaciones que el Estado constitucional demanda a los órganos de justicia constitucional (modelo, el de Kelsen, que en su versión original diagramaba una suerte de molde habitado por la alternativa que alimenta las opciones, obviamente binómicas, entre constitucionalidad —rechazo— e inconstitucionalidad —admisión—), explica la circunstancia empíricamente constatable de la tendencia de la magistratura constitucional a superar semejante corsé adjudicado primigeniamente, para moverse hacia posiciones teñidas de cierto activismo y, así, acudir a diversas formulaciones sentenciales que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los planos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

Con ese telón de fondo, básicamente en Europa (por ejemplo, en los tribunales constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con irradiaciones hacia nuestro continente (verbigracia, en la Corte Constitucional de Colombia, los tribunales constitucionales de Perú, Chile y Bolivia y las salas constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue plasmándose la construcción jurisprudencial de *sentencias atípicas o intermedias* pronunciadas por la jurisdicción constitucional, que reconocen una raíz primordialmente pragmática.

Estas vienen a ubicarse en el espacio existente entre los dos anunciados extremos *tradicionales* y originariamente *solitarios* del segmento de posibilidades decisorias de la jurisdicción constitucional: constitucionalidad (rechazo) e inconstitucionalidad (acogimiento) puras y simples, y en no pocas ocasiones logran quebrar la automaticidad de la secuencia inconstitucionalidad-nulidad.

3.6.2. Interpretación conforme a la Constitución

Por cierto, no es exagerado remarcar que sobre aquellas modalidades sentenciales existen tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto. De modo muy básico puede puntualizarse que la problemática de la

---

[65] Ricardo L. Lorenzetti: *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 219 y 399.

interpretación conforme a la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana) mucho tiene que ver con el surgimiento y la proliferación de estas variantes decisorias. Siguiendo a Groppi, la idea se inscribe en el marco de la "'minimización' del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico […]. Con las sentencias interpretativas el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución".[66]

Acabamos de nombrar a las "sentencias interpretativas". Estas están estrechamente vinculadas a la *interpretación conforme* y parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende de él. Tienen actualmente un uso muy extendido en Europa (con presencia incluso en el Consejo Constitucional francés, pese a las particularidades de control previo de constitucionalidad que exhibe) y también en América, y reconocen una génesis no muy reciente. Según detalla Garrorena Morales, con apoyo en ciertas decisiones del Tribunal Federal suizo y en la jurisprudencia norteamericana, el Tribunal Constitucional alemán en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1953, haciendo propia la argumentación de una resolución anterior del Tribunal Constitucional de Baviera (de 13 de febrero de 1952) por la que este justificaba el recurso a la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung*, dejó establecida hacia adelante la legitimidad de tal tipo de pronunciamientos.[67]

Esquematizados brevemente algunos lineamientos sobre el particular, y sin pretender sumar un ingrediente más a las discrepancias clasificatorias de la doctrina, solo mencionaremos ilustrativamente que, dentro de la categorización de las *interpretativas*, existen por ejemplo las sentencias *manipulativas*, que a su vez, pueden ser *sustitutivas*, *reductoras* o *aditivas*. Las primeras *sustituyen* una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado por otra que claramente no se deduce de él, pero que resulta acorde con la Constitución; las *reductoras* suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual, y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*, y las "aditivas", que suponen aceptar la inconstitucionalidad por omisión, consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a

---

[66] Tania Groppi: "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador): *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, 4.ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México: Porrúa, 2003, p. 355.

[67] Garrorena Morales: o. cit., pp. 1843-1844.

la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*.[68]

Dentro de este recorrido meramente enunciativo, no podríamos dejar de mencionar las sentencias que modulan sus efectos, y que en general suponen una interacción entre el tribunal o corte constitucional con el Poder Legislativo y/o con la magistratura ordinaria (de allí que también se las denomine *sentencias bilaterales* o *multilaterales* si involucran a otro u otros órganos públicos además del Congreso). Entre ellas podemos mencionar las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad o de inconstitucionalidad simple; las sentencias apelatorias; 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; las sentencias exhortativas y las *sentencias aditivas de principio* o las *sentencias-delegación.*[69]

3.6.3. La disociación de la automaticidad operativa del binomio inconstitucionalidad-nulidad

Para desarrollar algunos de los aspectos enunciados precedentemente, se aprecia que —como anunciábamos— en Europa no es precisamente infrecuente la práctica de la jurisdicción constitucional de *disociar la inconstitucionalidad y la nulidad.*

Por caso, el Tribunal Constitucional Federal alemán dicta las llamadas sentencias de *mera inconstitucionalidad* o de *inconstitucionalidad simple,* que si bien declaran la incompatibilidad de la ley con la Constitución, no provocan la nulidad de la norma impugnada o su inmediata expulsión del sistema. En sentido similar, la praxis del Tribunal Constitucional español exhibe desde hace tiempo la ruptura de aquella relación secuencial (inconstitucionalidad-nulidad) —por ejemplo, la STC 45/1989, de 20 de febrero—, abriendo una brecha para aplazar temporalmente la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad o emitir pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad.

Con algún grado de proximidad con ello, aunque ya con basamento habilitante en su Norma de Base, el artículo 140.5 de la Constitución austríaca brinda al Tribunal Constitucional la posibilidad de retrasar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad e invalidez de la ley por un plazo máximo de dieciocho meses, dando así posibilidad al legislador para reconfigurar la norma controlada adaptándola a los parámetros fijados por el órgano de cierre de la justicia constitucional.

---

[68] Cf. Marina Gascón Abellán: voz "Interpretación conforme (con la Constitución)", en Miguel Carbonell (coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, p. 318.

[69] Ver al respecto, *mutatis mutandi*, 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, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 85-86.

A su tiempo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos exhibe en su repertorio jurisprudencial las llamadas *sentencias prospectivas*, que, naturalmente, sin eficacia retroactiva, producen efectos *pro futuro* y en ellas queda fijado el plazo en que eso ocurrirá. Al respecto, García de Enterría individualiza como punto de partida de tal modalidad sentencial en la jurisprudencia norteamericana la pronunciada en *Linkletter v. Walker*, de 1965,[70] "que rompe conscientemente con el '*principle of absolute retroactivity invalidity*', por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia; con ello se pretende '*the purpose to be served by the new standards*'"[71] (el propósito de servirse de los nuevos estándares).

3.6.4. La aticipidad de la sentencia dictada por la Corte Suprema en Rosza

Extrapolando elementos de tales experiencias jurisprudenciales foráneas a la sentencia recaída en *Rosza*, y partiendo de la premisa precedentemente indicada en punto a que nuestra Corte Suprema busca asimilarse, al menos desde el plano material, a un tribunal constitucional, puede predicarse que en *Rosza* ha acudido a una sentencia de *mera inconstitucionalidad* con efectos *pro f uturo* para dar espacio (político, jurídico y temporal) a que los poderes Legislativo y Ejecutivo modelen una normativa definitiva sobre tan sensible cuestión. Así, declaró la anticonstitucionalidad del sistema de subrogancias generado por el Consejo de la Magistratura y, en paralelo, moduló las consecuencias cronológicas de tal decisión determinando *que en ningún caso los subrogantes podrían continuar en funciones más allá del término de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia, lapso durante el cual el Congreso y el Poder Ejecutivo —en ejercicio de sus funciones— procederían a establecer un sistema definitivo sobre la materia con estricta observancia de los parámetros constitucionales examinados en el fallo.*

Mutatis mutandi, y en referencia al contexto español, Viver Pi-Sunyer ha afirmado que, más allá de purismos dogmáticos, la posibilidad de modular los efectos de la nulidad, lejos de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad, en la práctica lo refuerza, ya que permite que el tribunal actúe con mayor libertad al poder cohonestar la declaración de inconstitucionalidad, cuando esta es necesaria, con la ponderación, no menos necesaria y siempre presente, de las consecuencias prácticas que sobre otros bienes constitucionalmente protegidos puede producir una declaración de nulidad sin modulaciones temporales.[72]

---

[70] 381 U. S. 618 (1965).

[71] García de Enterría: o. cit., p. 181, nota 124.

[72] Carles Viver Pi-Sunyer, en Eduardo Espín Templado et al.: *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra: Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 94.

Por nuestra parte, desde hace más de una década venimos postulando la conveniencia de que la Corte Suprema argentina se anime a explorar nuevos y tal vez incómodos espacios en materia de control de constitucionalidad, entre los cuales incluíamos al de las omisiones legislativas inconstitucionales, para cuya corrección propiciábamos la búsqueda por el máximo tribunal de nuevas modalidades sentenciales acuñadas en el derecho y la jurisprudencia comparados,[73] adaptándolas a nuestra cultura e idiosincrasia jurídicas.

Dentro del abanico de posibilidades al alcance de la Corte, puede incluirse a las citadas sentencias intermedias, ya unilaterales —por caso, las aditivas—, ya bilaterales —por ejemplo, las decisiones para dar tiempo a la intervención correctiva del legislador y salvar así la situación contraria a la Constitución que la normativa impugnada genera—. Incluso, hasta planteábamos el problema normativo vinculado con el pronóstico o la prognosis, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habían sufrido el desgaste o el desfase como consecuencia de circunstancias sobrevivientes y así devinieron anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas, y nos preguntábamos si tal situación (caracterizada por la falta de actualización de aquellas por el legislador) era idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional.

Pese a algunas críticas doctrinarias que la sentencia dispensada en *Rosza* ha despertado (y que por cierto son inevitables, pues el caso es controversial), puede añadirse que, con empuje activista y de manera sostenida fundamentalmente a partir de su nueva integración, el tribunal viene atreviéndose a incursionar en nuevas técnicas decisorias y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad (por ejemplo, en *Itzcovich* o en *Badaro*), dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos elementos e ingredientes para configurar una sistemática vernácula de opciones sentenciales *atípicas.*

Naturalmente, y antes de cerrar esta contribución, no puede dejar de advertirse que es fundamental que la labor que al respecto impulse la Corte no sea planteada (ni entendida) en términos confrontativos, sino de diálogo y colaboración con los restantes poderes del Estado, y que esta se conduzca con tono innovador si las circunstancias lo exigen, pero siempre guiada por un activismo prudente que, sin abdicar de

---

[73] Más allá de algún trabajo anterior, véase por ejemplo, Víctor Bazán: "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", en la obra colectiva coordinada por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 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.

Para un trabajo más reciente sobre el particular, véase del mismo autor: "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en Miguel Carbonell (coordinador): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 91-286.

su rol institucional como cabeza de poder, correlativamente trasunte respeto por la división de poderes y la autoridad democrática del legislador.

4. Consideraciones finales

Del intento propositivo realizado pueden extraerse las observaciones finales que presentaremos a continuación. Por razones metodológicas fraccionaremos en dos partes este segmento conclusivo: en una de ellas formularemos algunas consideraciones con contornos generales, que exceden el plano de la jurisdicción constitucional argentina, y en la restante veremos cómo juegan tales premisas genéricas en el contexto de la jurisprudencia y las acordadas de la Corte Suprema de Justicia nacional y el proceso de redimensionamiento de su perfil institucional.

4.1. Apreciaciones generales

a) Aunque obvio, es preciso insistir en que el Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo contexto —y pese a cierto tinte tautológico de la afirmación que sigue— la Constitución debe ocupar u n lugar central en el sistema jurídico (junto con los respectivos instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la de la Carta Fundamental) y ostenta fuerza normativa.

El despliegue de las actividades de preservación y materialización de la magnitud normativa y la vigencia suprema de la Constitución (en pie de igualdad con los instrumentos internacionales esenciales sobre derechos humanos que enriquecen y amplían el parámetro de control de constitucionalidad) y de operativización de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho por la jurisdicción constitucional, va trazando algunas de las líneas básicas del escenario donde se mueven en creciente interacción y retroalimentación el derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos.[74]

b) Como *mutatis mutandi* mantiene Pérez Tremps, es claro que ha quedado superada la visión de la Constitución como norma meramente organizativa y, en cierto sentido, emplazada "en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material". Tal concepción fue sustituida por otra que entiende a la Ley Fundamental

---

[74] Para algunas consideraciones sobre el marco interactivo entre el derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en: "Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, t. I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 37-61, y "Derecho procesal constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina", en *La Ley - Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 27 de agosto de 2007, pp. 1-21.

como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales como en aquellos de naturaleza material y sustantiva.[75]

Convergentemente, Bidart Campos dejó puntualizado que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos,* en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana,* por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido.[76]

c) En el modelo jurídico-político del *neoconstitucionalismo* (o, si se prefiere, de los *neoconstitucionalismos*), representativo del Estado constitucional, ha variado el concepto y la magnitud de la Constitución. Como vimos, esta ha pasado a impregnar (y gobernar) el ordenamiento jurídico; se ha modificado el posicionamiento que los órganos cupulares de la jurisdicción constitucional deben asumir frente a ella; se ha tornado evidente que la Constitución es un instrumento "dialéctico", que además de reglas contiene principios y valores que pueden ser potencialmente conflictivos y que adquieren relevancia como ingredientes necesarios para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico;[77] se han multiplicado las fuentes jurídicas que la magistratura constitucional debe manejar en su tarea de interpretación de la Carta Magna y que, en no pocas ocasiones, la llevan a "crear" derecho, y ha crecido en complejidad, significado y alcance la faena de control de constitucionalidad.

d) De igual modo, se ha incrementado el nivel de exigencia del estándar impuesto a los tribunales o cortes constitucionales en la labor de argumentación de sus sentencias, principalmente de aquellas con trascendencia constitucional, como presupuesto de su propia legitimidad institucional.

Es asimismo innegable que, al demandárseles un mayor esfuerzo en la justificación racional de sus decisiones, se ven impelidos a abandonar atavismos y a recurrir a herramientas interpretativas más sofisticadas, no por *esnobismo constitucional*

---

[75] Pablo Pérez Tremps: "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", en *Foro Constitucional Iberoamericano,* n.º 2, abril-junio 2003, Madrid: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III (fuente: ‹www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm›).

[76] Germán J. Bidart Campos: "La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado social y democrático de derecho)", en Raúl Morodo y Pedro De Vega (directores): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú,* t. II, Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 729.

[77] Véase sobre este último punto Manuel Atienza: "El derecho como argumentación", en Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli: *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho,* México: Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2005, p. 72.

sino para reforzar el calibre de las posiciones jurisdiccionales que, en casos complejos, generen precedentes imbuidos de ejemplaridad en el marco del rol que ostentan como órganos de cierre de la justicia constitucional.

4.2. Observaciones específicamente vinculadas al contexto argentino

a) Ninguno de los factores y aspectos consignados en el segmento anterior resulta ajeno o inaplicable a la Corte Suprema de Justicia argentina, no solo por la incuestionable y paulatina convergencia y aproximación de los modelos difuso (del que el Máximo Tribunal nacional, al igual que su par de Estados Unidos, es exponente) y concentrado de control de constitucionalidad que exhibe el derecho comparado, sino porque aquella se muestra decidida a consolidarse definitivamente —al menos desde el ámbito material— como un tribunal constitucional.

b) Las muestras jurisprudenciales que evidencian la posición que el Alto Tribunal ha asumido en pro de enfatizar su papel institucional y racionalizar sus fuerzas y recursos para concentrarlos esencialmente en el tratamiento de cuestiones de real magnitud constitucional (sobre todo a partir de su actual composición), sin olvidar la impronta consistente con tales premisas que ha inoculado a varias de sus acordadas (n.os 28/04, 17/05 y 04/07), han seguido principalmente dos líneas.

De un lado, al marcar ciertas pautas en el ámbito del *control de constitucionalidad*, que entre numerosos aspectos incluye el empleo de variantes *atípicas* de sentencias, la modulación de los efectos del control de constitucionalidad y/o la generación de relaciones dialógicas con otros poderes de los Estados nacional o provinciales (*Itzcovich, Verbitsky, Badaro* y *Rosza*); o al animarse a interpretar algunas facultades atribuidas constitucionalmente a los poderes Legislativo o Ejecutivo avanzando sobre cuestiones *altri tempi* catalogadas como *political questions* (*Bussi* y *Mazzeo*); e incluso al acudir a la técnica de la *evitación*, de frecuente uso en el derecho norteamericano (*avoidance doctrine*), para circunvalar la tarea de contralor de constitucionalidad cuando el tiempo transcurrido hasta el momento de dictar los fallos en causas de gran relevancia institucional y en función de una interpretación previsora de las consecuencias e implicaciones que al sistema provocaría ejercer tal contralor (*Massa* y *Rinaldi*).

Y, del otro, al diseñar un *estándar más exigente para habilitar su competencia originaria* (*Barreto* y *Mendoza I*), en orden a centrarse en cuestiones constitucionalmente sustanciales.

c) Juzgamos relevante que dicho Máximo Tribunal, como cabeza del cuerpo judiciario, se anime a tender puentes interactivos con los restantes poderes del Estado, actitud que no debería ser entendida en clave confrontativa o de puja de fuerzas, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que ni soslaye la irrecusable misión de aquella en punto a preservar la vigencia normativa suprema de la Constitución (y

de los instrumentos internacionales iusfundamentales con jerarquía homóloga), ni lleve a transgredir el principio de división de poderes o la autoridad democrática del legislador.

En tal lógica, es tan importante que la Corte Suprema actúe imbuida de un *activismo prudente*, como que el Congreso y el Poder Ejecutivo asuman la crucial importancia de sus respectivos roles y actúen a la altura de las circunstancias que el Estado constitucional de derecho les impone en una sociedad democrática. Así, es preciso que todos los poderes asuman como premisa irrenunciable la de resguardar una *dialéctica institucional correcta*[78] bajo el manto de la Ley Fundamental que les resulta axiológica y jurídicamente vinculante.

---

[78] La expresión pertenece a Michele Taruffo: "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 22, abril de 2005, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México: Fontamara, p. 17.

El párrafo del que se la ha extraído dice: "el problema de los sistemas democráticos es el de crear, garantizando su funcionamiento, mecanismos de *checks and balances* capaces de detener la tendencia del poder político a someter a la magistratura y de contener al conflicto fisiológico entre los jueces y el poder dentro de los márgenes de una dialéctica institucional correcta".

Raúl Gustavo Ferreyra (Argentina)*

Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina

1. Punto de partida

El poder de reforma que se ejercita para modificar un sistema constitucional es un poder eminentemente político,[1] porque crea derecho constitucional, sometido a reglas de competencia predeterminadas. Admitiéndose que las constituciones no son eternas sino tan solo permanentes, esta ventana al futuro es abierta por el artículo 30 de la Constitución federal de la Argentina —en adelante CA o *Constitución federal*, indistintamente:

> La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

En otro trabajo he planteado y desarrollado que la CA es nave insignia del sistema jurídico, a condición de que las garantías constitucionales tengan aptitud para respaldar las pretensiones de validez enunciadas en la Ley Mayor. En ese contexto,

---

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctor de la Universidad de Buenos Aires. ‹rgferreyra@fibertel.com.ar›

[1] Respecto de la evolución de las cuestiones que han sido declaradas políticas y sustraídas al control de los tribunales de justicia, puede consultarse el riguroso y erudito estudio del maestro profesor doctor Héctor Fix Zamudio. Véase Héctor Fix Zamudio: "La justicia constitucional y la judicialización de la política", en *Constitución y constitucionalismo. Hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional de Manuel García Pelayo*, Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 559-591.

reforma y control judicial de constitucionalidad son definidas como paradigma de las garantías constitucionales.[2] No obstante —agrego ahora—, puede suceder que la reforma, en lugar de defender, sea la que ataque las disposiciones normativas originarias, porque se infrinjan los límites prefijados[3] o porque se generen contradicciones insalvables con disposiciones normativas predispuestas.

El análisis sobre el conflicto que puede suscitar la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional[4] es un problema capital del derecho constitucional, y el consecuente análisis del órgano llamado o encargado que ha de resolverlo es un "problema secundario", sencillamente, porque aunque deriva de aquel y es "segundo en orden" tiene anatomía propia. Fijar la dimensión del problema significa que se trata de una situación que no tiene un único significado o que incluye, de cualquier manera, alternativas de cualquier especie porque el carácter de indeterminación objetiva es lo que define un problema.[5]

Gráficamente:

---

[2] Véase Raúl Gustavo Ferreyra: "Poder, democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino", "Cuestiones constitucionales", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 11, julio-diciembre 2004, México: DF; en especial, pp. 94-95 y 123-130.

[3] El concepto de *límite* constitucional es una cuestión altamente discutida. En uno de los estudios más actualizados e ilustrados sobre la materia, Benito Aláez Corral sugiere que los límites serían, pues, los términos linderos dentro de los cuales debe discurrir la creación normativa constitucional jurídicamente reglada (Benito Aláez Corral: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 167).

[4] Quizá podría entenderse, no sin razón, que el cambio constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales. No obstante, rigurosamente, en esta contribución, el cambio sobre el que se teoriza es el *cambio formalizado* del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia Ley Mayor. En tales condiciones, al hablarse de reforma constitucional esta puede consistir en: a) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; b) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; c) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada (cf. Carlos Alchourrón: "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 1991, p. 301).

Por de pronto, en este marco, la teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional, por lo que queda fuera de esta justificación cualquier otra circunstancia que, como una revolución, quebrantamiento o ruptura, o una mutación, no pueden ser objeto de proyección como un "procedimiento formal de aprobación", tal como conceptúa Peter Häberle respecto de la reforma. Véase Peter Häberle: "Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania", en *Pensamiento Constitucional*, año VII, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, p. 17.

[5] Nicola Abbagnano: *Diccionario de Filosofía*, México: FCE, 1996, pp. 953-955.

Juicio sobre la constitucionalidad de la reforma de la Constitución federal de la Argentina	I. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE ACEPTAR LA PUESTA EN DUDA DE LA REFORMA POR RAZONES DE NATURALEZA PROCESAL Y/O MATERIAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y/O PROVENIENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL. II. Sobre qué órgano o sujeto ejercerá el control de la enmienda.

Problema primario	ANÁLISIS SOBRE EL CONFLICTO DE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD.
Problema secundario	Análisis de la adjudicación de la potestad de control (competencia judicial, político o cuerpo electoral)

Me limito en este trabajo, por razones de espacio, al análisis y la valoración de los aspectos sobresalientes que presenta el problema *primario*. El problema *secundario* es tratado en otro lugar, contribución[6] a la que *brevitatis causae*, se remite al lector.

2. Ejercicio del poder de reforma. Inconstitucionalidad

2.1. Es posible la inconstitucionalidad de una reforma

Habida cuenta de la imposibilidad empírica de hallar un régimen constitucional que postule su filiación autocrática, los principales problemas que afronta la teoría constitucional con relación al poder[7] constituyente no son ya sobre la titularidad. Es el ejercicio del poder constituyente el objeto principal, la fuente principal que puede suscitar problemas y lo que verdaderamente ha de inquietar al investigador, al político, al ciudadano.

Si, como se ha sostenido en otra contribución,[8] solo el poder del pueblo debe crear al derecho constitucional —que organiza al Estado pero, una vez creado, este es el único que puede disciplinarlo—, los problemas respecto del ejercicio de ese poder constituyente, creo, no tardan en saltar a la vista.

---

[6] Raúl Gustavo Ferreyra: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2007, pp. 497-595.

[7] Inteligentemente, Diego Valadés observa que en un sistema constitucional el poder debe: a) estar distribuido; b) ser regulado; c) estar limitado; d) ser accesible; e) ser predecible; f) ser eficaz; y g) estar controlado. Cada una de estas condiciones reclama niveles de equilibrio… Cuando estas condiciones se dan, procede constestar afirmativamente: es posible el control del poder. Todo poder, por ende, tiene a ser limitado, pues con los límites al poder en realidad se trata de preservar una de las características de la soberanía: solo el pueblo puede ejercer la plenitud de las funciones del poder. Véase Diego Valadés: *El control del poder*, México: Porrúa y UNAM, 2.ª ed., pp. 9, 24 y 444, 2000.

[8] Véase Ferreyra: “Poder, democracia…”, o. cit., p. 93.

¿Por qué ha de desatarse tal conflicto?

Se enuncian, en la próxima subsección, las proposiciones que se discuten en esta contribución. Son explicación anticipada.

2.2. Proposiciones capitales

Primero. La Constitución federal de la Argentina, con aciertos y errores, se ha afirmado, en el plano dogmático, como la Ley Mayor del sistema que pretende canalizar las expectativas de la sociedad para estabilizarlas y brindarles permanencia. Manteniéndome en esta posición, sostengo además que, aunque los padres fundadores diferían o no coincidían acerca de cuán democrática sería la Constitución, está fuera de duda que, más de 150 años después, la Ley Mayor —garantizando la participación libre, igual y plural de todos los ciudadanos sometidos a ella— ha juridificado la democracia.

Defender que la CA es cauce de un poder constituyente democrático, cuyo sostén implica un diálogo intergeneracional, es una proposición que sirve de marco teórico general. Añado: hay dos clases de decisiones políticas, las que alumbran el nacimiento y/o la reforma de la organización del Estado, por un lado, y las decisiones cotidianas del gobierno, por el otro. En los momentos constituyentes se debaten y adoptan cuestiones intrínsecamente políticas, porque se establece la última palabra respecto de la configuración constitucional. Consecuentemente, es un rasgo esencial del Estado argentino que en su Constitución se programen y regulen los poderes constituidos. En tales condiciones, si la Constitución es el paradigma que contiene a la autodeterminación política comunitaria, la decisión de reformarla pertenece a igual filiación porque configura también las reglas que dan origen y fundamento a los poderes constituidos.

Segundo. Sin embargo, el hecho de que la Constitución no sea eterna y se pueda modificar, parcial o totalmente, no quiere decir que carezca de límites; que el ejercicio del poder de reforma pueda desposeerse de la propia observancia de la regla democrática.

Por lo tanto, el proceso de definición de una reforma puede dar lugar a inconstitucionalidad, por quebrantamiento de la unidad del sistema previsto por la Ley Mayor, al caer en inobservancia las reglas que estipulan qué órganos se hallan facultados y/o qué actos deben cumplirse para que la modificación sea válida constitucionalmente.

Tercero. La invalidez de una reforma constitucional también puede surgir por el incumplimiento de un límite material implícito y las irradiaciones de este en la Ley Mayor. En efecto, aunque lo señalado en el apartado segundo pueda ser entendido como límite formal, que puede ser superado y modificado por una reforma posterior, y pese a que no sea de encaje muy simple pero sí razonable, las decisiones adoptadas por el poder constituyente en 1994 sobre el nuevo artículo 36 de la CA hacen que la

constitucionalización de la democracia como regla de gobierno signifique que se ha cerrado la puerta para que la democracia acabe consigo misma, por más que se cuente con el grado de consenso social con que se contare.

Cuarto. Esta posición para reconocer la posible inconstitucionalidad o patología de una reforma me parece virtuosa porque es congruente jurídico-positivamente, en el plano dogmático. Tiene como propio fundamento, la naturaleza garantista de la reforma constitucional. Si, entonces, las expectativas de las garantías de la Constitución, como la reforma, han de ser que la política sea políticamente constitucional, tales perspectivas quedarían demostradas.

Las investigaciones solamente se concentran en lo conceptual, en el mundo constitucionalmente posible a partir de las letras constitucionales. Apoyo las afirmaciones sobre la expresa normativa del poder constituyente. La invención de los límites, por supuesto, no surge a partir de la nada.

3. Significado y funciones

3.1. Significado

El emplazamiento de la regla sobre el proceso de reforma de la Constitución federal no es un accidente en la geografía de las letras constitucionales. ¿Qué quiero decir? Que al diseñarse la Constitución, la reforma fue encuadrada, estrictamente, como "garantía".[9] Frente a esta magnífica decisión, dogmáticamente no se puede permanecer indiferente. Sin ceremonias: la posición de la regla, en la geografía del texto constitucional, fuertemente, implica su significado y la ulterior comprensión de su función.

Capturada la reforma como garantía de la Constitución, el proceso de reforma debe encargarse de los movimientos extraordinarios del desarrollo constitucional. La reforma constitucional, como proceso de modificación, va derechamente dirigida a la forma y el contenido del texto de las disposiciones insertas en la Constitución federal. La reforma recibe una significación diferente de otras modalidades que puede asumir el cambio constitucional, porque, sencillamente, cambia el texto.

La Constitución federal, incluida la posibilidad de su propia reforma, genera un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Es una decisión que emana del poder del pueblo, políticamente significativa porque en todos sus planos expresa que la reunión de los ciudadanos es la que transmite legitimación sobre lo que ha de hacerse o sobre lo que debería hacerse en la comunidad estatal. Cuando una situación constitucional no puede ser resuelta a la luz de la interpretación, porque el límite infranqueable de actuación para el intérprete es, precisamente,

---

[9] Cf. arg. Primera parte, capítulo primero, "Declaraciones, derechos y garantías", de la CA.

la primacía sintáctica y semántica del texto constitucional, la reforma es movimiento idóneo para inspirar una nueva posibilidad de compresión de la situación o relación, trátese del derecho constitucional del poder o trátese del derecho constitucional de la libertad.[10]

3.2. La Constitución reformada en 1994

Por imperativo jurídico, el poder constituyente reformador que enmendó la Constitución federal en 1994 no tenía autorizado modificar la primera parte, capítulo único, de la Constitución federal. La ley 24309, que declaró necesaria la reforma parcial de la Constitución federal, estipuló la prohibición en forma bien explícita en el artículo 7.º:

> La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

La cuestión está relacionada con la interpretación general de las disposiciones contenidas en el nuevo artículo 75, inciso 22.º, y su vinculación, o no, con el proceso de reforma constitucional. Recuérdese la regla de la CA:

> […] la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre […] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional […].

Las reglas del derecho internacional de los derechos humanos que se describen en el artículo 75 inciso 22.º constitucional no han sido "incorporadas", sino que poseen "jerarquía constitucional". Integran el tejido del derecho constitucional federal argentino.[11] La narrativa expuesta se centra en distinguir, claramente, entre *raíz* y *jerarquía*. Todas las disposiciones, tanto permanentes como transitorias, de

---

[10] Véase Konrad Hesse: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: CEPC, 2.ª ed., 1992, p. 35.

[11] Germán Bidart Campos, por ejemplo, piensa que por *bloque de constitucionalidad* puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita. El bloque de constitucionalidad federal argentino, con idéntica jerarquía constitucional y en la cúspide del ordenamiento, está integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales del inciso 22.º del artículo 75. Tales tratados no forman parte del texto de la Constitución; quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con él su misma supremacía (Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires: Ediar, t. I, 1996, pp. 276, 342 y 345).

la Constitución federal poseen *raíz y jerarquía* constitucional; en tanto, el derecho internacional de los derechos humanos, descrito en el artículo 75, inciso 22.º, constitucional, estrictamente, *jerarquía.* El valiosísimo derecho descrito en el artículo 75, inciso 22.º, tiene en la propia CA su fuente de validación, la que asegura y respalda su aplicación. Y, si el análisis se ciñe a la letra constitucional, más allá de la inconveniencia jurídica y política que ocasiona, la fuente internacional, "hipotéticamente" podría ser denunciada. Dicha circunstancia la aleja de una modalidad propia para reformar la Constitución. Repárese sobre el particular cómo en la propia regla objeto aquí de comentario se dispone que "podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Se ha ampliado el ámbito de competencias del poder (constituido) Congreso. Pero, paralelamente, resultará incuestionable que el texto de la Constitución federal solamente sigue siendo reformable acudiendo al proceso dispuesto por el artículo 30 constitucional. Se encuentra prohibido reformar la Constitución por la vía de un mecanismo ajeno o distinto al preceptuado por el histórico artículo 30.[12]

Se ha dicho que el juicio sobre la coherencia con las reglas contenidas en la primera parte de la CA ya lo hizo el poder constituyente al reformar propiamente la Constitución en 1994.[13] Eventualmente, en caso de conflicto que produjese contradicción entre lo prescrito por el instrumento de jerarquía constitucional y los principios contenidos en la primera parte de la CA, y siendo imposible la compatibilización, la inderogabilidad de la primera parte de la Ley Mayor impediría la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho de la Constitución allí establecido. Hasta nuevo aviso.[14]

---

[12] En igual sentido, Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires: Ediar, t. I.A, 2000, p. 340. También en sentido análogo Gregorio Badeni: el procedimiento para la reforma constitucional está regulado en el artículo 30 CA. La disposición contenida en el artículo 75, inciso 22, por la que se asigna al Congreso la facultad de otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara no significa que existan dos mecanismos para la reforma constitucional, porque, conforme al artículo 75, inciso 22, los instrumentos sobre derechos humanos solamente pueden complementar los derechos y garantías que enuncia la Constitución, pero no derogan artículo alguno de su parte dogmática, donde precisamente están enunciadas las libertades consagradas por la Ley Fundamental. Véase también Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 2-153.

[13] Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante CSJN—, *Fallos*, 319: 3148, en especial, considerandos 20.º a 22.º (1996).

[14] Ineludiblemente, interpreto, que el derecho internacional de los derechos humanos detallado en el artículo 75, inciso 22, es estrictamente "complementario" de la CA. Su significado más profundo: elementos que se añaden a un documento (la Constitución) para hacerla más perfecta y completarla. Faltando el complemento, no habrá totalidad. Ambas disposiciones normativas, las de raíz constitucional y las de jerarquía constitucional, comparten el mismo rango, aunque las segundas, ciertamente, vienen enlazadas por una condición —no derogar regla ninguna de la primera parte de la Ley Mayor—;

Una última reflexión. El artículo 27 de la CA dispone:

> El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Si, hipotéticamente, el Congreso otorgase jerarquía constitucional a un instrumento internacional de los derechos humanos, en las condiciones prescritas por el artículo 75, inciso 22, última parte, y una disposición generase una antinomia insalvable con una disposición normativa contenida en la primera parte de la CA, debería aplicarse la regla rectora descrita en la primera parte de la Ley Mayor. Desconocer ello comportaría que la Constitución puede ser reformada por fuera del proceso previsto en el artículo 30 constitucional. Tal reforma extramuros del artículo 30 citado no es competencia permitida por el texto de la CA.

3.3. Función

La CA, tal como se la concibe en este trabajo, es un pacto y diálogo entre generaciones, por intermedio de cual se canaliza la democracia, resolviéndose de manera tangible a favor del principio mayoritario, que en su selección y ulterior ejecución jamás desposea de respeto a los derechos de las minorías. Por dicha razón, la garantía de reforma constitucional solamente puede operar en los sistemas democráticos.

La disposición normativa que regula la reforma constitucional tiene una peculiaridad: garantiza la continuidad de la regla democrática. Ciertamente, la reforma constitucional pone de manifiesto la tensión entre permanencia y cambio, pero es ella, precisamente, la llave que debería producir el desarrollo, el cultivo de la democracia.

La institución clásica encaminada a formalizar lo nuevo —señala Peter Häberle— y darle entrada directa en la Constitución es la modificación o reforma constitucional, es decir, el cambio del texto de la Constitución por intermedio de un determinado proceso que requiere, por lo común, mayorías calificadas como base de un consenso más amplio. Observa también con agudeza el profesor alemán que las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a cambios que ya han ocurrido en los hechos, pero también pueden tratar de producirlos. La distinción entre reformas de *adaptación* y de *creación* propiamente dichas permite,[15]

---

pero, insisto, esta circunstancia no importa predicar que tanto uno como el otro conjunto de disposiciones normativas no compartan el mismo nivel axiológico y normativo. En contra: Belluscio. Véase CSJN, *Fallos*, 321:885, especialmente el considerando 7 de su voto di sidente en la causa *Petric* (1998).

[15] Peter Häberle: *El Estado constitucional*, con estudio introductorio de Diego Valadés, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 65.

paralelamente, advertir las dos funciones básicas de garantía que cumple la reforma constitucional.[16]

La permanencia de la Constitución, el aseguramiento de sus disposiciones, únicamente es posible a partir de la distinción entre el poder que crea la Constitución (constituyente) y el que aplica cotidianamente sus disposiciones (constituido). Y, en principio, la pretensión de estabilidad y permanencia de las disposiciones constitucionales pareciera no estimular el cambio. La rigidez constitucional es una defensa que se provee la Constitución provocando la intangibilidad del texto. La dificultad de la reforma constitucional es una garantía para la permanencia constitucional. Esta pretensión de la Constitución implica, en principio, que es la Ley Mayor la que aspira a que los cambios se adapten, se acomoden al texto constitucional, y no inversamente. Sin embargo, cuando el desacople entre realidad política y normativa constitucional es muy grande, debe evaluarse con firmeza y seriedad si no ha llegado el momento de producir la adaptación de las disposiciones constitucionales.

Por otra parte, la reforma constitucional puede servir para inspirar la transformación. Por intermedio de la reforma puede inducirse el proceso evolutivo constitucional, cuando el Congreso considere que el cambio auspiciado sería políticamente significativo. Tiene razón Häberle cuando se refiere a este aspecto progresista de la reforma constitucional observando que, tan pronto como una Constitución se hace realidad y continúa su desarrollo sobre los rieles del tipo del Estado constitucional, no puede haber sino procesos evolutivos, precisamente, porque una teoría de la Constitución de cuño culturalista elabora la vía hacia una nueva Constitución ejemplar concreta.[17] Más allá del indudable refinamiento teórico, lo cierto es que, en casos como el argentino, donde la "Constitución no se hace una realidad continua", la afirmación vale como ello: una fuerte construcción teórica para ser tenida muy en cuenta.

Concluyendo. La reforma constitucional reviste la naturaleza de garantía de la Constitución. Desde una orilla, protegiendo, manteniendo, conservando su textura básica al dificultar el cambio, pero precipitándolo cuando la tensión entre realidad y normatividad es insostenible. Y desde la otra orilla, transformado, estimulando, promoviendo la evolución, es decir, el cultivo de la letra constitucional. He aquí, pues, significado y función básicos que debe cumplir la reforma constitucional.

---

[16] También Karl Loewenstein advirtió en la reforma constitucional un método racional establecido de antemano para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas, evitando el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución. Véase Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1979, p. 153.

[17] Häberle: o. cit., p. 132.

4. Proceso de reforma

El ejercicio del poder constituyente observa dos momentos: el fundacional o de nacimiento de la Constitución y el reformador.[18] En ambos momentos se ejercita el poder constituyente.

El poder constituyente reformador, cuya función propia es instaurar un nuevo conjunto de disposiciones constitucionales, tal como se encuentra diseñado por el artículo 30 constitucional, consta de tres etapas:

1. iniciación,
2. debate público y elección, y
3. producción constituyente: creación constitucional.

No corresponde considerar aisladamente ninguna de estas etapas, porque una relación ontológica esencial nítidamente las une. Las tres conforman un todo: el proceso constituyente. Cada uno de los actos cumplidos tiene relevancia necesariamente superior a los actos cumplidos en la órbita de los poderes constituidos. No será asombroso, por lo tanto, cuando más adelante se examinan los límites al poder reformador, que lo expuesto no sean meras murmuraciones. Con discreción, anticipo que los resultados sobre las aludidas indagaciones tienen punto de conexión importantísimo con la caracterización del proceso constituyente, es decir, la naturaleza y el sentido de cada una de sus etapas.

5. Iniciación

5.1. Declaración del Congreso

Se trata del momento en que se pone el motor en marcha del posible cambio en la Ley Mayor. El artículo 30 constitucional dispone al respecto:

> La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; […].

Indudablemente, la iniciativa constituyente corresponde al Congreso.[19]

Desde el punto de vista constitucional, la declaración es, precisamente, una de las formas que tiene el Congreso para expresar su voluntad. Reconocer que debe evitarse la ley implica, necesariamente, que este acto preconstituyente que revela la existencia de un extraordinario momento de política constitucional no puede ser

---

[18] Supone admitir que todo tiempo es significativo para el derecho constitucional, entendimiento que descansa, a su vez, en el presupuesto de que han de existir diversidades y por ende distintas calidades en ellos.

[19] Carlos Sánchez Viamonte: *El poder constituyente*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 508.

objeto de veto presidencial, el que se encuentra reservado para la formación y sanción de las leyes.[20]

El Congreso federal es el primero de los órganos que la Constitución describe al programar el gobierno federal, antes que el Poder Ejecutivo y que el Poder Judicial. Dicha ubicación en el texto constitucional se halla indisolublemente ligada a una preferencia política. Para reformar la Constitución se requiere el consentimiento autorizado de todo el pueblo; por eso el único modo de alcanzarlo es por intermedio de la Cámara de Diputados. La regla democrática queda asegurada. Además, apelando al consentimiento del Senado se tutela el principio federal.

El Congreso Nacional representa la unión de democracia y federalismo. Hablando en términos de democracia representativa, ningún otro órgano constitucional es capaz de representar tan extraordinariamente la fusión mencionada como el Congreso. Por de pronto, la *declaración* del Congreso es la forma constitucional por medio de la cual pueden obtenerse los consentimientos autorizados de los diputados y de los senadores para promover el cambio constitucional, en pleno ejercicio de la función preconstituyente. Es decir, pueblo y entes autónomos.

5.2. Reunión del Congreso. Apoyo a la reforma. Cómputo de las dos terceras partes

Una primera cuestión que se discute es si la declaración debe ser aprobada en sesión de ambas Cámaras en conjunto o, como es habitual, en forma separada.

Personalmente, por ende, me inclino por el funcionamiento separado de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores en el tratamiento y la ulterior decisión respecto de la declaración de la necesidad de la reforma.

¿Qué concurrencia es necesaria para producir la declaración de la necesidad de la reforma? A mi juicio, la postura más adecuada es admitir que los dos tercios deben calcularse sobre la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras, pero miembros en ejercicio. No debe computarse a los legisladores no incorporados, a los que el cuerpo autoriza abstenerse de votar, a los que han renunciado y la banca todavía se halla vacante, a los excluidos, los fallecidos, y hasta a quienes razonablemente han dado aviso de no poder concurrir por enfermedad grave.

5.3. Materia constitucional: alcance de la reforma

Llamo *materia constitucional* al conjunto de objetos que son regulados por las disposiciones constitucionales.

Es inconcebible constitucionalmente una declaración de necesidad de reforma constitucional que carezca de fundamentos apropiados que justifiquen el cambio y

---

[20] Cf. arg. artículos 77 y 83 de la CA.

la nueva línea demarcada por el Congreso. La racionalidad de todos los actos del gobierno republicano, proposición que surge del juego de los artículos 1, 22, 28 y 33 de la CA, no autoriza el paso de una declaración de necesidad de reforma que carezca, insisto, de fundamentación constitucionalmente adecuada.[21]

Pero, cuando el Congreso declara la necesidad de la reforma, ¿se halla obligado a puntualizar, específica y concretamente, la materia constitucional sobre la que recaería la enmienda?

Nuevamente, la literalidad del texto constitucional no resuelve por completo la cuestión. El artículo 30 constitucional dice, recuérdese, que la necesidad de reforma, total o parcial, debe ser declarada por el Congreso. Por de pronto, puede causar extrañeza que no aclare, no estipule, no determine si el Congreso debe o no debe fijar inexorablemente la materia sobre la que se desarrollaría la enmienda. Tampoco la letra constitucional hace ninguna referencia respecto de si la declaración de la necesidad de la reforma constitucional debe referirse puntualmente a una o varias disposiciones contenidas en un artículo o en varios.

Deseo dejar dos constancias.

Primero. Cuando el Congreso elige motorizar el poder de reforma, aunque se trata de poder preconstituyente, debe argumentar sobradamente cuáles son las razones que apoyan tal decisión.

Segundo. Quizá, el/la ciudadano/a, a la hora de elegir convencionales constituyentes como consecuencia de la declaración del Congreso, lo que más recuerde sea la quietud tediosa o la movilidad seria, según los casos, que pueden exhibir los diputados y senadores cuando son llamados a cumplir sus cometidos preconstituyentes. Sin embargo, hay una pieza capital, y no es mera hipótesis, porque se encuentra ligada al propio significado democrático del proceso constituyente. Tal argumento fluye rápidamente de la Constitución Nacional.

En efecto, cuando el artículo 22 de la CA dispone que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución", no está suscribiendo un cheque en blanco.[22] Todos y cada uno de los ciudadanos, ilustradamente, deben saber cuál ha de ser la materia constitucional a reformarse, ya sea que el cambio programado sea parcial o total. Son los representantes del pueblo, los servidores públicos, los legisladores en este caso, quienes deben presentar a la opinión de la ciudadanía cuáles han de ser las rutas constitucionales a modificarse. Si el Congreso, en el supuesto de declarar la necesidad de una reforma parcial (o total) de la Constitución, no expone adecuadamente el itinerario aludido, no podrá existir debate democrático. Y, por de pronto, no podría entenderse cómo

---

[21] Badeni: *Instituciones…*, o. cit., p. 166.

[P] Cuando los representantes actúan en la órbita constitucional deben cumplir sus disposiciones. Y cuando quieran hacer una propuesta constituyente enderezada a cambiar el programa también es exigencia que detalladamente indiquen lo que quieren hacer.

serían las campañas políticas para elegir convencionales constituyentes que hayan de reformar la Ley Mayor.

No alcanza, pues, con que el Congreso declare el grito de batalla típico para estos casos: es necesaria la reforma constitucional. La apertura del proceso constituyente debe fijar, lo más detallada y claramente posible, las materias constitucionales que pretendidamente serán objeto de modificación. Exigir que el Congreso estipule de este modo el alcance de la reforma no significa obstaculizar, en lo más mínimo, ni sustraer de su ámbito de competencia la posibilidad de hacerlo con la mayor libertad posible.

No hace falta decir que, si el Congreso silencia indebidamente las materias a reformar o las expone imprecisamente, el auditorio ciudadano no podrá saber de qué se trata.

6. Convocatoria al órgano constituyente

La disposición contenida en el artículo 30 constitucional prescribe que la Ley Mayor puede ser reformada por el órgano (Convención) por intermedio del proceso preconstituyente previsto. Respecto de la Convención, la Constitución, es bien parca: "[…] no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto […]". Ciertamente, en este espacio, las letras constitucionales brindan una textura bien abierta. Quizá demasiado.

Ahora bien, ¿qué órgano convoca? Dogmáticamente no existen dudas de que a la Convención la debe convocar el Congreso. El ejercicio del poder reformador se atribuye constitucionalmente a un órgano *ad hoc* denominado *Convención Constituyente*.[23] En el artículo 30 constitucional conviven dos órganos: uno constituido y el otro constituyente. Es a partir de tal distinción que sobran razones para argüir que sería absolutamente inconstitucional que el Congreso intentase erigirse en órgano constituyente. La defensa y el sostén del proceso constituyente como un verdadero proceso democrático es incompatible con una interpretación que intente erigir al Congreso en el órgano constituyente. Nunca sucedió, por otra parte.[24] En la CA se excluye a los poderes constituidos —Poder Ejecutivo y Judicial— de la función constituyente.[25] En el Congreso queda, solamente, la función preconstituyente.

¿Cómo se integra la Convención Constituyente?

Si se ha de partir del axioma de que el poder constituyente pertenece a los ciudadanos que integran el pueblo, como función mediante la cual ejerce la autodeterminación de la política comunitaria, de sí mismos, necesariamente la elección de los

---

[23] Miguel Á. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 213.

[24] En igual sentido, Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, Buenos Aires: Depalma, t. I, 1976, p. 338.

[25] Sánchez Viamonte: *El poder constituyente*, o. cit., p. 591.

integrantes de la Convención debe ser por intermedio de votación de los ciudadanos. Porque son los ciudadanos los que fijan, estrictamente, con su voto, la dimensión de la función constituyente a desplegarse por los representantes.

Afirmo, por lo tanto, sin reservas, la proposición que señala que "no podría el Congreso, en consecuencia, convocar a una Convención no elegida por el voto popular sin incurrir en una alteración revolucionaria del orden jurídico argentino".

Si, eventualmente, el Congreso intentase erigirse a sí mismo como poder constituyente, estaría desmintiendo la letra constitucional.

Finalmente: ¿qué ocurre si, fijado un plazo, la Convención se excede? En el marco de la teoría constitucional realizada sobre nuestra Ley Mayor, si una Convención Constituyente tiene atribuidas todas las potestades para realizar una Constitución, incluyendo su reforma total, no veo cómo la fijación de un plazo puede reglamentar el horizonte de proyección de su magna tarea.[26] Pero tampoco puede representarse la posibilidad de que funcione *sine die*, porque la forma de gobierno republicana desencadena la limitación de la función pública como directa implicación de su adopción.

6. Debate público. Elecciones

Finalizada la etapa en el Congreso, cumplidos todos los recaudos exigidos por la Constitución, la propuesta constituyente se traslada al escenario público. El Congreso declara la necesidad de la reforma por razones políticas, cuyo mérito, oportunidad o conveniencia solo competen al órgano, comprometiendo el desempeño del cuerpo, en forma favorable o no. Luego, inmediatamente, la discusión, la campaña en pro o en contra, va al escenario público. Al auditorio ciudadano, lisa y llanamente.

La reforma constitucional de 1994 edificó nuevos trazos respecto de esta cuestión, que se empalman con la figura básica de la soberanía popular, plasmada en el texto histórico. Estos nuevos aspectos no pueden ser desatendidos si de manera erguida el proceso constituyente desea ser llevado a su finalidad específica. De ninguna manera deben quedar aisladas del análisis las implicaciones que provocan el nuevo escenario en materia de derechos políticos. Consecuentemente, hay que hacer referencia a dos consignas que lucen hoy en el escenario constitucional. Veamos.

Por intermedio del nuevo artículo 37 constitucional se dispone:

---

[26] En igual sentido, Vanossi: o. cit., p. 440. En cambio, Germán J. Bidart Campos entiende que, si el Congreso se abstiene de fijar el plazo al declarar la necesidad de la reforma, la Convención no está sujeta a lapso alguno, y nadie puede limitárselo después. Si, en cambio, el Congreso estableciera un plazo para que la Convención Constituyente desarrollara su competencia, el vencimiento de este provocaría automáticamente la disolución de la Convención, que perdería su habilitación para seguir trabajando o para prorrogar sus sesiones. Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental…*, o. cit., t. I-A, p. 488.

> Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio […].

¿Qué significa? Básicamente, que la "plenitud del ejercicio de los derechos políticos" no queda reducida al sufragio para elecciones presidenciales y legislativas. Plenitud del ejercicio supone que, al no quedar circunscritos los derechos políticos solamente para la integración de los departamentos políticos constituidos, se desplazan hacia otros horizontes que puede proyectar el ejercicio de tales derechos/deberes: elección de convencionales nacionales constituyentes, por ejemplo.

Por ser casi autoevidente, no urge decir que el ciudadano, mediante el ejercicio del derecho de sufragar, pone en evidencia la intervención personal y directa en la construcción jurídica del Estado. En nimia medida, pero tan indelegable como insustituible.

La segunda consigna viene apuntalada por una disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 23, que goza de jerarquía constitucional, prescribe:

> Derechos políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Interesa ponderar dos aspectos que ilustra la disposición y que caminan juntos. Que, por otra parte, empalman perfectamente con el ideario fijado por el artículo 37 constitucional ya comentado.

El inciso *a* del artículo 23 nos reencuentra con la participación política. Y, sin romper el hilván de la Constitución, esta regla, añade: "de participar en la dirección de los asuntos públicos". Es una declaración primigenia que rompe con la posibilidad de cualquier alternativa oligárquica.

La reforma constitucional, en cierta medida, queda a merced del auditorio ciudadano. Distraído, preocupado, perspicaz, conocedor, intransigente, inteligente pero cerrado a la novedad, en un acto de rechazo o apoyo, principalmente a través del voto, será al fin de cuentas el que intentará descifrar el código genético de la reforma. El comicio para elegir convencionales constituyentes, más su resultado, cierra la segunda etapa del proceso constituyente.

Está allí, en la mano del ciudadano, sellar la suerte del proceso.

7. Creación constitucional

7.1. Política constitucional

En el sistema programado por la Constitución federal rigen dos reglas que, en cierta forma, podría significarse que comportan la clausura de la positividad de aquel. Por un lado, la que confiere reconocimiento a los derechos de los habitantes, pautada regiamente en el artículo 19 constitucional:

> Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Implica que todo lo que no está prohibido está permitido; ciertamente: tiene que ser tomado con cautela, porque la función de establecer límites entre los ciudadanos —por ejemplo, a través de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales— es indiscutible.[27] Luego, a partir de este esquema, la libertad del ciudadano es, en principio, ilimitada. Por otro lado, para poner en práctica dicha distribución, el poder del Estado se divide y encierra en un sistema de competencias circunscritas. La regulación de las atribuciones de los poderes del Estado se organiza bajo una máxima distinta, la juridicidad: todo lo que no está expresamente atribuido como potestad se halla prohibido.[28] E implica, por de pronto, que las competencias de los poderes del Estado están sujetas al derecho; todos sus actos deben ser conformes a la Constitución; léase: el derecho sobre el derecho, bajo pena de invalidez. Todo el título primero de la segunda parte de la Constitución federal se destina a la organización de las competencias de los poderes públicos, las distintas ramas para ejercerlo: legislación, administración y jurisdicción.

La descripción constituye una proposición capital de la teoría constitucional argentina, pero habrá que detenerse una y otra vez, pensar en ella y no cerrar los ojos, escuchar sus sonidos y presagiar sobre sus silencios, si se pretende determinar las competencias de una Convención reformadora. Sus potestades, en fin, qué puede o qué no puede hacer constitucionalmente el poder de reforma. En tales condiciones, reformar la Constitución es una competencia limitada, limitación *sui generis*, tejida de antemano por la propia Ley Mayor, si ha de quererse su continuidad.[29]

Ahora bien, sin importar cuántos estratos hay en la Constitución federal, sin importar si es que hay un *tajo* entre la regulación constitucional de los poderes constituidos y el poder reformador, hay una evidencia incontrovertible: las consideraciones sobre los alcances de la *política constitucional.* Concretamente, el artículo 30 de la CA no se halla regulado junto a lo que sería la reglamentación de la *política cotidia-*

---

[27] Véase Häberle: o. cit., p. 120

[28] Cf. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución* (versión española de Francisco Ayala), Madrid: Alianza, 1992, pp. 138-139.

[29] Cf. ibídem, p. 118.

na, referidos a la aplicación de las disposiciones constitucionales. Esta observación no hace que debamos despedirnos del principio de juridicidad. Más bien, agudizar la tarea para delinear una interpretación constitucionalmente adecuada respecto de cuáles han de ser el territorio y los límites de las competencias del poder reformador.

Cuando en el contexto de este trabajo se dice que la Constitución federal es *rígida*, se lo está aseverando con apoyo en un dato provisto por la propia Ley Mayor, que prevé un proceso de reforma constitucional sumamente más complejo que el previsto para la configuración legislativa ordinaria. ¿Cuál es la razón por la que la Constitución ha de ser rígida? Simplemente, porque una Ley Mayor con estas propiedades queda fuera del alcance de las circunstancias movedizas e inseguras de la política cotidiana. Asegura, en cierta medida, la permanencia de determinada forma de Estado y de determinado sistema de gobierno. La opción por la permanencia, dejando abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente la mejor estructura de gobierno con la que dotar al Estado,[30] parece ser la opción racionalmente más elevada para adquirir certeza en las relaciones entre los individuos y estabilidad para los planes de gobierno.

La rigidez de la Constitución federal, naturalmente, no implica irreformabilidad. La dificulta, pero no la impide. La reformabilidad de la Constitución es perfectamente posible, pero ¿hay núcleos protegidos?, ¿hay contenidos irreformables?, ¿qué sucede si no se respetan las formas?

La Convención reformadora, a diferencia del poder constituyente que dio nacimiento a la organización estatal, tiene una competencia constitucionalmente establecida. Es soberana —con la limitación que más abajo se describe—, en la medida de los límites constitucionales. No tendría ningún sentido que la Convención fuese un apéndice del Congreso, que careciera de libertad para ejercer la función constituyente.

El artículo 30 constitucional es una disposición sobre la producción jurídica. Es una definición básica del sistema por la que se adscribe a un órgano determinado (Convención) el poder de crear un cierto tipo de fuente de derecho (constitucional), con observancia de determinadas reglas, de modo que ningún otro sujeto tiene potestad para crear ese tipo de fuente.[31] Esta asignación (o reserva) de competencia que realiza la Constitución tiene importantísimas consecuencias. En efecto, se dice más arriba que una de las reglas relevantes de nuestro sistema constitucional es la referida a la organización de los poderes. Añado, pues, que asignar competencias a los órganos del poder se integra con las ideas de delimitación e indelegabilidad: la Constitución imputa una tarea a un órgano de poder —constituyente o constituido—, el que debe asumirla y no cederla ni transferirla, salvo que la delegación se encuentre

---

[30] Cf. Víctor Ferreres Comella: "Una defensa de la rigidez constitucional", en *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002, p. 227.

[31] Cf. Riccardo Guastini: *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara, p. 88, 2003.

autorizada.[32] Siguiendo hasta sus últimas instancias los rasgos básicos del razonamiento, queda verificada la fijación del ordenamiento como tarea fundamental del sistema programado por la Constitución. Es que, en tal sentido, como bien señala Hesse, "la Constitución funda competencias, creando de esta manera poder estatal conforme a Derecho con el alcance del respectivo mandato".[33] En pocas palabras: la *constitutio scripta* determina que cada poder del Estado realice sus competencias dentro de las limitaciones prefijadas, evitando abuso de competencias. ¿Hace falta señalar que el poder reformador queda incluido?

7.2. Potestades de la Convención reformadora

Se conocen hasta ahora con bastante profundidad las sobrias características del discurso jurídico empleado por la Constitución para reglar la reforma. El cambio constitucional formalizado solamente puede ser el resultado del cumplimiento de un proceso previsto, en el que el poder constituyente, en nombre y representación del pueblo, lo concreta.[34]

La Constitución federal de 1853-1860 distinguió entre "reforma total" y "reforma parcial" de su texto, aunque "la propia dicción constitucional" no fue mucho más allá. Existen buenas razones, por lo tanto, para señalar que en uno y otro supuesto el poder constituyente reformador no es ilimitado, porque así se lo representaron los constituyentes. Pero esta no es una cuestión sencilla. Es bien cierto que las atribuciones de las Convenciones reformadoras han atribulado a la dogmática.

Todo poder atribuido por la Constitución federal es poder limitado; caso contrario, no tiene sentido el derecho constitucional, que pretende, precisamente, hacer creíble que aquel pueda ser *domesticado*. No hay ninguna ilimitación del poder, expresa o implícita, que pueda derivarse razonablemente de la Constitución federal. La potestad de reformarla juega dentro del propio marco de la Ley Mayor. Su competencia se encuentra constitucionalmente regulada, motivo por el cual no debería sobrepasar el diseño constitucional en que descansa. Esta propiedad, obviamente, como puede apreciarse, no le hace perder su naturaleza de *poder constituyente*.

Ciertamente, la Convención, en el escenario de nuestra Ley Mayor, no debe considerarse como *refrendataria* del Congreso, ni que su función sea legalizar las intenciones de ese órgano. Pero suponer que la Convención sea la más alta expresión de la soberanía del pueblo y que puede reformar todo, incluyendo determinadas ma-

---

[32] Véase Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 36.

[33] Konrad Hesse: "Constitución y derecho constitucional", en *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 4.

[34] Véase, en otro sentido, Carl Schmitt: órgano competente para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierte en titular o sujeto del poder constituyente. Schmitt: o. cit., pp. 118-119 y 114.

terias o salteando específicos pasos jurídicos, no es una verdad que pueda contrastarse, como se verá más adelante.[35]

Es verdad que el mecanismo de reforma pensado por los constituyentes de 1853-1860 se enfila derechamente a que se considere que la Convención será un órgano independiente de los poderes constituidos. Pero de ahí no debe colegirse que la Convención pueda ser independiente de la Ley Mayor. La Convención es un poder instituido, al que la Constitución atribuye su reformabilidad.[36]

Sospecho, sin embargo, que es harto difícil que en el texto y contexto de la Ley Mayor pueda abrirse paso la posición que defiende la soberanía,[37] *lato sensu*, de las convenciones reformadoras. Se es consciente de que imponer limitaciones a la noción de soberanía implica su propia negación. Un poder es soberano o no lo es, si captamos el término en sentido fuerte —como corresponde—, para indicar el poder de mando de una comunidad política que, sin reconocer otro poder supremo, fija su autodeterminación en forma exclusiva, independiente. Se comete un profundo error si con este diagrama se pretende decir que la Convención reformadora prevista por el artículo 30 constitucional expresa un poder del Estado que para organizarse jurídicamente no reconoce dentro del ámbito de relaciones que rige otro orden superior del cual provenga o derive su propia validez positiva. Que la Constitución no disponga expresamente que la declaración de la necesidad de la reforma debe ir acompañada de las *materias* a reformarse o de los puntos respecto a los cuales debería descansar la iniciativa no da pie para deducir la soberanía, en sentido amplio, de la Convención reformadora.

La soberanía es una propiedad atribuible al poder. Corriendo algunos elementos del término *soberanía*, quizá podría aceptarse que, en sentido debilísimo, el poder de la Convención que ha de reformar la Ley Mayor es "soberano", en la propia y estricta medida proporcionada por los límites de la Constitución. Superados tales límites, abandonaría por completo su naturaleza de poder reglado, establecido propiamente por la Constitución, para erigirse en un poder organizador, revolucionario, que ya no sería competencia reglada constitucionalmente. Se trataría, pues, de la fuerza misma.[38]

---

[35] Desde el punto de vista del vocabulario, quizá haya sido Carl Schmitt quien por primera vez en la dogmática se refirió a "reformas inconstitucionales de la Constitución": aquellas realizadas sin la observancia del procedimiento previsto para tales revisiones. Razonablemente, se apunta "desde el vocabulario" porque, recuérdese, el jurista alemán entendió que era inexacto caracterizar como poder constituyente la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales. Véase Schmitt: o. cit., pp. 114-115.

[36] Véase Vanossi: o. cit., p. 393.

[37] Tal la definición de la *soberanía* según el maestro Bidart Campos. Véase Germán Bidart Campos: *Lecciones elementales de política* (nota liminar de Domingo García Belaunde, edición al cuidado de José Palomino Manchego), Lima: Universidad Peruana Los Andes y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002, p. 241.

[38] Véase Vanossi: o. cit., p. 306

¿La Constitución está a disposición de la Convención Constituyente o viceversa?

¿La Constitución está a disposición de la Convención, pero con límites?

El cuantificador universal "en el todo" ¿propone o autoriza la omnipotencia del poder reformador?

¿Una reforma total de la Constitución democrática actual podría ser el fundamento de una hipotética Constitución antidemocrática?

Para responder estas preguntas, por de pronto, corresponde introducirse en el examen de los límites que ha de tener la Convención reformadora.

7.3. Lindes a la potestad de reforma. ¿Qué se entiende por límite constitucional?

La cuestión de los límites de la reforma tiene una radical importancia, porque su existencia o inexistencia determinará, a su vez, la posibilidad de inconstitucionalidad o no de una modificación constitucional.

Unidad de la Constitución federal significa que se pueda comprender que todas sus disposiciones remontan su fuente de producción en una misma regla de reconocimiento: la democrática. A medida que se analiza un sistema jurídico, la inexistencia de límites hará pensar en la complejidad de que todos los entes constitutivos se hallen en relación con el todo.[39] La reivindicación de la teoría de la unidad del sistema es la herramienta que permite distinguir la validez o invalidez de las disposiciones de una Constitución rígida. Una reforma de la Constitución federal de la Argentina realizada con arreglo al proceso constituyente predeterminado por sus letras será jurídicamente intachable; desde esa misma perspectiva, por el contrario, realizar una reforma desconociendo limitaciones prefijadas podrá constituir una ruptura en la continuidad constitucional, aunque llegase a ser fácticamente relevante. Ha de tenerse en cuenta que cabe hablar de límites constitucionales a la reforma total y a la reforma parcial, aunque no se haya previsto constitucionalmente una sanción para el supuesto de infracción. Sostener, por de pronto, que un límite a la reforma constitucional que no prevea expresamente una sanción no sería un límite jurídico implica, derechamente, desconocer la normatividad de la propia Ley Mayor. La existencia de la Constitución federal escrita, como Ley Mayor, en un texto unitario, como ocurre en la Argentina, solamente es comprensible a partir del reconocimiento de la función creadora de derecho que tiene el poder constituyente y la fijación de una estructura jerárquica del sistema creado. La Constitución se compone de disposiciones normativas que configuran la base de la ordenación estatal; su fuerza normativa, ciertamente, halla diferentes posibilidades de realización. Pero ni aun su debilidad para operar en la realidad daría pie para desconocer la normatividad de la Constitución. Por tales razones, la Constitución solamente puede ser comprendida e interpretada

---

[39] Norberto Bobbio: *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 1997, p. 177.

correctamente cuando se la entiende en este sentido, como unidad, abierta al ingreso de nuevos elementos, pero cuya conformación, sin hallarse libre de tensiones, deberá observar determinadas limitaciones.[40]

La discusión sobre los límites de una reforma constitucional suscita la atención, en grado máximo, tanto en la literatura nacional como en la extranjera. El debate tiene por objeto, en general, la naturaleza, los fundamentos, clases y efectos de los límites de la Constitución. Por dicha razón, pese a tratarse de una cuestión capital del derecho constitucional, cuando los constitucionalistas se refieren a los límites del poder reformador no necesariamente estarán hablando de la misma problemática. Primero, porque incide notablemente en la perspectiva del jurista su propia opción epistemológica frente al saber jurídico. Segundo, porque no es lo mismo realizar una tipología que aplicar rigurosamente sus resultados sobre un modelo constitucional determinado.[41]

---

[40] Sobre el particular, añado, otra buena razón expuesta por Kelsen: "Las normas de la Constitución […] no son normas jurídicas independientes y completas. Son partes integrantes de la totalidad de las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos han de aplicar. Por esta razón, no puede citarse el Derecho Constitucional como un ejemplo de normas jurídicas que no establecen sanciones. […] En una exposición estática del Derecho, las normas superiores que integran la Constitución se hallan, por decirlo así, proyectadas como partes en las inferiores". Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Maynez), México: Imprenta Universitaria, 1958, p. 170.

[41] La literatura es vastísima. Se indican solamente las fuentes más consultadas, independientemente, por supuesto, de las propiedades del propio modelo asumido sobre el particular en esta investigación. Para facilitar la comprensión separo en fuentes argentinas y extranjeras. Veamos:

1) Dogmática argentina: Ekmekdjian: o. cit., t. III, pp. 160-165; María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires: La Ley, 2003, pp. 262-264; Jorge Raúl Poviña: "El poder constituyente, los jueces y la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 13, Universidad Nacional de Tucumán, 1956, pp. 227-237; Gregorio Badeni: *Instituciones…*, o. cit., pp. 148-149 y 178-183; Juan A. González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, pp. 23-24; Germán Bidart Campos: *Tratado elemental…*, o. cit., t. I-A, pp. 488-489; Eduardo Pablo Jiménez: *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ediar, 2001, t. I, pp. 239-245; Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires: Kapelusz, 1964, p. 348; Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1959, pp. 118-126; Sagüés: o. cit., t. I, pp. 125-130 y 402-406; y Vanossi: o. cit., t. I, pp. 173-276.

II) Dogmática extranjera: Francisco Férnandez Segado: *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, pp. 81-88; Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1991, pp. 219-296; Aláez Corral: o. cit.; Antonio Torres del Moral: *Principios de derecho constitucional español*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 137-143; María Victoria García-Atance: *Reforma y permanencia constitucional*, Madrid: CEPC, Cuadernos y Debates, 2002, pp. 173-224; Pablo Lucas Verdú: "El problema de los cambios de la Constitución", en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, mayo-junio, 1955, pp. 35-49; Loewenstein: o. cit., pp. 188-205; Otto Bachof: *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra: Livraria Almedina, 1994; Schmitt: o. cit., pp. 116-134; Häberle: o. cit., pp. 129-148; Miguel Carbonell: *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México: Porrúa, 2001, pp. 243-250; Raúl González Schmal: "¿Una reforma constitucional puede ser inconstitucional?", en *El significado actual de la Constitución*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 319-350; Felipe Tena Ramírez: *Derecho*

En principio, pareciera poco importante la discusión en torno a la existencia o inexistencia de límites al poder de reforma. Sin embargo, nótese que lo que se planteará en ella es un problema de inusitados alcances, en la inteligencia de que, si eventualmente se determina la existencia de un *núcleo constitucional irreformable* y por ende indisponible para el poder constituyente, quedarían vedadas determinadas materias a fin de mantener la continuidad de la Constitución.

Admitir o rechazar la existencia de límites presupone una definición respecto del significado y las funciones de la potestad de reforma y del poder constituyente originario. Sin que signifique adelantar mis propias conclusiones, no me parece contradictorio que el sistema constitucional argentino prevea la posibilidad de su reforma total y por otro lado se asuma la existencia de límites.

7.4. Etimología. Sentido

Una estipulación. Así, por *límite*, en uno de los múltiples significados del término, se entiende 'punto de llegada' o, a veces, 'punto de partida'.[42]

7.5. Concepto constitucional

Si la reforma de la Ley Mayor —como se sostiene axiomáticamente en esta contribución— se ha de ocupar de la creación constitucional, la noción sobre los límites no podrá hallarse desvinculada de dicha actividad de configuración jurídica. Por de pronto, conceptualmente se ha de entender por *límites* los linderos dentro de los cuales debe transitar la creación del poder reformador constitucionalmente reglada. Observa Benito Aláez Corral que esta concepción de los límites como las fronteras dentro de las cuales es posible la elaboración de una nueva disposición constitucional, aunque difumina las diferencias ontológicas entre diversas clases de

---

constitucional mexicano, México: Porrúa, 1975, pp. 63-68; Ignacio Burgoa: *Derecho constitucional mexicano*, México: Porrúa, 1999, pp. 377-386; Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México: Porrúa y UNAM (IIJ), 2001, pp. 105-108; Flavino Ríos Alvarado; "Defensa a una reforma a la Constitución", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. II, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp. 795-806; Diego Valadés: "Reforma Constitucional en el sistema mexicano", en *Los cambios constitucionales*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 191-209; Guastini: o. cit., pp. 194-211; Gustavo Zagrebelsky: *Manuale di Diritto costituzionale*, vol. 1, Turín: UTET, 2000, pp. 100-104; Stefano Maria Cicconetti: *Le fonti del diritto italiano*, Turín: Giapichelli, 2001, 84-116, y Giuseppe De Vergottini: *Diritto costituzionale comparato*, Padua: CEDAM, 5.ª ed., 1999, pp. 206-224.

[42] Cf. Nicola Abbagnano: *Diccionario de Filosofía*, MÉXICO: FCE, 1996, p. 749.

límites —formales y materiales—, permite advertir, tanto en unas como en otras, su insospechada función canalizadora del poder de reforma.[43]

Nótese que reconocer topes a la actuación del poder de reforma conduce inexorablemente a plantear una clasificación de los hallazgos. Evidentemente, tomar partido por el hecho de que el poder de reforma de la Constitución federal de la Argentina es un poder "soberano en la medida de sus límites, y más allá de estos deja de ser una competencia establecida para convertirse en una fuerza",[44] invita a distinguir cuáles han de ser dichas limitaciones.

La comprensión de la Constitución como norma que ocupa la cúspide del sistema jurídico estatal hace insoslayable considerar que los límites queden integrados en el sistema como verdaderas disposiciones jurídicas, aunque cumpliendo funciones bien distintas. Desde este punto de vista, los límites condicionan la validez de la reforma constitucional en el mismísimo punto final de la pirámide normativa estatal. La Constitución fija los límites del derecho y, por lo tanto, los límites dentro de los cuales ha de situarse cualquier expectativa que pretenda convertirse en derecho.[45]

¿Cuáles son las propiedades significativas de estos límites constitucionales?

Si se ha de estar conteste en que por *límite* se comprende el lindero dentro del cual es posible el desarrollo del proceso constituyente, tanto aquellas disposiciones constitucionales que prescriben el órgano y el procedimiento por el cual se ha de llevar a cabo la reforma constitucional, como aquellas otras por las que se sustraen determinadas materias a la competencia de dichos órganos, encajarían dentro de la definición.[46]

Límites formales y límites materiales cumplen funciones limitadoras de las posibilidades de regulación normativa del poder de reforma.

Las disposiciones normativas que contienen límites formales establecen condiciones orgánicas y procedimentales; disponen los órganos (Convención Constituyente) y procedimientos (iniciación, deliberación) para llevar a cabo la creación normativa suprema. Los límites formales a la reforma son la consecuencia de la fuerza normativa de la Constitución: la juridicidad de la Constitución implica la juridicidad del poder de reforma. Si la Constitución no fuese escrita ni rígida y no se la comprendiese como norma, el planteamiento anterior carecería de sentido. Desde esta perspectiva, por lo tanto, poner límites formales a la reforma de la Constitución significa establecer condiciones que hacen posible la programación normativa constitucional. Tales límites, pues, cumplen una función selectiva afirmativa en la determinación de las expectativas normativamente garantizadas, puesto que de ellos

---

43 Benito Aláez Corral: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid: CEPC, 2000, p. 167.

44 Cf. Vanossi: o. cit., p. 306.

45 Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 39.

46 Aláez Corral: o. cit., p. 169-170.

se deducen los cauces por los cuales debe discurrir la producción del sistema jurídico al más alto nivel.[47]

Por su parte, las disposiciones que contienen límites materiales a la reforma consisten en enunciados deónticos que, prohibiendo la supresión, sustitución o introducción de nuevas disposiciones que alteren determinados contenidos constitucionales, o estableciendo la perpetuidad e inalterabilidad de algunos de ellos, otorgan garantía contrafáctica a la expectativa de que no se constitucionalicen determinadas regulaciones. Este tipo de decisiones define que determinados contenidos o materias no pueden ser objeto de constitucionalización futura.[48]

7.6. Límites formales

La Constitución federal establece las condiciones necesarias y suficientes en las cuales un acto de reforma constitucional será válido. Se trata de una propiedad capital de la norma.

La reforma constitucional es una verdadera regla de cambio, porque faculta a introducir nuevas reglas en el sistema y en el mismo nivel.[49] Garantiza o remedia el carácter estático de la Constitución, ya sea adaptando cambios o provocando su puesta en marcha.[50]

Los límites formales fijan a que sujeto calificado compete y a que procedimiento específico debe atenerse la realización de la creación constitucional reformadora.[51]

La observancia, puntual y exacta, de las etapas del proceso de reforma constituyen, sin dudas, un límite formal para la modificación de la Constitución federal. La Constitución, de esta forma, limita el proceso de definición de lo que serán las disposiciones constitucionales, juridificando, por así decirlo, el proceso estatal para la configuración de su Ley Mayor de convivencia. Contra lo que habitualmente pueda pensarse, el hecho de que la Constitución federal se puede modificar en el *todo* no quiere decir que no haya límites. Al tratarse de una Constitución rígida, y al ser el proceso de reforma constitucional objetivamente mucho más complejo que el legislativo ordinario, ello configura un límite formal.

Entiendo que tales exigencias orgánico-procedimentales que conlleva el proceso de reforma tienen justificación desde la perspectiva de la satisfacción de la regla democrática. La estricta regularidad de proceso constituyente previsto por el artículo 30, puesto en conexión con lo decidido en los artículos 1 (forma de acceso al poder: republicana; ergo, basada en elección popular), 36 (forma de creación

---

47 Cf. ibídem, p. 171.

48 Cf. ibídem, p. 169.

49 Cf. H. L. A. Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, p. 119.

50 Véase ut supra, sección 3, Significado y funciones.

51 Cf. Alf Ross: "On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law", en *Mind*, vol. 78, n.º 309, Oxford University Press, enero 1969, p. 1.

normativa: democrática), 37 (deliberación y plenitud de ejercicio de los derechos políticos), 44 (representación del pueblo de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires) y 54 (representación federal) de la Ley Mayor, es la expresión implícita de la regla de reconocimiento, que coloca a la democracia como procedimiento para la producción de más alta jerarquía jurídica. Asumir estas características distintivas en el proceso de reforma implica reducir o eliminar la incertidumbre respecto de la regla de reconocimiento,[52] porque si, aun con debilidades, el proceso de reforma de la Constitución federal es reconocido de este modo, necesariamente deberá admitirse que en él puede verse la expresión de la regla de reconocimiento democrática, dado que son los sometidos al poder quienes de forma igualmente libre y por sí mismos o a través de sus representantes podrán crear normas que gesten cambios o se adapten a los ya producidos.[53]

En consecuencia, desde el punto de vista formal, los límites del mundo constitucionalmente posible de la Constitución federal de la Argentina son puestos por su propio lenguaje.[54] La elección por un determinado sujeto (Congreso y Convención Constituyente) y por un determinado proceso (iniciación, deliberación y sanción) establece una cuestión que afecta la competencia, limitada, de la reforma de la Constitución.

No obstante, reconozco que la juridificación de la democracia que hace la Constitución no es blindada. La Constitución federal juridificó el proceso ciudadano de determinación de sus normas básicas de convivencia política, pero la puerta al futuro está abierta. Es decir: el propio proceso de reforma podría ser reformado. Empero, ninguna reforma de la Constitución puede apelar al uso de la fuerza para atentar contra la propia regla democrática que le da origen. Retomo este asunto en la subsección 7.7, al referirme a los límites materiales. Vaya por ahora esta justificación para develar la naturaleza democrática a que debe atenerse el proceso reformador.

7.6.1. Descripción de los límites formales a la potestad de reforma en la Constitución federal

Constituye límite formal al poder constituyente la estricta observancia constitucional de las siguientes etapas del proceso:

Primero. Iniciación, que exige: a) declaración del Congreso; b) voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros efectivos en las Cámaras, que funcionarán por separado; c) fijación estricta de la materia constitucional a reformarse, y d) convocatoria a Convención Nacional Constituyente.

---

52 Sobre la regla de reconocimiento democrática, como regla conceptual para la ordenación estatal, remito al trabajo “Poder, democracia y configuración constitucional”: o. cit., pp. 95-100.

53 Cf. Hart: o. cit., pp. 183-186.

54 Cf. Ludwig Wittgenstein: *Tractatus logico-philosophicus* (con una introducción de Bertrand Russell), Madrid: Revista de Occidente, 1957, p. 153.

Segundo. Debate público y elecciones, que implica: la más irrestricta vigencia de los derechos subjetivos constitucionales para permitir la libre deliberación que antecederá al comicio. Aunque la Constitución federal no fija plazo, entiendo que las elecciones para elegir convencionales constituyentes deben realizarse inmediatamente de culminada la etapa del Congreso.

Tercero. Creación constitucional, cuyo racional entendimiento supone que: a) la Convención Constituyente tiene prohibido —carece de competencia para ello— tratar materia y eventualmente proponer reformas sobre objetos de regulación que no hayan sido previamente votados en tal sentido por el Congreso, razón que conlleva, además, que el cuerpo electoral no habría tenido ocasión de expedir su apoyo o rechazo sobre el particular; b) la Convención Constituyente no se encuentra obligada a reformar las materias sugeridas por el Congreso.

Formalmente, a mi juicio, estos son los linderos dentro de los que debe desarrollarse la creación del poder reformador, cuya producción se halla constitucionalmente reglada por dichas pistas. Estos linderos delimitan el ámbito de actuación formal del proceso de reforma.

Los diferentes actos que se deben cumplir en el proceso de reforma, enderezados a la modificación de la Constitución, no ocurren simultáneamente. Ocurren en forma sucesiva. Sin esta conexión la reforma no es constitucionalmente posible. Por lo tanto, es absolutamente necesario que los actos se realicen en una secuencia específica. Además, como se ha visto, cada uno de estos actos, que a su vez integran cada una de las etapas del proceso de reforma, tiene un significado especial porque hay una disposición normativa (el artículo 30 CA, básicamente, pero también coinciden las mandas del los artículos 1, 37, 44 y 54) que determina un sujeto y un procedimiento para que los actos tengan la valuación jurídica que se pretende adjudicarles.

Argumentar de esta manera significa no pasar por alto, en lo más mínimo, el relevante papel que cumplen las reglas (que fijan el inexcusable desarrollo de determinados actos) en la formación de la reforma. Analizada en sus aspectos formales, una reforma de la Constitución federal será válida cuando sea elaborada de conformidad con todas las etapas que gobiernan el proceso de su creación. Teniendo en cuenta lo que acabo de decir, la validez de una reforma, en su aspecto formal, es el resultado de la observancia, más concretamente, de una mecánica constitucional que estipula una serie de reglas para la formación del acto. Inobservada esa secuencia, o incumplido un acto, o cumplido defectuosamente, no se podrá predicar la validez jurídica de esa reforma. Entendida de este modo, la validez constitucional de una reforma es una cuestión de pertenencia. La Constitución ha configurado determinado espacio por el que podrá penetrar el *derecho constitucional* que brotará de la reforma. En este caso, la *forma*, es decir, la mecánica constitucional detallada, integra la conducta constitucionalmente adecuada, desde que respetar la forma en que se han de producir las disposiciones normativas, los carriles por los que han de discurrir correctamente, es una noción capital de cualquier Estado constitucional. En tales casos, la ausencia de

validez permitirá fundar la inconstitucionalidad de una reforma por vicios formales en su producción.[55] Pensar lo contrario significaría apoyarse en que el orden instaurado por la Constitución sea quebradizo, dando pie para alentar, discrecionalmente, el desorden. Una reforma constitucional que exceda los límites formales cae, pues, en las honduras de la inconstitucionalidad. Asumo, finalmente, para arribar a dicha conclusión, que las reglas cumplen una demarcación muy fuerte en el derecho constitucional: se siguen o no, y el decisivo papel que cumplen puede ser comparado con el de las vías para un tren.[56]

Puede suceder, por ejemplo, que una reforma no siga el procedimiento adecuado. Constitucionalmente, pues, la reforma viene a *existir* cuando es creada de conformidad con (al menos) algunas normas sobre producción jurídica. Se dice que una reforma constitucional es válida cuando es creada conforme con todas las normas que gobiernan su creación.

7.7. Sobre límites materiales: ¿se puede constitucionalizar, y hasta qué punto, la limitación jurídica del pueblo soberano?

7.7.1. Conceptos básicos

La existencia de límites materiales al poder de reforma pone en evidencia la pretensión de controlar las opiniones de las generaciones futuras.[57] Pero también puede favorecer que conduzcan a su convivencia, al preverse las reglas básicas para que lo hagan racionalmente. Sin lugar a dudas, en un mensaje del poder fundacional al de reforma. En tales condiciones: ¿existen límites materiales para una reforma constitucional válida? ¿Cuál es el alcance de los cambios dentro de la democracia constitucional?

A fin de mantener la coherencia, me refiero a cambios dentro del paradigma de la democracia constitucional. Democracia y Constitución, participación y decisión

---

[55] Cf. Germán Bidart Campos: *Derecho constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 1964, p. 150.

[56] Cf. Aulis Aarnio: "Las reglas en serio", en *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17.

[57] Señala Kelsen que puede ocurrir que una Constitución se declare a sí misma "eterna" o que algunos preceptos constitucionales se declaren irreformables. Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, único desde el que se plantea la cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refieren a la creación jurídica, a falta de otra determinación constitucional, implican la nulidad de la norma irregularmente establecida —es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas—, así también es jurídicamente imposible la reforma de una constitución o precepto constitucional declarado irreformable. Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podría imponerse una constitución que no estuviese de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero, jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como a toda norma referente a la creación normativa. Véase Hans Kelsen: *Teoría general del Estado* (traducción de Luis Legaz Lacambra), México: Editora Nacional, 1959, p. 332.

ciudadana e ingeniería del poder, respectivamente, quedaron unidas en la Argentina en 1853-1860. La Ley Mayor constituyó un gran compromiso en el que los contratantes dispusieron de dispares fuerzas contractuales; sin embargo, esta evidencia no desvanece la ventaja recíproca que pareciera haberse obtenido al pactarse racionalmente la organización comunitaria. Es decir: democracia, forma de Estado en la que la producción del sistema jurídico resulta de la participación de los ciudadanos que componen el pueblo; Constitución, instrumento susceptible de dar forma al poder, intentando paralelamente su contención.

El ejercicio del poder constituyente originario y el del poder constituyente derivado tienen un enorme parentesco: ambos dan lugar a momentos constituyentes. La pregunta que sobreviene es si esta similitud guarda o no guarda diferencias, en la inteligencia de que la Constitución federal puede ser reformada en todas sus partes. Como la Constitución siempre ha de tener el contenido que le da el poder reformador en cada momento constituyente, en caso de no existir un núcleo jurídicamente indisponible configura un verdadero sinsentido hablar o postular la existencia de límites materiales.

La Constitución federal argentina no establece límites materiales expresos al poder constituyente, como por ejemplo sí lo hace la Ley Fundamental del Bonn en su artículo 79, inciso 3.º:

> Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la federación de Länder o al principio de cooperación de los Länder en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1.º y 20.

O la Constitución italiana en su artículo 139:

> La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional.

Si se enjuiciase que esta clase de límites materiales expresamente fijados por las constitucionales alemana e italiana son el paradigma de la técnica, pareciera que en el lenguaje empleado en la Constitución federal se habría desistido de realizar esta fijación. O, dicho de otro modo: no existen enunciados que prescriban expresamente —insisto: bajo el paradigma de las leyes fundamentales alemana y o italiana— la eternidad e inalterabilidad de ellos mismos, prohibiendo que se constitucionalicen determinadas expectativas que impliquen su supresión, su sustitución o la introducción de disposiciones que alteren su contenido determinado en modo preexistente.

Ciertamente, no se dejan de considerar la eliminación de la esclavitud (artículo 15), la abolición de la pena de muerte por causas políticas, así como de toda especie de tormentos y los azotes (artículo 18), la supresión de la confiscación de bienes en el Código Penal (artículo 17) y la prohibición de otorgar la suma del poder público en las condiciones descritas por el artículo 29 constitucional. Estas piezas demuestran que hay una definición valorativa; empero, no creo que, estrictamente, puedan encajar dentro de una moderna técnica de intangibilidad de reglas constitucionales. Ahora bien, que tales límites no existan como consecuencia de una definición expre-

sa de la Constitución federal no significa en modo alguno —por las razones que se esgrimen más abajo— que se pueda proyectar normativamente y en forma racional una reforma que, por ejemplo, disponga la instauración de la esclavitud, o de la pena de muerte, o de la confiscación de bienes, o la indivisión del ejercicio de los poderes constituidos del Estado, o la abolición de la forma de producción democrática.

Por lo tanto, entiendo que la gran cuestión de fondo consiste en resolver si mediante el procedimiento democrático puede llegar a abolirse o no la democracia, porque es precisamente ese procedimiento el que da posición jurídica a un determinado conjunto de disposiciones normativas, entre las que se hallan las anunciadas en el párrafo anterior, y qué grado de conexión tienen dichas disposiciones con la democracia misma.

Nótese que, a pesar de esta singular falta de referencia expresa en la propia letra constitucional respecto de lo que pudiese surgir de una eventual reforma, existen muy buenas razones para sostener la existencia de límites a la reforma constitucional. Sencillamente, afirmo que las reformas pueden generar gigantescos cambios en un sistema de gobierno y en la distribución de bienes y recursos comunitarios. Cuando un pueblo, como el argentino, adoptó la democracia, para desprenderse de esta modalidad de producción y respeto de la dignidad humana en que ella consiste, empleando a la democracia para autodestruirse, es necesario convertir a la democracia constitucional en un sistema político de naturaleza diferente. No es constitucionalmente admisible la reforma total de la Ley Mayor, aunque se cuente con el consentimiento de la mayoría de los gobernados, si la reforma instala la autocracia y/o implica que el poder de la mayoría puede, llegado el caso, violar la soberanía de las conductas del ciudadano en su ámbito personal.

Propongo un ejemplo. En medio de la infinita emergencia pública que azota la evolución del Estado argentino, un movimiento político carismático, encabezado por un líder a la Providencia, obtiene el consentimiento del pueblo para concretar una reforma hacia un régimen de naturaleza autocrático, sin división de poderes ni respeto de los derechos subjetivos constitucionales básicos. Voy más lejos aún. El cambio constitucional, milagrosamente, haría que se aminoraran los efectos de la crisis económica. ¿Hay fronteras para el cambio constitucional? ¿Podría el pueblo argentino que ha aceptado la democracia constitucional autorizar semejante transformación política? ¿Puede el nuevo sistema jurídico afirmar que su validez deriva del sistema de la Constitución anterior? La Constitución no democrática no podría hallar fundamento en la Constitución democrática, porque en el propio proceso de emanación jurídica el pueblo, al conceder un poder absoluto, renuncia al propio fundamento de la democracia: la libertad del ciudadano para decidir. Ergo, la democracia no da pie para su propio suicidio; la regla de la mayoría no concede evitar la pluralidad de las respuestas, desde que en el caso apuntado la decisión debería ser soportada por todos. La democracia constitucional puede sustituirse, pero el nuevo sistema antidemocrático que destruye al anterior opera fuera del paradigma de validez.

En la dogmática constitucional adquiere una especial relevancia la disposición incluida en el artículo 36 de la CA, por la reforma constitucional de 1994. Regiamente dispone la regla:

> Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos […].

¿Qué significa ello en la interpretación constitucional? Que la democracia juega doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de los argentinos. Es la regla que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley Fundamental; es, en tal sentido, forma (política) de Estado. Fijado su cauce por la Constitución, luego, la participación popular, plural y mayoritaria pero en tensa relación con el principio de protección de las minorías, es columna vertebral que orienta, propiamente, la aplicación de las disposiciones constitucionales; es, en tal sentido, un sistema de gobierno. Del artículo 36 constitucional puede deducirse la prohibición de acabar con la democracia por medios jurídicos y pacíficos. No se trata de un conjunto de valores metapositivos, porque la disposición se refiere específicamente "a actos de fuerza […] contra el sistema democrático", que en la redacción constitucional viene propiamente instaurado como cualidad de las cualidades por la propia Ley Mayor, adquiriendo una dimensión que condiciona la interpretación racional de la Constitución federal. ¿No constituiría un acto de fuerza apelar a la democracia para destruirla? ¿La democracia se concilia con la negación de la autodeterminación del ciudadano?

Interesa detenerse en los lineamientos que emergen del artículo 36 de la CA. Tarea básica de la disposición es servir como norma de defensa de la Constitución,[58] en máxima expresión *jurídico-positiva.* Fines, valores o realidades metapositivos que valen y existen por sí mismos antes y con independencia del texto constitucional, ahora valen porque la Constitución los recogió. La voluntad normativa de la Constitución no se construye a partir de una Constitución material metapositiva, sino que se deduce interpretativamente de las afirmaciones constitucionales. Pero, además, se constitucionaliza la democracia como sistema de gobierno, es decir, como se prevé que debe ser la emanación a partir de la Constitución.

El lenguaje del artículo 36[59] constitucional[60] disipa cualquier duda: el sistema de organización políticamente fijado a los poderes del Estado es el democrático. Viene instaurado como propiedad capital por el poder constituyente reformador de 1994. Pero no asegura de ninguna manera un buen gobierno. Constitucionalizar la democracia significa disponer en el texto constitucional que dicho sistema encierra

---

[58] Véase Néstor P. Sagüés: "Reforma de 1994. Cláusula del imperio constitucional", en ídem: *Elementos de derecho constitucional*, o. cit., pp. 243-244.

[59] La autodefensa constitucional, en la dicción del artículo 36 CA, es pieza clave del texto constitucional.

[60] Cf. Ekmekdjian: o. cit., t.III, pp. 386-431.

una clave para convivir con los problemas comunitarios y, eventualmente, resolverlos. Su específica tarea, como ideación político-jurídica, es que los poderes del Estado mantengan como premisa la posibilidad del ciudadano de utilizar efectivamente su libertad de opinión y de manifestación para fines políticos. Es que el núcleo del ser humano como ciudadano se ve afectado si no se respeta esta premisa antropológica y cultural, cuya consecuencia organizativa es la democracia y los derechos que derivan de esta.[61]

La democracia es una forma de producción del sistema jurídico donde todos los ciudadanos son llamados a decidir. Por lo tanto, la legitimación democrática es un presupuesto o regla de reconocimiento de la organización constitucional argentina. Se acierta al imaginar que el reconocimiento de la democracia como regla de legitimación conlleva la existencia y garantía del pluralismo. El pluralismo significa —como afirmó Ignacio De Otto— reconocer jurídicamente la posibilidad de *lo otro*, porque, en definitiva, desechada la posibilidad misma de la identidad, la democracia no es sino la garantía de la posibilidad de todos los proyectos, un sistema en el que en principio es realizable cualquiera de ellos. Si la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo, es claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, esto es, que tal supresión no podría llamarse decisión democrática. Afirmar lo contrario es admitir una omnipotencia que se destruye, algo que no puede predicarse sin sofisma.[62]

La intangibilidad del pluralismo es el único contenido que una dogmática adecuada debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de aquellos que impugnan la pluralidad.[63] Según dicha consideración, la única forma de casar a la democracia es, en rigor, entendiendo y tolerando que no hay una única forma de ver el mundo, sino tantos modelos como sean imaginables.

Si, apelándose al proceso previsto por el artículo 30 constitucional se llevase a cabo una modificación —en caso de ser imaginable— que suprimiese el sistema democrático —esto es, la nueva regla constitucional impondría la eliminación de la soberanía del ciudadano para decidir en libertad y participar en la construcción comunitaria y la negación de la división de poderes—, evidentemente tal ejemplo arrancaría de raíz el propio sustrato político de la democracia fijado en el artículo 36 constitucional. Sin dudas, la nueva Constitución podría ser aplicable y nadie tampoco dudaría de su eficacia jurídica. Pero no se podría concluir, si tal evento ocurriese, que la nueva Constitución resultante del proceso reformador obtuviera su fundamento de validez de la actual, porque se habría provocado una ruptura con el sistema anterior. Jamás podría predicarse su pertenencia a dicho sistema, jurídicamente hablando, porque taló la secuencia de validez. Adviértase que no se dice *no se podrían*

---

61 Cf. Häberle: *El Estado constitucional*, o. cit., pp. 193-203.

62 De Otto: o. cit., p. 65.

63 Véase Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid: Trotta, 1999, pp. 14-17.

llevar cabo tales cambios. Es posible, lógicamente, que ocurriese. Pero, de suceder, se produciría la *abolición* de la Constitución federal que actualmente rige, porque se produciría la extinción deliberada de instituciones básicas, cuyo componente esencial es la ruptura con el pasado. Una elemental comprensión conceptual sugiere que reforma constitucional es el proceso de un texto hacia otro texto, ambos sin solución de continuidad con la naturaleza constitucional planteada. Ello no ocurre en el ejemplo descrito. Se transitaría de un sistema democrático a uno de filiación autocrático y ello no es una modificación constitucional, porque la democracia, precisamente, no solo alienta y protege la participación ciudadano, sino, fundamentalmente, es un método que posibilita que ello siempre siga sucediendo. Esto es lo que no acontece en la cuestión evaluada.[64]

Desde la perspectiva expuesta: la Constitución de 1853-1860, con sus reformas de 1866, 1898 y 1957, comportó el cauce de la democracia, reconociendo en ella una regla conceptual para proceder a la ordenación comunitaria. La Constitución reformada en 1994, haciendo pie en la legitimación democrática del Estado, establece la democracia como propiedad sobresaliente del sistema constitucional. Se ha impuesto en el texto de la Constitución, finalmente, la prohibición implícita de suprimir la democracia misma. Es de hacer patente, pues, que la capacidad de decidir libremente es presupuesto de la democracia.

Todo cambio que transforme el sistema de gobierno en un sistema político totalitario, o tan autoritario como para impedir que se configure el espacio suficiente para la libertad humana, sin importar cuán puros resulten los procedimientos ni cuán difundido el apoyo popular que reciba, no puede pretender continuidad con la Constitución que rige. La democracia descansa en la noción de libertad humana. De allí que el consentimiento que un pueblo presta libremente resulte el elemento central de legitimidad en una democracia constitucional. Sin embargo, el consentimiento no funciona como un elemento que da legitimación a cualquier acuerdo político. Un sistema que niega el valor de la libertad no puede atribuirse a sí mismo el consentimiento como fundamento de su legitimación, puesto que lo que carece de valor no puede conferir cosa alguna.

Si el pueblo puede limitarse de tal modo a sí mismo, es porque entonces se hace posible el imperio de cierta clase de derecho de la Constitución, derecho que se basa, principalmente, en la razón más que en la fuerza y que respeta el derecho de libertad como línea de acción de todo el proceso de adopción de las políticas comunitarias. Se desprende la conclusión: una vez que el pueblo ha adoptado una democracia, tanto él como las generaciones futuras quedan limitados para siempre en esta clase de sistema político, si se ha de pretender la continuidad. Se podría permitir un cambio hacia otro sistema que amplíe su imperio o lo fortalezca. Pero un desplazamiento

---

[64] Cf. Antonio Torres del Moral: *Principios de derecho constitucional español*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 4.ª ed., 1998, pp. 141-143.

desde una democracia constitucional hacia una dictadura restringiría el ámbito de la libertad, y de su elemento principal: la razón. Quizá en el futuro los seres humanos inventen un sistema para la convivencia que dé protección y garantice los planes de vida mejor de lo que lo hace la democracia constitucional con la dignidad humana y la soberanía de la persona.

Se podría objetar la conclusión de que, según el artículo 36 CA, puesto en directa conexión con el artículo 1.º del mismo código constitucional, se encontraría prohibido instaurar una sistema (político) de ejercicio del gobierno no democrático o una forma de acceso al gobierno (jurídica) no republicana. Basándose en un elemental formalismo se argüiría que, en la medida en que el sistema democrático y la forma republicana no se hallen sustraídos a la posibilidad de reforma por una limitación material expresa, eventualmente el cambio es factible. Máxime que en el lenguaje constitucional resultan de no fácil captación las propiedades capitales de democracia y república. Me atrevo a dar respuesta.

Primero, sin simplificaciones, *democracia* es una regla conceptual que indica una forma de Estado en la que la capacidad para decidir pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo.

Segundo, ingresada la democracia al cauce de la Constitución, aquella soberanía popular es ejercida en forma representativa, con base en el principio de la mayoría y respeto de la minoría.

Sin embargo, parece conveniente llamar la atención en cuanto a que no todas las decisiones "democráticas" cuya canalización o formalización emprende el programa constitucional federal argentino son, a su vez, democráticas. Hay aperturas en la Constitución federal, como, por ejemplo, el sistema de gobierno (jurídico) hiperpresidencialista que elimina la cooperación, estimula el enfrentamiento y es tendencialmente desestabilizador del sistema político. Consecuentemente, hay que concluir que la recepción de la Constitución del método democrático es una cuestión de grados de fidelidad con el ideal y no la consagración del ideal mismo, porque la apertura que produce hacia el presidencialismo que favorece la concentración del poder es poco democrática, por no decir que tiende a ser autocrática.[65]

Tercero, dado que la democracia presupone el pluralismo y este solamente halla fundamento en los derechos de libertad, en ausencia de ellos no existiría pluralismo, de forma tal que tampoco, por conexión lógica, habría derechos individuales.

---

[65] No apunto que el presidencialismo es inevitablemente autocrático. La reforma constitucional de 1994 provocó profundas desviaciones en el sistema de gobierno. Sin ningún tono profético, que aborrezco, sostengo que, en caso de no corregirse tales desvíos, se mantendrán *sine die* las razones de la crisis del sistema de gobierno argentino que impiden la construcción de un consenso estable en el tiempo y racional en el espacio. Aun así, afortunadamente, como enseña Bobbio, hay infinitas razones para preferir un sistema de gobierno democrático (de bajísima cualidad, como es el hiperpresidencialismo vernáculo) a uno autocrático. Véase Norberto Bobbio: *Teoría general de la política*, Madrid: Trotta 2003, p. 489.

Cuarto, si la democracia es un obrar del pueblo en el momento constituyente fundacional, en el concepto de *república* halla su casa en sentido constitucional la posibilidad de vivir en libertad y en el seno de una sociedad abierta. Para ser vivida la república, debe mantenerse abierta la posibilidad de que existan iniciativas y alternativas pluralistas; sin división de poderes es difícil explicarlo, porque la indivisión impide a cualquier minoría oponerse o enfrentar radicalmente cualquier pretensión mayoritaria.[66]

Quinto, la democracia, entendida como forma de Estado (forma de definir y producir, políticamente, su organización fundamental) se vería negada al privárseles a los ciudadanos su derecho a decir.

Sexto, además, al haber adoptado el Estado argentino la forma de gobierno republicana, que establece jurídicamente la división y el control del poder constituido, su propia negación sería resultado de una indivisión o suma del poder público.

Séptimo, la reforma de 1994, al constitucionalizar la democracia, ahora como sistema político de gobierno, ha añadido a la letra de la Ley Mayor el pluralismo. ¿O la tolerancia, el compromiso, no es esencial para la convivencia?

Octavo, la forma de Estado democrática —los ciudadanos deliberan y deciden en libertad, pero no entendido como competencia propia de hacer lo que les plazca, sino como fórmula identificatoria de una coexistencia que renueva cotidianamente

---

[66] Configura una verdadera curiosidad histórica el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiera en sus fallos a la reglas intocables, o inmutables, o de intangibilidad, o pétreas, dispuestas en la Ley Mayor.

Sin embargo, recientemente, por mayoría, los jueces del más alto tribunal de justicia han dicho: "Que, por ello, solo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el artículo 19 de la Constitución Nacional o que, *elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853* (arts. 1 y 33 de la Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación[…]", considerando n.º 12 de la causa *Asociación Lucha por la Identidad Travesti -Transexual c/ Inspección General de Justicia,* resuelta el 21/11/2006, suscrita por Enrique Petrachi, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay (énfasis del autor).

Se apunta sobre el particular:

Primero. El artículo 1 de la CA dispone "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución".

Segundo. El artículo 33 de la CA dispone: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Tercero. Llama la atención que la CSJN se refiera a la Constitución vigente desde 1853, cuando, en rigor de verdad, el proceso constituyente de la Argentina se extendió desde esa fecha hasta la incorporación de Buenos Aires, acaecida en 1860.

Cuarto. Las consideraciones del fallo se enrolan en una de las tesis defendida en esta contribución. En efecto, la *república,* como sistema de gobierno basado en la elección de los ciudadanos, es una regla inmutable dispuesta por la Constitución federal de la Argentina.

su colaboración en la forma más abierta y más responsable[67](Preámbulo constitucional: "Nos los representantes del *pueblo*", elemento humano que es decir *nosotros*)—, la forma republicana de gobierno —adopción de la moderna técnica de la división del poder, único modo racional de respaldarla (arg. artículo 1 CA)— y el sistema de gobierno democrático —donde pluralismo y tolerancia, si bien por sí solos no ofrecen seguridad a la libertad intelectual y física, son las bases más plausibles que se conocen (arg. artículo 36 de la CA)— constituyen, sin dudas, la plataforma de la organización comunitaria de la Argentina. Es claro, pues, que un cambio que alterase estas decisiones constituyentes obligaría a concluir que se habría provocado ruptura en el territorio constitucional, hacia un sistema jurídico tan distinto al anterior que no podría reclamar solución lógica de continuidad, porque se habrían despedazado los antecedentes.

Noveno, si bien la Constitución federal regula su propio cambio, y se trata de una cualidad por excelencia de la estructura y el funcionamiento del sistema por ella generado, su reproducción no opera con absoluta independencia de la decisión exterior: la voluntad del ciudadano. ¿Quién es soberano: el sistema por sí mismo o el sistema, por decisión de los ciudadanos? Si la unidad del sistema jurídico no se puede fundamentar en el elemento externo indicado, sino exclusivamente en su propia autorreferencialidad,[68] se desvanece por completo la idea de que la Constitución, todo el derecho, es un producto de la razón humana.[69]

La regla democrática, cuya expresión más acabada es la titularidad del poder constituyente en el pueblo, es el fundamento de la supremacía constitucional. Hay soberanía jurídica de la Constitución federal, de una constitución que impone una determinada forma para organizar al Estado argentino y conferir reconocimiento a derechos subjetivos, porque el principio político de la soberanía popular es su fundamento. Las modificaciones constitucionales son sustancialmente actos políticos de soberanía, un majestuoso esfuerzo de racionalización política, pero cuyo desarrollo se encuentra fijado, reglado, ordenado jurídicamente en la Constitución.[70] El poder de reforma políticamente es un acto libre, cuya principal responsabilidad desde el punto de vista jurídico es, precisamente, no romper la continuidad establecida por la lógica de los antecedentes.

Las generaciones futuras se encuentran limitadas por la Constitución actual, pero pueden desentenderse de ella. Es inimaginable, por ejemplo, que en el futuro se quisiera establecer la esclavitud o cualquier otra forma de cercenamiento absoluto

---

67 Cf. Peter Häberle: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000, p. 33.

68 Cf. Aláez Corral: o. cit., p. 123.

69 Cf. Luigi Ferrajoli: "Razón, derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio", en *Utopía y realidad en Bobbio. Homenaje a Norberto Bobbio en Argentina en ocasión de su nonagésimo segundo aniversario,* Buenos Aires: Di Plácido, 2001, pp. 106-107.

70 Cf. De Vega: o. cit., pp. 60-61.

de la autorreferencia personal. Pero, en caso de que sucediera, ese nuevo modelo jurídico, al no preservar la regla de la minoría y abolir la dignidad humana, no sería una decisión democrática, motivo por el cual ese nuevo sistema jurídico no tendría la propiedad de reforma del anterior ni podría considerarse como continuador de su positividad. La democracia es una regla, un método para la organización del sistema jurídico, que se encuentra abierto a cualquier expectativa en todo momento, a condición de que su propia reforma no niegue la existencia del mismísimo método democrático, afirmado en la regla de la mayoría, síntesis de las ideas de igualdad y libertad.[71] Actualmente, lo que caracteriza a un sistema político democrático es el principio de la mayoría aplicado a votaciones con sufragio universal.[72] Aun así, la aplicación de la regla de la mayoría no carece de límites. La decisión del pueblo, en el momento constituyente fundacional, ratificada y ampliada en 1994, se ha caracterizado por la afirmación de la amplia esfera de los derechos de libertad, calificados de inviolables. La democracia dualista[73] que caracteriza al modelo argentino, esta decisión del pueblo que fija la naturaleza inalienable de estos derechos, permite que estos derechos subjetivos constitucionales puedan ser entendidos como derechos contra la mayoría. Pueden ser interpretados como un territorio fronterizo ante el cual se detiene el principio mayoritario: la regla del mayor número solo se relaciona con lo que está sujeto *a opinión;* en esta calidad, que es la proporcionada por la Constitución federal, los derechos de libertad no están sujetos a opinión; ergo, no son negociables.[74]

Décimo, que la reforma constitucional pueda ser total plantea, en principio, la posibilidad de que la creación jurídica sea ilimitada: cualquier materia, y determinar su ámbito personal, espacial y temporal de existencia. Al sostenerse la existencia de límites materiales, la capacidad de regulación normativa no deja de ser ilimitada. Se está implicando que, si bien todo es mudable, cambiable, siempre que se decida por el procedimiento de autogobierno y respeto de la soberanía personal, es la propia racionalidad, por lo tanto, la que como paradigma indica que no debería tramitar por el procedimiento democrático una demanda que pretenda borrar la propia positividad de igualdad y libertad que establece la decisión democrática como propia.

8. Reforma inconstitucional, la más grave patología de la Constitución

Pensar en la inconstitucionalidad como conflicto normativo implica como presupuesto indispensable la concepción de la Constitución federal como un sistema

---

71 Cf. Kelsen: o. cit., p. 341.

72 Véase Bobbio: *Teoría general de la política,* o. cit., p. 469.

73 Véase sobre esta definición: Ferreyra: “Poder, democracia…”, o. cit., pp. 109-120. Véase nota al pie número 3.

74 Cf. Bobbio: *Teoría general de la política,* o. cit., pp. 478-479.

jurídico[75] institucionalizado, que disciplina la planificación y el ejercicio de la fuerza estatal, motivo por el cual el sistema puede ser descrito tomando como punto de partida la unión de reglas primarias y reglas secundarias (de cambio y de adjudicación), relacionadas entre si, y cuya unidad es determinable apelándose a la regla de reconocimiento que proporciona criterios para determinar validez de todas las demás reglas.[76] Si no se comprende o no se acepta la idea de unidad del sistema jurídico, no tiene sentido especular sobre la existencia de conflictos normativos cuyo paradigma es la inconstitucionalidad. Por otra parte, la ausencia de unidad de un sistema jurídico daña su identidad, al impedir a los ciudadanos mantener la estabilidad de las expectativas.

El significado de inconstitucionalidad incluye, en el análisis, la idea de disconformidad. No conforme. Inconstitucionalidad es un vicio o defecto que se circunscribe habitualmente al enfrentamiento entre disposiciones infraconstitucionales con la Ley Mayor. Pero también pueden producirse infracciones en el nivel de la Constitución misma, si es que resulta que por medio de una reforma se violenta el principio de unidad del sistema,[77] configurado principalmente por los lindes prefijados para el desarrollo de una enmienda constitucional.

Conformidad con la Constitución federal, en sentido estricto, es decir constitucionalidad de una reforma, resulta predicable cuando respeta la forma y los contenidos autorizados por la propia Ley Mayor. Conformidad, pues, no es otra cosa que correspondencia: que se satisfagan las condiciones de una relación.

La validez de una reforma constitucional es la relación de conformidad entre las disposiciones creadas y las disposiciones que regulan su producción. Por lo tanto, validez de una reforma constitucional es un concepto relacional que designa, fundamentalmente, la relación de pertenencia de una nueva disposición normativa con la Constitución, siempre que se hayan observado todas las etapas que regulan y disciplinan su creación normativa. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional consistirá, pues, en la no conformidad de la disposición creada con la Constitución. Una reforma inconstitucional es una modificación viciada; llámase de este modo a toda disposición constitucional que no haya sido producida en estricta conformidad de todas las normas que regulan su creación. El vicio es el efecto de la violación o infracción de una norma sobre la producción jurídica: los límites fijados al proceso reformador. Conviene subrayar, por lo tanto, que la violación de tan solo una

---

[75] En rigor de verdad, se trata de un subsistema jurídico, más precisamente, el núcleo, el portador de la cadena biológica de ADN, pero regula las propiedades básicas del sistema, razón por la cual, dado que la Ley Mayor define la concreción de la totalidad de las reglas del sistema jurídico, en sentido débil, puede aplicarse o entreverse en la Constitución la idea de sistema.

[76] Cf. Hart: o. cit., pp. 101 y 125-153.

[77] Cf. Ernesto Garzón Valdéz: *Derecho, ética y política*, Madrid: CEPC, 1993, p. 582.

disposición de las que regulan el proceso reformador será motivo razonable para predicar la invalidez[78] de la reforma.

Podría objetarse que la inconstitucionalidad de una reforma es una conclusión incompatible con una Constitución que prevé su reforma total, porque resultaría incompatible con la pretensión de la Constitución de afirmar su supremacía y, paralelamente, la de conservar la eficacia del sistema abriendo el proceso constituyente a todas las alternativas. Desde la perspectiva del derecho constitucional positivo, entiendo que los límites constitucionales a la actuación del poder de reforma, aunque no aseguran ni refuerzan por sí mismos la idea de la supremacía constitucional, configuran un fiel indicador que permite distinguir entre cambios virtuosos y regulares o viciados. En realidad, la reforma total, la modificación de todas, absolutamente todas las materias constitucionales viene propiamente regulada y autorizada por la Ley Mayor. Pero la presencia de límites no debe ser negada, desde que también viene impuesta por la misma fuente, circunstancia que obliga, para no devaluar el principio ontológico de la Constitución misma, a que la voluntad de cambio se formalice por los cauces previstos propiamente para la reforma.

Imponer o, mejor dicho, reconocer la existencia de limitaciones al poder de reforma no comporta una *contradictio in terminis* con la posibilidad de reforma total. Aunque *todo* puede ser entendido como cualquier conjunto de partes, en cuanto es independiente de la disposición de las partes mismas, invariablemente, en la inteligencia de la posibilidad abierta por el artículo 30 constitucional, *todo* no puede ser escindido de que la Constitución constituye un objeto complejo, un sistema cuyas partes se relacionan y son reconducibles a un mismo patrón de validez, prescribiendo una definición tajante entre lo que significa la asociación de democracia y Constitución y lo que significaría una revolución o ruptura del orden instaurado por el sistema. Estas limitaciones jurídicas no comportan ningún dique de contención perpetuo ni definitivo contra el absolutismo, ni una garantía de que funcione en todo tiempo y lugar, pero sirven para establecer la diferencia abismal que media entre democracia y autocracia, entre juridicidad constitucional y ruptura revolucionaria.[79]

Como se adelanta en el epígrafe de esta sección, una reforma inconstitucional es la expresión más grave de una patología de la Constitución. Según la intensidad y extensión del factor de perturbación, la patología puede acarrear desde una instancia revolucionaria —es decir, el reemplazo de la Constitución por una de pretensiones francamente contradictorias, con fundamento de validez en una regla de reconocimiento antidemocrática— hasta los casos de fisura del sistema, en los que con relación a ciertas cuestiones relacionadas con el proceso de reforma, y únicamente respecto de ellas, existe una diferencia dentro del mundo oficial que puede conducir,

---

[78] Cf. Riccardo Guastini: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,* Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 319-342.

[79] Cf. Ernesto Garzón Valdéz: "Las limitaciones jurídicas del soberano", en *El lenguaje del Derecho,* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983, p. 179.

en definitiva, a una división en el ámbito de los poderes públicos respecto del criterio para identificar a la Constitución reformada.[80]

Llegado este punto, no causará sorpresa decir que un determinado proceso reformador de la Constitución federal es válido si ha satisfecho todos los requisitos fijados en cada una de las etapas previstas para la formalización del cambio.

También convendrá admitir que la inconstitucionalidad de una reforma puede asumir dos formas: una débil, aparentemente remediable; una fuerte, seguramente irremediable. Tal distinción es consecuencia, a su vez, de esa otra distinción que la dogmática jurídica suele establecer entre validez formal y validez material.[81] En línea con estos postulados, se podrá predicar que una reforma es inconstitucional, es inválida formalmente, si no se observó la regularidad de las reglas que ordenan el proceso de reforma. Se podrá predicar la invalidez formal de una reforma, cuyo proceso, por ejemplo, en la etapa de creación haya producido regulación sobre una materia constitucional que no fue objeto de declaración de necesidad de reforma por el Congreso y, por ende, el cuerpo electoral no tuvo oportunidad constitucionalmente autorizada para expedirse. También sería inválida formalmente una reforma que haya sido llevada adelante sin el apoyo de las mayorías previstas en el artículo 30 constitucional, o integrando la Convención Nacional Constituyente sin representantes elegidos por el cuerpo electoral. Igual vicio afectaría a una reforma sancionada en la que en la elección de convencionales constituyentes se afectaron los derechos políticos de la ciudadanía y estos no pudieron ser ejercidos en la forma más amplia. En pocas palabras: toda reforma que infrinja o ponga en tela de juicio o de sospecha el cumplimiento estricto de los límites formales podrá ser atacada por portar esta patología: inconstitucionalidad.

En contraste, se predicará que es inválido por razones materiales un cambio que afecte una materia disciplinada por la Constitución considerada intangible, de imposible modificación, por infringir una limitación material. Se está efectivamente en presencia de una abolición[82] de la Constitución. Difícilmente, en estos casos, la invalidez material pueda ser reconocida, porque se habría abolido la Constitución anterior. Decía más arriba que se trata de una invalidez irremediable. Ciertamente es así. Supóngase que, en el futuro, el pueblo argentino, en libre decisión, decidiese cambiar la forma de gobierno republicana por la monarquía. La eficacia del cambio quedaría respaldada en la medida en que fuese objeto de verificación y hasta de consenso: la nueva regla es frecuentemente obedecida por los llamados a obedecer. Pero también resultará indiscutible que la ruptura de la república constituiría la

---

80 Cf. Hart: o. cit., pp. 146-151.

81 Véase Guastini: *Estudios…*, o. cit., p. 92.

82 Sostiene Josep Aguilo Regla que la "abolición" suele reservarse para la extinción deliberada de instituciones y tiene un cierto componente de ruptura con el pasado del que carece, por ejemplo, la derogación. Véase Josep Aguilo Regla: "Derogación", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.): *El derecho y la justicia*, Madrid: Trotta, 1996, p. 206.

destrucción de una pieza clave de la forma de convivencia organizada por la Constitución: todos los ciudadanos, en libertad, sin otro requisito que la idoneidad, se encuentran potencialmente en condiciones de acceder a la conducción de los asuntos de gobierno.

El primer fragmento del artículo 36 constitucional es el paradigma de la reforma constitucional de 1994. Representa una verdadera imposición de la Constitución. Se trata de un límite material implícito, conclusión que no afecta la posibilidad de su reforma total, desde que, precisamente, en el artículo 36 constitucional se define concluyentemente el significado de la Constitución: instrumento para intentar racionalizar el ejercicio de la fuerza estatal.

José Ramón Cossío Díaz (México)*

La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes**

No es posible seguir entendiendo la división de poderes como la entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque no tenemos una división de clases sociales como la que presuponía Montesquieu en el capítulo sobre la "Constitución de Inglaterra" de su tan conocido y citado *Del espíritu de las leyes.* No podemos asignar cada una de las tres funciones al rey, a la aristocracia o al tercer estado, como se denominó posteriormente.

En segundo lugar, tampoco podemos seguir imaginando la división de poderes como el elemento único o central para garantizar la libertad. Montesquieu es un pensador *preconstitucional.* Después de él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, de forma tal que la protección de la libertad ya no puede descansar en exclusiva en la división de poderes.

Sin embargo, hay otro asunto de mucho mayor complejidad. Si bien Montesquieu pensó y escribió la división de poderes en términos de filosofía política, cuando este modelo general, este modelo racionalizado se incorpora a las constituciones, pierde muchísima de su fuerza originaria y termina siendo un gran principio de *juridicidad.* Al final de cuentas, la división de poderes plasmada en los textos consti-

---

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Extracto de la conferencia "La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes", impartida por el autor durante los trabajos del XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, celebrado en Jiutepec (Morelos, México) el 15 de septiembre de 2006.

tucionales, positivizada, va a ser lo que las constituciones digan que es. Si la Constitución establece que, en ciertos casos, el Ejecutivo puede hacer determinadas funciones legislativas una vez que se han suspendido las garantías individuales —como es el caso de la Constitución mexicana—, podrá realizar esa función sin incurrir con ello en algún problema de constitucionalidad. Si en otros casos la Constitución establece que los órganos jurisdiccionales pueden tener ciertas facultades legislativas en cuanto a la emisión de normas con un ámbito general de validez —como hacemos nosotros con los reglamentos y los acuerdos generales—, ello también puede acontecer válidamente. Si en otros casos se establece que el Congreso tiene facultades jurisdiccionales —como ocurre con nuestro juicio político—, ello también podrá suceder jurídicamente hablando.

En definitiva, cuando uno de los criterios orientadores más serios del constitucionalismo se plasma en los textos constitucionales, termina por decirnos que los órganos pueden hacer aquello que las constituciones dicen que pueden hacer. Por supuesto, a partir de ahí se genera una enorme cantidad de problemas que cotidianamente tenemos que resolver, pero esa es ya una cuestión que no es del caso analizar aquí.

Hay un segundo tema que considero muy importante. Tradicionalmente la división de poderes asignaba distintas funciones de manera preponderante a determinados órganos del Estado, y después, por razones evidentemente prácticas, se permitía determinado tipo de combinaciones, pero siempre con predominio de un poder en esa asignación. Sin embargo, desde hace un buen número de años, los órganos del poder que ejercían las tres funciones identificadas han tenido que ceder espacios de la construcción normativa a otros órganos, y creo que lo han hecho a partir de la construcción de racionalidades distintas a la puramente jurídica.

Me parece que en nuestros países latinoamericanos —y hablo en general, por lo que, desde luego, puede haber excepciones— tuvimos un derecho administrativo de corte francés en los siglos XIX y buena parte del XX. No obstante, desde los años ochenta hemos vivido la incorporación del derecho administrativo norteamericano con la creación de agencias reguladoras. Estas agencias han generado un cambio central, a mi entender, respecto a lo que fue el modelo de construcción de los órganos de derecho administrativo de inspiración francesa, y han generado *racionalidades* diferenciadas.

Por ejemplo, cada banco central se sustrae a la decisión política, pero además genera una racionalidad económica específica en la forma en que se constituyen sus órganos directivos —junta de gobierno, directorio o como se llame en cada uno de los países—, así como también por el modo como culturalmente se evalúan sus decisiones, esto es, en razón de la satisfacción de ciertos criterios económicos. Simultáneamente, se crea una comisión de competencia económica cuyos integrantes tienen una mezcla de conocimientos jurídicos y conocimientos económicos, una comisión de energía compuesta por ingenieros y abogados, y así sucesivamente.

De esta forma, estamos en una condición en la que no producimos estrictamente conocimiento a través de normas jurídicas en un sentido tradicional, sino que estamos produciendo normas jurídicas con un fuerte contenido material diferenciado del derecho, pero que al adquirir forma jurídica generan una serie de distinciones en lo que había sido la aproximación tradicional al mismo derecho.

Consecuentemente, veo a la división de poderes como una idea rectora del constitucionalismo, es decir, como un conjunto de ideas particularizadas que van orientando —a través de la discriminación de acontecimientos históricos, doctrinas políticas, resoluciones judiciales, prácticas constitucionales y textos normativos— la manera como debieran ser las constituciones particulares, sus sentidos y alcances. Ahí, sin duda, la división de poderes tiene un papel central. Sin embargo, cuando ese *principio* o esas *ideas rectoras* se positivizan, pierden y terminan modulándose en los términos en los que se vayan estableciendo o diferenciando las competencias de los diversos órganos estatales.

Por lo que hasta aquí se ha dicho, me parece que a la división de poderes nos tenemos que acercar a partir de una idea diversa. La división de poderes, hoy en día, opera en una sociedad plural; no plural simplemente por la diferencia de creencias o de posiciones que puedan estar validadas o respaldadas por diversos derechos fundamentales, que eso ya sería bastante, sino plural también en el sentido de que hay un sinnúmero de intereses. Aunque siempre los ha habido, antes no se hacían explícitos, suponiendo que vivíamos en una sociedad homogénea como parte de una ideología jurídica y de una ideología política que generaban ciertas condiciones de gobernabilidad.

Aquí se ha hablado de empresas con un enorme poder en su forma de actuación; inclusive en la forma en que a veces se da esto que los norteamericanos llaman *captura de los órganos reguladores*, es decir, la captura de los agentes productores de normas jurídicas, por vías lícitas o ilícitas —esto último en casos de soborno y corrupción, como hemos presenciado en algunos momentos en algunos países de la región.

En consecuencia, me parece que tendríamos que aceptar la existencia de esta división de poderes en unas condiciones que, por utilizar una etiqueta, simplemente denomino de *pluralidad*.

Identificadas estas diversas posiciones, debemos admitir que en cada una de ellas se trata de generar y plasmar las demandas a través de diversos agentes normativos, y esto también me parece de gran importancia para entender nuestra función actual.

Si tenemos actores variados en los sectores de energía, de telecomunicaciones, de competencia económica o en relación con personas infectadas de VIH, por ejemplo, cada uno de ellos trata de llevar sus propias pretensiones a los órganos que están actuando en ese mundo general al que por ahora voy a llamar *división de poderes*, para que les dé formalización jurídica, genere las normas que atiendan a sus propios reclamos y así formalice en el orden jurídico —nada menos— las reivindicaciones propias de muchos de ellos. Esto nos lleva a una situación de pluralidad normativa

derivada de cada uno de los agentes que están actuando, de lo que resulta el orden jurídico con el que cada uno de nosotros se enfrenta.

Una vez que esas demandas se han formalizado, y toda vez que vivimos en una sociedad de recursos que no alcanzan para satisfacer a la totalidad de la población, evidentemente surgen posiciones contrarias en las que, si bien aparentemente se está combatiendo a la norma jurídica por una razón formal o por una razón sustantiva, lo que en el fondo se está combatiendo es la posición que ese determinado grupo logró al formalizar su demanda, su pretensión en una determinada ley, reglamento, resolución jurisdiccional o decisión administrativa. Y aquí es donde me parece que se da la actuación, ya contextualizada, de la justicia constitucional de nuestro tiempo.

¿Qué solemos entender en nuestros días por *justicia constitucional*? Hemos dicho en otras ocasiones, citando a Enterría, a Zagrebelsky o a cualquiera de los autores importantes de nuestro tiempo, que la *justicia constitucional* es un garante de la Constitución, y de la Constitución en condiciones de supremacía. Cuando hacemos esto, normalmente nos quedamos con la idea de que producimos, otra vez, puras normas jurídicas por la vía de las sentencias, y que con ello vamos formalizando el mundo. Adicionalmente, lo que en realidad estamos haciendo es determinar las condiciones de operatividad del texto constitucional, decir cómo debe ser entendido el texto constitucional. Por supuesto que esto tiene un primer tramo en el que operamos en un sentido puramente normativo, pero, si lo entendemos en su sentido completo, lo que hacemos es abrir o cancelar diversas opciones del conjunto de los actores sociales que tenemos frente a nosotros.

Cuando definimos el derecho de expresión, o el derecho a las creencias religiosas, o a determinadas modalidades de culto, o cuando definimos un derecho a la privacidad, estamos reconstituyendo a la sociedad por vía de las normas jurídicas (y afortunadamente no por otras vías), pero en realidad estamos incidiendo en la forma concreta, en la forma real y no solo en la normativa. Por supuesto que estamos eligiendo unos valores y no otros; por supuesto que estamos dando predominio a ciertas *visiones del mundo* —para usar, aunque traducida, la expresión alemana—; por supuesto que estamos discriminando ciertas formas de entendimiento y de comportamiento de la realidad para privilegiar otras. En ese sentido, me parece que nuestra función en esta otra parte de la ecuación es, también, mucho más complicada.

Sin embargo, considero que la representación ordinaria de la justicia constitucional no se aviene correctamente a su forma de comportamiento real. Estimo que simplemente hemos reactualizado la expresión de Montesquieu en el sentido de que somos *la boca que pronuncia la palabra de la ley.* La expresión actualizada de lo que hacemos parece decir que somos *la boca que pronuncia la palabra de la Constitución,* como si la Constitución estuviera dada, tuviera sus sentidos claros y nosotros, simple y sencillamente, lográramos extraerla de los textos.

Entiendo que esta es una defensa importante de nuestra forma de operación y de nuestras formas de vinculación con el resto del entramado político, y en esto

debemos ser cuidadosos. Sin embargo, me parece que esa simple actualización de Montesquieu para una condición actual tiene muchos inconvenientes.

Desde este punto de vista, nosotros también decimos que hemos abandonado la idea de Kelsen de *legislador negativo.* Es decir, no declaramos sencillamente la invalidez de las normas en un ejercicio de contraste entre la inferior y la superior y determinamos que vamos a expulsar aquella del ordenamiento jurídico por no ser adecuada a esta. Coincido con quienes están en contra de seguir sosteniendo esa idea, pero me parece que debajo seguimos operando, o seguimos suponiendo, o nos seguimos explicando nuestra actividad como si fuéramos meros legisladores negativos.

¿Cuál es la contrapartida? Decir que, si no somos legisladores negativos, somos legisladores positivos. Sin embargo, aquí el tema se vuelve extraordinariamente complejo y pantanoso. En primer lugar, no tenemos las herramientas para ser legisladores positivos. Si nos tomáramos en serio la actividad de legisladores positivos, teniendo como función general la determinación de los sentidos de la Constitución, terminaríamos en la posición de órgano constituyente. Si al final de cuentas legisláramos sobre la cuestión, nos asimilaríamos a ese órgano constitucional en este caso.

Ahí aparece una paradoja, porque no aceptamos, probablemente por recato, decir: "no somos legisladores negativos porque no solo expulsamos normas, sino que le damos sentido operativo a la Constitución"; pero tampoco aceptamos estar en una condición de legisladores positivos en su sentido integral, en su sentido completo, porque eso nos generaría o nos llevaría al viejo problema —que planteaba el profesor Bickel en los Estados Unidos— del *principio contramayoritario* y la ilegitimidad de origen de nuestras funciones, en virtud de no tener tales atribuciones de carácter constituyente.

A mí me parece que, desde el propio Kelsen, esta figura de legislador negativo nunca operó, nunca tuvo una condición de ejercicio claro. Eso se debe a que los tribunales constitucionales, en la medida en que interpretan la Constitución, y en la medida en que abren y cancelan opciones, siempre han sido legisladores positivos.

Lo que me parece que Kelsen no vio, aunque estaba ahí presente —o que tal vez por su condición democrática expresada en *Esencia y valor de la democracia* no quiso ver—, es el problema central de que los tribunales, desde el momento en que están interpretando normas jurídicas, y particularmente normas constitucionales, están generando una condición muy importante de reconstitución social, que es lo que al final de cuentas demandamos de la política en cualquier sociedad más o menos racionalizada.

Me parece que ahí es donde tenemos una primera tensión. Tenemos una representación en la que queremos seguir viéndonos como boca que pronuncia la palabra de la Constitución, cuando en realidad estamos actuando mucho más a fondo: estamos determinando funciones constitutivas o estamos realizando funciones constitutivas del orden jurídico, de la Constitución y, por ende, de la sociedad.

Aquí es donde quiero empezar a formular algunas de mis conclusiones. Por un lado, tenemos una división de poderes sumamente compleja que opera según diversas racionalidades, que tiene lógicas distintas por el tipo de actores y que a través de diversidad de órganos está procesando la pluralidad de demandas que recibe. Por otro lado, tenemos un tribunal constitucional que se representa a sí mismo como un legislador negativo o positivo, pero que normalmente tiene un discurso ideologizado en el sentido de que no interviene más allá de la extracción de los sentidos de la propia Constitución. Sé que esto no es generalizado, y sé cuáles son los tribunales que tienen un discurso diferente. Sin embargo, en este momento estoy hablando de situaciones generales.

El problema que se me plantea, entonces, es el siguiente: ¿qué pasa cuando los órganos que están produciendo esa diversidad de normas vienen al tribunal constitucional, cualquiera sea su denominación, para que este juzgue las normas que ellos produjeron como consecuencia de la pluralidad de demandas que se están planteando muy distintos actores sociales?

Por supuesto que podemos seguir diciendo que el discurso que manejamos es un discurso jurídico, absolutamente autónomo, absolutamente cerrado en sí mismo; un discurso que se autoconvalida y eso se satisface operando exclusivamente con fórmulas jurídicas. Nos puede llegar una demanda sobre prácticamente cualquier cuestión, para que nosotros, insisto, a partir de lo que se supone un discurso jurídico imaginado en condiciones de autonomía, resolvamos lo procedente respecto de la cuestión planteada.

Sin embargo, ¿cuál es la consecuencia de imaginar así la forma de abordar los problemas por el tribunal constitucional? Supongo que es extraordinariamente peligrosa, porque vamos a tener un desencuentro no normativo, pero sí entre lo que se está produciendo en ese complejo modelo que he dado en llamar *división de poderes* y lo que vamos a resolver a partir de la suposición de que nuestro discurso jurídico es autosuficiente. Pienso que aquí hay un enorme problema con estas condiciones de operación de la división de poderes.

¿Qué podemos hacer para tratar de resolverlo? Me parece que una cosa es la autonomía del discurso jurídico que mantenemos en razón de nuestra educación, de la manera como se nos entrenó para ejercer la profesión de abogados: el conocimiento del orden jurídico positivo, algo de derecho comparado, algo de filosofía política o filosofía jurídica y poco más. No obstante, al lado de estos contenidos puramente profesionales, cabe preguntarnos: ¿cuáles son los fenómenos que acontecen en la economía, cuáles en la medicina y cuáles en la ingeniería?

Ese, en principio, es un asunto de los economistas, los médicos o los ingenieros, de los cuales nosotros poco tendríamos que ocuparnos. Aun así, esos contenidos cognoscitivos y muchos otros que en su momento podríamos imaginar tienen cabida de diversas maneras en la forma en que los tribunales constitucionales argumentamos y construimos nuestras resoluciones.

En nada se afecta la racionalidad jurídica —que es una cosa distinta al discurso jurídico— al incorporarle el contenido de otras racionalidades, que provienen de otras ramas del conocimiento o de otro tipo de actividades humanas. Este es un tema importante, sobre el cual quiero detenerme.

Hay sentencias dictadas por los tribunales de diversos países, principalmente Estados Unidos y Europa, en las cuales se allegan de la información necesaria para, dentro de un discurso jurídico sostenido en una sólida racionalidad también jurídica, incorporar los conocimientos de otras ciencias, de otras técnicas y de racionalidades diversas a la jurídica. Así, al procesar la racionalidad jurídica, se dialoga en condiciones más adecuadas con los órganos que están integrados en la división de poderes, como expresión genérica de la pluralidad que está produciendo este tipo de contenidos y dándoles forma jurídica.

Tal vez esta es la única solución que podemos tener para tratar de mantenernos como tribunal constitucional, ser intérpretes finales de la Constitución y, simultáneamente, estar incorporados en un mundo donde una pluralidad de órganos está produciendo una pluralidad de normas como consecuencia de una pluralidad de demandas de una pluralidad de actores sociales.

Me parece que, si no entendemos la función constitutiva del tribunal constitucional en la forma como se enfrenta a la sociedad y pensamos sencillamente que podemos mantener la autonomía del discurso jurídico, nos ponemos en una condición en la que no vamos a encajar con todo el conocimiento material y el procesamiento social que se está formulando en instancias diversas, y, consecuentemente, a través de nuestras decisiones podemos afectar el *mundo real*.

Si, por ejemplo, definimos mal un tema que tiene que ver con VIH, con competencia económica, con telecomunicaciones, con energías o con cualquier otro elemento material o técnico, estaremos hablando de dos mundos completamente diferentes. El hecho de que finalmente ambos mundos terminen unificándose en uno solo a través de la formalización normativa que habrá de realizarse por vía de la correspondiente sentencia no evita la diferenciación entre el mundo formalizado del derecho y los enormes sustantivos que mediante este pudieran acogerse.

Si únicamente, y a la Montesquieu, aceptáramos ser bocas que pronuncian la palabra de la Constitución, nuestra actuación se daría en términos de jerarquía normativa y de un discurso que se supone autosuficiente, pero no estaríamos incidiendo en las condiciones reales que se nos están presentando para su resolución.

Un antiguo y querido jefe me decía hace algunos años: “Si nosotros tenemos o participamos de un *negocio* en el cual al menos el cincuenta por ciento de nuestra *clientela* se va insatisfecha, dado que de las dos partes una gana, una pierde y a veces las dos pierden, ¿cómo legitimamos nuestro ejercicio cotidiano?”.

Hace ya algunos años el profesor Tyler, en la Universidad de Chicago, se planteó un análisis para resolver la siguiente pregunta: ¿por qué las personas obedecen el derecho? La respuesta que él da tiene que ver con las condiciones en que la

argumentación se produce. Se dice que, si las sentencias recogen la totalidad de los argumentos, la totalidad de las consideraciones, la totalidad de las cadenas argumentales —como se dice ahora—, llevan a entender los pormenores del sentido final de la resolución. Si alguien pierde la casa o la libertad —y en algunos sistemas, afortunadamente cada vez menos, la vida—, tendría que entender el conjunto de razones objetivadas que lo llevan a perder el bien que estuvo en litigio.

En este momento tenemos una "división de poderes" sumamente compleja, sumamente diversificada, y en algunas ocasiones muy sofisticada, como pueden ser las acciones de bancos centrales, o de órganos reguladores, o inclusive de órganos que están tratando de resolver una pluralidad política y social a través de diversas corrientes. A mi entender, la única manera de lograr la legitimidad de los tribunales en las condiciones apuntadas, como un valor muy importante de estabilidad del orden jurídico por las funciones que cumplimos, es a través de las formas de argumentación utilizadas.

Dentro de ese modo de hacer necesario, la manera más inteligente de actuar es a través de la incorporación, en la cadena argumental de la resolución, de los elementos materiales necesarios para lograr una correcta incidencia en el ámbito *real* en el cual la sentencia deba recaer. Esta forma de actuación nos lleva a entender que somos órganos que constituyen derecho, pero órganos que también constituyen realidad, y que tenemos que allegarnos de este conjunto de elementos que se están produciendo en la "división de poderes", otra vez como expresión genérica, no técnica, para efectos de incorporarlos a la racionalidad jurídica y producir resoluciones que tengan un alto grado de aceptación.

Pedro Gareca Perales (Bolivia)*

La prevaricación en tribunales colegiados

1. Introducción

En un asunto de extremada fragilidad y de entorno espinoso, cualquier enfoque que se pretenda esbozar ha de resultar insuficiente para desglosar el estudio de la prevaricación en sede jurisdiccional. Con todo, el que nos ofrece mayor aproximación es el de la perspectiva doctrinal y legal de esta figura delictiva que puede surgir en la diversidad de resoluciones que emiten los tribunales colegiados que en lo formal integran el Poder Judicial o, en su defecto, que en lo material ejercen funciones jurisdiccionales por estar regulados por una ley orgánica especial.

Las circunstancias son especiales si en el país se viene sustanciando un juicio de responsabilidad contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, y en etapa en que la Cámara de Diputados ha emitido la resolución de acusación n.º 049/2007, de 22 de agosto de 2007, mediante la cual se acusa a los magistrados por la presunta comisión de los delitos previstos en los artículos 173 y 161 del Código Penal y se dispone la suspensión en el ejercicio de sus cargos, en aplicación del artículo 23 de la ley procesal n.º 2623, para el Juzgamiento de Autoridades del Poder Judicial y

---

* Abogado y profesor de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Fiscal general de la República y actualmente en función de abogado asistente de la Presidencia de la Corte Suprema. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Autor de varios libros en materia constitucional y penal. ‹gareciza@entelnet.bo›

del Fiscal General de la República. La ejecución de suspensión es encomendada a la Policía Nacional vía Ministerio de Gobierno, a efecto de que se impida el ingreso a las dependencias del Tribunal Constitucional a los cuatro tribunos suspendidos.

2. La función de tribunales colegiados en la prevaricación

En la doctrina se sostiene que para la realización de la prevaricación se requiere una determinada cualidad personal, y son el juez, el tribunal y los fiscales del Ministerio Público los sujetos activos que estarían encajados en la normativa legal del artículo 2.º, numeral 40, de la ley n.º 1768 para cometer este injusto; determinación en sentido estricto que no cierra las puertas a otros tribunales que, sin ser parte del Poder Judicial, podrían quedar comprendidos en el capítulo de delitos contra la administración de justicia.

Esta precisión desde la perspectiva estrictamente legal y la visión de la doctrina nos trae a mano que la confianza judicialmente depositada por los ciudadanos en la justicia dependa no solo de la actuación de los jueces unipersonales, sino también de los tribunales colegiados, que en su desempeño pueden presentar características muy complejas cuando en un concurso de voluntades se inclinan por la infracción del injusto de la prevaricación. En este segmento se incluyen los siguientes tribunales:

- tribunales de sentencia integrados por jueces técnicos y jurados ciudadanos;
- salas de las cortes superiores, divididas en penales, civiles, social-administrativa, aduanera y tributaria coactiva;
- salas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, divididas en civiles, penales y social-administrativa;
- Corte Suprema en sala plena y
- Tribunal Constitucional en sala plena.

Como es conocido, la ley prevé que el juez, vocal, ministro o magistrado a quien corresponda la causa por sorteo asumirá la función de relator o ponente del auto, sentencia o resolución que hayan de someterse a consideración y discusión de los miembros integrantes del tribunal, a efecto de que el tribunal dé luz en el plazo legal establecido por el procedimiento y la ley especial a la resolución definitiva. Sin embargo, en este procedimiento podrían darse varios supuestos:

a) que haya acuerdos para que las resoluciones sean votadas por unanimidad;
b) que exijan los dos tercios para su aprobación o simple mayoría;
c) que el relator o ponente, por algún interés personal o para beneficiar a una de las partes o a un tercero, dirija su proyecto de resolución haciendo creer a sus colegas que se trata de un estudio profundo con apariencia legal, pero

visiblemente injusto, y que consiga engañar a quienes tienen la obligación de leer, analizar y firmar posteriormente, cuando estén convencidos de su construcción jurídica conforme a la ley y al derecho;

d) que el ponente o relator haya sido con anterioridad juez, abogado, mandatario o fiscal en la causa cuya resolución se propone, lo que compromete su imparcialidad si no opta por excusarse o separarse conforme a ley; en este supuesto, es lógico pensar que su silencio en algún momento podría ser el hilo conductor para sorprender a sus colegas con la suscripción de la resolución manifiestamente interesada, ilegal e injusta.

En los casos *a* y *b*, pensamos que no habría ningún problema que pudiera desencadenar una posible prevaricación, sino que tal probabilidad se concretaría en los supuestos *c* y *d*. No podría servir de excusa el haber firmado la resolución sin leerla y analizarla previamente, ni que se pretexte la excesiva carga procesal, ni que, a la hora de partir hacia otro departamento o país a cumplir una misión oficial, no se haya contado con el tiempo suficiente para darse cuenta de la gravedad de la injusticia. Para nada en estos casos es saludable fiarse de quien torciendo la ley en forma dolosa involucra a sus colegas en el engaño, que compromete iniciar no una medida disciplinaria de responsabilidad, sino de prevaricación por la conexión y falta de celo y rigurosidad en quienes la suscriben y disponen su notificación.

La exención de la prevaricación en los casos examinados podría ser posible en caso de que uno de los miembros del tribunal colegiado formule voto de disidencia o voto particular fundamentado, por haberse percatado de la manifiesta ilegalidad e injusticia de la resolución del ponente o relator. No sería justo que se condene por prevaricato a quien no se ha visto involucrado engañosamente en la firma de la resolución, máxime si formula desacuerdo fundamentado y que formará parte de la resolución principal que define derechos e intereses de las partes, así como sus efectos. Se conviene entonces en que responderán penalmente de la prevaricación los jueces, vocales, ministros y magistrados que conocieran la arbitrariedad e injusticia y aun así decidieran suscribirla.

La gravedad en estos últimos supuestos *c* y *d* pudiera verse más complicada si el relator o ponente de la causa asumiera esta función sin haberse producido el sorteo, como consecuencia de una alteración vedada en el turno u otro factor que denote el interés de favorecer a alguien en detrimento de la correcta aplicación de la ley y el derecho. Por eso, pensamos que el uso del sistema informático en el control de causas para sorteo y resolución, con la consiguiente selección por idoneidad y experiencia de quienes deben manejar el programa, es un valioso auxilio que merece ser explotado para evitar situaciones embarazosas que inclusive podrían derivar en el conocimiento de resoluciones por terceros sin haber agotado la discusión y el análisis y sin que hayan corrido las respectivas firmas y su inscripción en la *Gaceta Judicial* o *Constitucional*.

Los conjueces y magistrados suplentes, que asumen los mismos deberes y derechos que los titulares en causas específicas para las que son convocados por imperio

de la ley, indudablemente asumen la responsabilidad penal en caso de intervenir, sea como relatores o como miembros componentes, en el tribunal colegiado, preparando resolución dolosa, contraria a la ley. Lo mismo se aplica a los jueces ciudadanos como parte de un tribunal de sentencia. Creemos que ellos se presentan como los más expuestos y vulnerables al engaño doloso por los proponentes técnicos de la sentencia, por su carencia de preparación técnico-jurídica y escasa experiencia en los procesos penales, o la excesiva confianza en los jueces técnicos que tienen la obligación de fundamentar la sentencia. En resumen, los jueces ciudadanos, al ejercer jurisdicción conjuntamente los jueces técnicos y al ser el tribunal colegiado, pueden actuar como sujetos activos del delito al efectuar una aplicación torticera del derecho, emitiendo el veredicto que trastoque el orden jurídico vigente en forma manifiesta e injusta, máxime si su opinión se toma en cuenta en los fundamentos de la resolución, que es única en su género y por consiguiente es la que se aplica y surte efectos para las partes.

Autores como Llabrés Fuster y Tomás-Valiente Lanuza señalan que "el delito de prevaricación de los artículos 446 y 447 CP, no es susceptible de ser cometido, *de lege data* por el integrante del jurado. Para ellos, tal afirmación viene impuesta esencialmente, por el respeto al principio de legalidad, ya que el jurado no puede ser considerado sujeto activo de la conducta, que los preceptos legales mencionados refieren en exclusiva a Jueces y Magistrados".[1] Sin embargo, otros autores, como Gómez Colomer, expresan: "No debe olvidarse que los jurados son Jueces, por tanto ejercen función jurisdiccional, siendo para ellos al mismos tiempo una obligación y un derecho desempeñar el cargo".[2] Esta tesis última entraña la figura de que los jurados quedan integrados al concepto de juez ordinario y por consiguiente ejercen jurisdicción; es decir que sus criterios y argumentos vertidos en una causa penal son recogidos para subsumirse en los fundamentos de carácter jurídico que insertarán los jueces técnicos en la sentencia o resolución.

Lo evidente es que la doctrina en el derecho español no les confiere a los jurados la condición de jueces, y que es el principio de legalidad lo que impide tal reconocimiento. Empero, en lo que toca a nuestra economía jurídica la posición es contraria, ya que los jueces ciudadanos tienen tal categoría y por ello forman parte integrante del tribunal colegiado de sentencia, sin cuya presencia y conformación en cada uno de los actos del juicio oral y público sería casi imposible contar con la garantía del debido proceso y la correspondiente celeridad en la decisión. Al respecto, el libro segundo, capítulo II, "Integración de los tribunales de sentencia con jueces ciudadanos", es lo suficientemente claro para sostener lo que acabamos de afirmar.

---

[1] A. Llabrés Fuster y C. Tomás-Valiente Lanuza: *La responsabilidad penal del miembro del jurado,* Barcelona: CEDES, 1998, pp. 94.

[2] J. L. Gómez Colomer: "Aproximación al estatuto jurídico de los Jueces legos en el proyecto de ley del Jurado", en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n.º 193, Madrid, 1996, p. 1.

Los jueces ciudadanos son una pieza esencial en el proceso penal, al tal punto que su estatus de jueces está reconocido expresamente en el artículo 64 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (ley n.º 1970, de 25 de marzo de 1999) cuando señala ("Deberes y atribuciones de los jueces ciudadanos"): "Desde el momento de su designación, los jueces ciudadanos serán considerados integrantes del Tribunal y durante la substanciación del juicio tendrán los mismos deberes y atribuciones que los jueces técnicos". De modo que ante cualquier incumplimiento injustificado de sus deberes serán sancionados por delito de desobediencia a la autoridad, y por la función jurisdiccional que ejercen con los jueces técnicos son sujetos activos del delito de prevaricato en situaciones en que dictaren sentencias o resoluciones manifiesta o patentemente arbitrarias y contrarias a la ley y al orden jurídico establecido en el país.

Un tema que se debate es el referido a si los miembros del tribunal militar pueden ser sujetos activos del injusto de la prevaricación. Este importante sector es el encargado de defender y conservar la independencia nacional, garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido, asegurar el impero de la Constitución y la seguridad del Estado boliviano y sentar soberanía en todo el país cuidando las fronteras patrias. No obstante, en los últimos meses se comprobaron en el departamento de Pando (Cobija) asentamientos ilegales de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Brasil, los que fueron desalojados por el Ministerio de Gobierno con la ayuda del Ministerio de Defensa y la intervención de las Fuerzas Armadas. Ello muestra que, pese a la norma constitucional expresa (artículo 25 CPE), el resguardo de nuestras fronteras y de nuestras riquezas naturales —como la madera, la siringa, la castaña y otras— es muy relativo.

Las Fuerzas Armadas, como organismo institucional en su funcionamiento, están dotadas de instrumentos jurídicos como el Código Penal Militar y su respectivo procedimiento, y los tribunales militares ejercen jurisdicción por acciones que cometen los militares en el ejercicio de sus funciones. Pueden conocer y resolver una causa en forma injusta, como fue la absolución a los militares imputados que presuntamente participaron en los sucesos luctuosos de septiembre y octubre de 2003, en que el tribunal pronunció dicha resolución sin participación de las víctimas, en clara violación a las reglas del debido proceso que establece la Constitución Política del Estado en el artículo 16. Si a sabiendas de favorecer a los implicados se optó por negar el acceso de las víctimas y derechos humanos al proceso, los miembros del tribunal penal militar y los fiscales podrían encajar su conducta en el delito de prevaricación, puesto que la naturaleza de los delitos y la aplicación de un régimen penal militar no los exime de respetar y aplicar con preferencia la normativa constitucional en materia de garantías y derechos fundamentales, recogida en el artículo 228 de la CPE.

Probablemente la doctrina no discute que los tribunales militares estén fuera de la estructura del Poder Judicial, es decir, no comprendidos entre los órganos que

describe la ley de Organización Judicial, pero el delito de prevaricación judicial se enmarca en el capítulo de la administración de justicia y el ilícito se comete por comisión de sujetos cualificados; vale decir, por jueces y magistrados, lo que siempre abre la posibilidad de su comisión incluso en la jurisdicción castrense, actuación que se equipara a la labor jurisdiccional ordinaria, puesto que ambos tribunales dictan sentencias o resoluciones de orden jurisdiccional y se encargan de hacerlas cumplir luego de haber dado curso al sistema de recursos de revisión o apelación.

Como se puede apreciar, es la característica de la *función jurisdiccional,* sin importar el régimen especial en que la ley se aplica y tampoco la naturaleza de la materia, la que conduce a la configuración de la resolución o sentencia manifiestamente ilegal e injusta que emana de esta fuente y no de otra que posea distinta funcionalidad, en cuyo caso sería una incongruencia y hasta un desatino no extender los alcances de la prevaricación a sujetos activos que sí ostenten su condición de tribunales en el régimen militar al igual que los jueces, vocales, ministros y magistrados que forman parte de la estructura del Poder Judicial o se regularán por una ley especial.

Por otra parte, lo determinante en esta inclusión de los tribunales militares *es el delito de prevaricación que se plasma en la resolución o sentencia* y no el ámbito geográfico y la condición de militar. La doctrina considera que los miembros de estos tribunales pueden ser imputados como autores de la prevaricación judicial si sus atribuciones pueden entenderse incluidas en la administración de justicia, institución en la que se enmarca el delito. De modo que, por los razonamientos ya expuestos y en armonía con el pensamiento doctrinal que es fecundo y reflexivo, acuña la frase: "No compartimos posiciones o teorías excesivamente formalistas, que conducirían a excluir la autoría de esas personas que forman parte de los tribunales Militares, pues el Código Penal habla de Jueces y Magistrados".

3. La prevaricación concebida como delito de simple actividad y lesión

Existen dos vertientes que se esbozan para definir si la modalidad activa del delito de prevaricato es de *simple actividad y de lesión* o *es de resultado.* Los elementos que configuran el tipo penal, tanto en su construcción formal como material, serán las líneas necesarias para descubrir los fundamentos de cada una de estas corrientes doctrinales.

En la apreciación se este delito no basta la mera ilegalidad, sino la "manifiesta ilegalidad de la resolución o sentencia"; es decir, todo concepto que encierre la acción o manifestación de la voluntad consciente del juez o magistrado para incurrir en la infracción de la norma, que de modo flagrante y clamoroso rebasa los límites de la legalidad del orden jurídico, en la que se lleva implícita la injusticia dolosa de perjudicar a una de las partes o un tercero —en resumidas cuentas, de ocasionar grave perjuicio al interés general de una correcta administración de justicia.

Aquí, para que se configure la prevaricación judicial no se requiere, en sentido estricto, que la acción infractora del tipo produzca indefectiblemente una alteración o cambio en el mundo físico exterior o, dicho de otra manera, que la consecuencia de la acción, que es el resultado, sea parte de la acción o manifestación de voluntad. Por esta interpretación y perspectiva de ver el contenido del injusto, es que González Cussac concibe la prevaricación "como delito de mera actividad y lesión y, no de resultado".[3]

En esta misma forma de entendimiento y, partiendo de la opción de sentar distinción entre manifestación de voluntad y resultado, Muñoz Conde, acuña este criterio diferenciador: "La prevaricación judicial es un delito de mera actividad y no de resultado, pues el injusto se objetiva con la simple manifestación de una resolución manifiestamente ilegal e injusta, porque es entonces cuando se afecta la corrección de la función jurisdiccional, independientemente de la generación de un daño o perjuicio concreto";[4] verbigracia, que la sentencia condenatoria recaiga sobre un imputado inocente. En otros términos, si la resolución injusta no es algo separable de la acción típica o manifestación de la voluntad, es lógico sostener que la prevaricación judicial no exige efecto o resultado alguno.

Por otra parte, tomando en cuenta la lesión del bien jurídico como un concepto normativo y de acuerdo con el criterio que usa la doctrina para referirse a delitos de peligro o de lesión según que los tipos penales así lo establezcan, no cabe duda alguna de que el contenido del tipo penal de la prevaricación judicial recogido en el artículo 2.º, numeral 40, de la ley n.º 1768 supone una lesión del bien jurídico protegido, la *función jurisdiccional*, y por eso es que estamos en condiciones de afirmar que este ilícito propio y especial constituye un delito de *simple actividad o de lesión.*

No está de más subrayar que, cuando el sujeto prevaricador ha alcanzado su objetivo —vale decir, el agotamiento del delito al obtener un resultado con efectos dañosos producto de su acción típica—, entra en juego el concurso de delitos, por cuanto no se está ante una simple obstrucción de la función jurisdiccional, sino que existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado querido y agotado. Sobre este problema apuntado Muñoz Conde señala que "tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños como la ofensa al honor en el delito de injurias".[5]

La doctrina advierte en alguna medida que no es el resultado físico o perceptible el que configura el injusto de la prevaricación, sino aquella mala intención de la conducta del juez o fiscal que, alejándose de todo principio valorativo de la norma pertinente a la solución del conflicto, consciente y voluntariamente pronuncia una

---

[3] J. L. González Cussac: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios público,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed. actualizada conforme al Código Penal de 1995, 1997, pp. 27-29.

[4] F. Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 242.

[5] Ibídem, p. 62.

resolución ilegal e injusta, que a criterio de un hombre medio y de autoridades jurisdiccionales y fiscales que ejercen funciones similares en la materia sería difícil de justificar racionalmente. En estos casos lo que se quebranta es el bien jurídico de la *correcta administración de justicia, prevalido de su posición de autoridad jurisdiccional y de defensor de la legalidad.*

4. La doble faceta del juez o magistrado

El campo de la realidad social en la que el juez ejerce su ministerio no escapa la posibilidad de la existencia de una *prevaricación judicial* y una *prevaricación administrativa.* Así podría suceder cuando el juez actúa como funcionario público en asunto no judicial, como las subastas, cuando se integra como juez electoral en acontecimientos democráticos para la elección de presidente, vicepresidente, senadores y diputados, y en situaciones en que ordena la apertura de procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales de su dependencia.

Si apelamos a la literalidad de sentido abierto que presenta en su contenido el artículo 2.º, numeral 40, de la ley n.º 1768 que modifica el artículo 173 del Código Penal —que expresa: "El juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley…"—, pareciera que podría comprender cualquier clase de resolución que tenga su fuente en el órgano jurisdiccional, incluso aquellos acuerdos de sala plena que emanan de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; verbigracia, el n.º 14/2006, de 20 de septiembre de 2006, referido a la "Reasignación de competencias de los Juzgados 14 de Instrucción en lo Civil y 6.º de Instrucción de Familia que actualmente conforman el Centro Integrado de Justicia del 'Plan Tres Mil' de la ciudad de Santa Cruz", a los que confiere competencias para ejercer todas las facultades señaladas a los jueces de instrucción en materia civil, penal y de familia de las capitales de departamento y para conocer, a falta de juez de partido, los recursos de hábeas corpus, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, conforme a lo señalado en el nuevo texto del artículo 186 de la ley de Organización Judicial, incorporado por disposición del artículo 18 de la ley n.º 3324 de Reformas Orgánicas y Procesales - Reformas a la Ley de Organización Judicial, de 18 de enero de 2006, el cual dispone a su vez que la Corte Superior del distrito judicial de Santa Cruz extienda los títulos correspondientes.

La doctrina es bastante incisiva en cuanto a la posibilidad de configuración del delito de prevaricato por el juez o tribunal que dicta una resolución, auto o acuerdo de carácter administrativo manifiestamente ilegal e injusto, desde luego, sin que el acto tenga naturaleza jurisdiccional.

Para evitar confusiones y sentar criterios de deslinde entre la prevaricación judicial y la administrativa, no cabe duda de que, de una interpretación rigurosa del bien jurídico que protege el delito de prevaricato previsto en el artículo 2.º, numeral 40, de la ley n.º 1768, Modificatoria del Código Penal, y en el tema que nos ocupa

del artículo 173 del Código Punitivo, la expresión "resoluciones manifiestamente contrarias a la ley" se circunscribe en su aplicación estricta solamente a aquellas *resoluciones en las que se ejerza verdadera potestad jurisdiccional y que deciden intereses contrapuestos emergentes de un proceso, o bien se declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o resolución disponiendo los efectos de esta interpretación.*

Estarían comprendidas entonces bajo el rótulo de *actuaciones jurisdiccionales* las siguientes resoluciones judiciales: autos de procesamiento, autos que resuelven incidentes, autos de sobreseimiento, requerimientos o resoluciones de rechazo de querella, sentencias, autos de vista, autos supremos, sentencias constitucionales, declaraciones constitucionales y autos constitucionales.

De una manera general y en sentido teleológico, los autos dictados en la tramitación del proceso deciden recursos contra providencias, cuestiones incidentales de defectos procesales, excusas y recusaciones, nulidad de obrados, libertad provisional, detención preventiva o cesación de la detención, excarcelación, o cuando a tenor de las normas del Código de Procedimiento Penal deban revestir esa forma de decisión. Por otra parte, los autos pueden poner fin al procedimiento, como en el caso en que se dictare auto de sobreseimiento o rechazo de querella.

Las sentencias se elaboran para decidir definitivamente el juicio penal o de otra índole, en tanto que los autos de vista y autos supremos son pronunciados por las cortes superiores de distrito y por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir los recursos de apelación y casación que dentro de plazo legal interpusieren las partes involucradas en los procesos.

En materia penal, el *recurso de apelación restringida* previsto en el título IV, artículo 407 ("Motivos") del Código de Procedimiento Penal, prescribe:

> El recurso de apelación restringida será interpuesto por inobservancia o errónea aplicación de la ley.
>
> Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia, de conformidad a lo previsto por los artículos 169 y 370 de este Código.
>
> Este recurso solo podrá ser planteado contra las sentencias y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.

Se prevé que el recurso será planteado dentro del plazo de quince días de notificada la sentencia.

Contra el auto de vista, el Código de Procedimiento Penal, en el título V, artículo 416 ("Procedencia"), prevé el recurso de casación en los términos siguientes:

> El recurso de casación procede para impugnar autos de vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores de Justicia o por la Sala Penal de la Corte Suprema.

> El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente a tiempo de interponer la apelación restringida.
>
> Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el Auto de Vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diverso alcance.

Este código establece que el recurso deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación con el Auto de Vista impugnado ante la Sala que lo dictó.

Con buena sistematicidad y lógica, la ley del Tribunal Constitucional, n.º 1836 de 1.º de abril de 1998, en su título tercero, capítulo IV, artículo 41 ("Resoluciones"), § II, describe:

> Las resoluciones que resolvieran demandas o recursos se producirán en forma de sentencia. Las declaraciones serán adoptadas en los casos de consulta. Las decisiones de admisión o rechazo, desistimiento, caducidad u otras adoptarán la forma de auto.

Todas estas resoluciones que acabamos de enumerar y describir someramente, y que hacen a cuestiones de valoración y deciden en forma fundamentada una demanda o una causa procesal, bien pudieran ser expresión de ilegalidades e injusticias patentes, con efectos fatales en su contenido para quienes esperan un fallo o decisión acorde con la ley y el derecho. Consecuentemente, es en esta clase de resoluciones en que se acepta por unanimidad que los jueces, magistrados y fiscales pueden cometer prevaricación judicial o fiscal, "si pronuncian resoluciones arbitrarias e injustas en asuntos jurisdiccionales o, como en el caso de los fiscales que promuevan ante los órganos de la administración de justicia decisiones contrarias al ordenamiento jurídico u obstruyan la función jurisdiccional".

Concomitante con la posición anterior, la doctrina admite que los jueces y fiscales, estando en función administrativa, pueden en su actuación incurrir en la comisión del "injusto de prevaricación administrativa", como en el supuesto en que la ley y los reglamentos prevean que, para ocupar un cargo de responsabilidad de dirección o ejecutiva dentro de la institución del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público, previo un proceso de selección pública de evaluación de méritos, honestidad y experiencia, sea el profesional con mayor puntaje obtenido quien deberá ser designado, y la autoridad legitimada por ley proceda a designar y posesionar a alguien que no tiene perfil solvente y adecuado para el cargo. En esta situación estaríamos ante un supuesto de prevaricación administrativa; al menos a ello se inclina la uniforme doctrina, extendiendo la responsabilidad incluso a quienes hayan intervenido en el proceso de valoración, porque lo que se afecta en forma ilegal e injusta no es tanto a los profesionales que intervienen en convocatoria pública, sino la credibilidad de la administración pública vinculada directa o indirectamente a la función jurisdiccional y a la correcta aplicación de la ley en el Estado de derecho.

Los procesos de institucionalización pública que se desarrollan en el marco de una regulación normativa tienen como objetivo fortalecer y modernizar los sistemas de servicios que prestan los funcionarios públicos, tendencia que permite seleccionar a los mejores cuadros de profesionales con intachable solvencia moral, indiscutible honestidad y probada capacidad y experiencia, elementos que garantizan la optimización de la administración pública e incrementan los niveles de confianza de los destinatarios del servicio. Por tanto, las convocatorias públicas que tienen este propósito deben culminar con objetividad y transparencia estos procesos, designando con el mejor puntaje de aprobación al profesional que haya obtenido la primera ubicación cuando la norma reguladora no prevea la confección de terna previamente, y, en caso de exigir esta modalidad de terna producto de la selección, la autoridad legitimada por ley tendrá la libertad de elegir de entre ellos a quien considere que contribuirá mejor a la ejecución del proyecto o plan establecido por la institución.

La importancia de estos procesos insoslayablemente mantiene en alto la consideración y el respeto de la administración pública y, específicamente, de la administración de justicia y fiscal, reforzando en todo momento el fortalecimiento del Poder Judicial y de las instituciones que en forma independiente complementan la justicia. La eficacia y eficiencia se garantiza en el servicio, al prescindir de criterios basados en predilecciones o prejuicios que en nuestra época de cambios cualitativos no merecen tener espacio y menos ser privilegiados por influencias de poder.

Es de reconocer que, a través de estos mecanismos de selección de profesionales o servidores públicos en la administración de justicia y el Ministerio Público, el acto de la designación mediante título, memorándum o resolución de carácter administrativo constituye la última decisión con efectos legales. Empero, si tal decisión es manifiestamente ilegal, contraria al orden jurídico e injusta, por esta vía la resolución administrativa en ámbito jurisdiccional se considera típica de la prevaricación y por consiguiente susceptible de ser penada conforme ha sostenido la doctrina casi unánimemente.

Hay que puntualizar que otras posturas parten del hecho de que la incriminación de resoluciones administrativas injustas era más frágil y limitada que las sentencias o resoluciones que se originan en los procesos penales o civiles que responden al ejercicio de la potestad jurisdiccional esencialmente; sin embargo, los autores de esta última tesis no consideran que los efectos en resoluciones administrativas puedan ser tan graves que el daño causado implique la afectación a la honorabilidad y dignidad de quien, siendo ganador por concurso público, termine relegado por una decisión arbitraria e injusta. Lo evidente es que seguirá siendo un tema de mareas altas, de intenso debate y seguramente durante mucho tiempo correrán olas de críticas, mientras el legislador no apele a la hermenéutica del tecnicismo riguroso en el momento de describir el tipo penal de la prevaricación, distinguiéndola con claridad y elementos objetivos de la judicial o fiscal, pero no cabe duda de que las decisiones de esta clase, al brotar de un órgano jurisdiccional en su función o dimensión administrativa,

son factibles de contener actuaciones delictivas, sea con dolo o interés de beneficiar a alguien que no lo merece por ley, o de perjudicar moral o materialmente a otro a quien la ley respalda.

En los procesos de tramitación voluntaria en que no se plantea y resuelve un conflicto entre dos partes, sino que se deduce una declaración de derecho y esta es resuelta por medio de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional, es lógico que dicha decisión pueda originar contenidos arbitrarios o restrictivos y, consecuentemente, configurar una prevaricación judicial.

Cabe quizás preguntarse por qué los autos dictados en la jurisdicción voluntaria pueden lesionar el bien jurídico protegido por el tipo penal de la prevaricación judicial. La respuesta no es obvia, sino que la razón descansa en la postura que adopta el juez como garante de derechos e intereses legítimos que la ley reconoce a las personas.

Ahora bien, si el bien jurídico protegido por el delito de prevaricato judicial es la *función jurisdiccional*, no existe ningún margen de incertidumbre o dudas en cuanto a que el acto o resolución que emerge de la *jurisdicción voluntaria* pudiera negar arbitraria e injustamente el derecho reclamado por quien incoa el procedimiento, en cuyo supuesto lo que se afecta es el ejercicio de una correcta función jurisdiccional, independientemente del resultado que pudiera producirse a consecuencia de la acción voluntaria y manifiesta de ilegalidad del juez.

Desde esta perspectiva, la intervención del juez en los procedimientos voluntarios es de garante del orden jurídico y de los legítimos derechos de las personas que promuevan la vía legal, y si el juez prevalido de esa potestad dictare auto o resolución que no guarde coherencia y fundamentación con el bien tutelado por el delito, es de suponer que la apertura del expediente podrá ser por el delito de prevaricación judicial. Para objetivar la afirmación precedente, podría ocurrir, por ejemplo, que el juez en una demanda de declaración de herederos y partición de bienes instituya como sucesores legales *ab intestato* a personas cuya vinculación consanguínea no les alcance por la ley, en virtud de existir herederos en línea directa.

En esta misma senda de ejemplificación, incurre en la infracción de la prevaricación el juez que, a sabiendas de que la demandante de la sucesión hereditaria le quitó la vida a su padre para acceder al patrimonio mediante resolución, la instituye heredera, pasando por alto la aplicación de la ley, que retira de la sucesión a quien valiéndose del delito y demostrado en sentencia ejecutoriada pretenda suceder en el patrimonio del extinto.

5. El juicio de responsabilidad contra magistrados del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, al dictar la sentencia 0018/2007, de 9 de marzo de 2007, y el auto constitucional 0017/2007 ECA, que declara la constitucionalidad del

decreto supremo n.º 28993, de 30 de diciembre de 2006, y dispone dejar cesantes a los ministros de la Corte Suprema Carlos Jaime Villarroel Ferrer, Wilfredo Ovando Rojas, Zacarías Valeriano Rodríguez y Bernardo Bernal Callapa, exhorta al Poder Legislativo para que en el tiempo más breve posible proceda a la designación de sus titulares. Su decisión ha sido origen y causa para instaurarles a los magistrados Elizabeth Iñiguez de Salinas, Martha Rojas Álvarez, Artemio Arias Romano y Walter Raña Arana juicio de responsabilidad por la presunta comisión de los delitos de prevaricato, impedir o estorbar el ejercicio de funciones e incumplimiento de deberes.

Si partimos de la configuración del delito de prevaricato —que es un delito de dolo específico y por supuesto reforzado, puesto que quien infringe el tipo penal del artículo 173 del Código Penal, modificado por la ley n.º 1768, de 10 de marzo de 1997, artículo 2.º, numeral 40, no es un simple ciudadano dotado de un conocimiento medio, sino que se trata de un juez o tribunal que, más allá de conocer el orden jurídico, el espíritu y la finalidad del precepto, manifiestamente y a sabiendas resuelve vulnerarlo, y asume con conciencia y conocimiento pleno la injusticia de su decisión—, podríamos perfilar algunas ideas sustentadas en la legalidad y justicia, a fin de vislumbrar los elementos que contribuyan a dignificar a la justicia y reconducirla por el horizonte ponderable por la que siempre ha transitado el Tribunal Constitucional como expresión de garantía, pacificación de la sociedad, protección de los derechos fundamentales y defensa de la democracia y el Estado constitucional de derecho.

1) La *ratio decidendi* de la sentencia 0018/2007, de 9 de mayo de 2007, por su carácter interpretativa e integradora, dispone los efectos de esa interpretación, al comprobar que las condiciones que prevé el artículo 96.16 de la Constitución estaban plenamente cumplidas; esto es: a) que el presidente de la República ejerce excepcionalmente la potestad legal de designar a ministros de la Corte Suprema en caso de acefalía producida por muerte o renuncia, y b) en situaciones de receso del Congreso Nacional.
2) La interpretación de la función interina de los ministros dejados cesantes por el Tribunal Constitucional se concibe como una potestad derivada y subsecuente de la que está imbuido el Tribunal Constitucional al decidir sobre el fondo del recurso de inconstitucionalidad. Si el órgano garante supremo de la Constitución tiene facultad para decidir sobre la cuestión sustancial y material del recurso declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto supremo 28993, es natural, lógico y plenamente coherente que tenga que abarcar su decisión a los efectos de su interpretación, como la de establecer un límite al interinato con el fin de promover la legitimidad en la elección y designación de autoridades nacionales. Esta interpretación expansiva en sus efectos legales quizás no ha sido bien comprendida en su justa dimensión, ya que se lee que el pro-

pósito no solo era que el Congreso Nacional asumiera su responsabilidad democrática y constitucional de activar los procesos de designación, no solo de ministros y magistrados de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, sino evitar que los interinatos se convirtieran en precedentes históricos en la justicia constitucional de nuestro Estado social y democrático de derecho.

3) Más allá de las facetas complicadas del proceso investigativo que llevó adelante el Comité de Ministerio Público y el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados —instancias que fueron acusadas por los tribunos de no haber dado acceso al debido proceso, amplia defensa y presunción de inocencia y, en su caso, omitiendo el cumplimiento del tribunal de amparo en tutela de sus derechos en grado de apelación—, consideramos que ha sido el propio Congreso de la República el que ha dado cumplimiento a la sentencia 0018/2007 y en uso de la facultad conferida por el artículo 68.12 de la Constitución procedió a la designación de los cuatro ministros titulares, doctores José Luís Baptista Morales, Ángel Irusta Pérez, Hugo Roberto Suárez Calbimonte y Teófilo Tarquino Mujica, posesión efectuada el 24 de julio de 2007, lo que explica que la supuesta causa que motivó el enjuiciamiento penal de los Magistrados del Tribunal Constitucional se haya debilitado y con sentido promisorio de justicia, si la realidad muestra que el supremo tribunal y las salas penales que llevan adelante como tribunales de garantías los diversos juicios de responsabilidad contra ex dignatarios de Estado están cumpliendo a cabalidad y en el marco de la celeridad procesal su actividad jurisdiccional.

4) En *La prevaricación judicial y fiscal en Bolivia*, capítulo X, sección 10.4 ("Algunas ideas básicas desde la doctrina constitucional para distensionar el conflicto entre Poder Ejecutivo y Tribunal Constitucional"), había expresado mi profunda preocupación en los albores del proceso instaurado contra los tribunos, que por su importancia y oportunidad me permito reproducir:

> Estamos ante un nuevo vacío transitorio, esta vez de "jurisdicción constitucional", que se expresa en la falta de tutela y resguardo de los derechos fundamentales de todos los bolivianos, por cuanto el Tribunal Constitucional con una sola de sus Magistrados, que fue la que emitió voto de disidencia de la SC 0018/2007 de 9 de mayo, no podrá cumplir con las atribuciones que le asigna el artículo 120 de la Constitución y los artículos 7 y 47.I de la Ley del Tribunal Constitucional, disposición última que señala que las decisiones del Tribunal se adoptarán por mayoría de sus miembros, lo que significa que ningún sorteo podrá verificarse y esa es la prueba elocuente de nuestra preocupación que incidirá en la retardación de justicia, tan clamorosamente reclamada con insistencia en los últimos meses del año. Habría que preguntarse ¿qué va a pasar si la Cámara de Diputados por mayoría absoluta aprueba acusar a los cuatro Magistrados sin antes no haber designado en el Congreso a los tres titulares y dos suplentes del Tribunal Constitucional?, creemos que ya no estaríamos ante un "vacío transitorio", sino ante un "vacío permanente de la jurisdicción constitucional", lo que sería muy preocu-

> pante y sumamente grave para la imagen del país, la desprotección de los derechos y garantías de las personas y el debilitamiento del Estado social de Derecho. Porque no hay que olvidar que la acusación conlleva la medida cautelar de la suspensión del cargo a los imputados conforme prevé el artículo 23 de la Ley N.º 2623. Para prever esta preocupación, el Congreso debería priorizar y acelerar estas designaciones constitucionales por la institucionalidad permanente de la justicia.[6]

El presagio anticipado nos hace caer en la cuenta de que en los hechos no existe Tribunal Constitucional en actividad jurisdiccional, que es el mejor instrumento de protección de los derechos humanos positivados en la Constitución y las leyes y de las libertades públicas que tienen los ciudadanos del país; no hay quien asuma la defensa de la Constitución y tutele los derechos fundamentales y el sistema democrático legado por los luchadores de ayer que ofrendaron su vida por el Estado de derecho. Pensamos que no hay quien garantice la limitación del poder político a la Constitución y, en definitiva, estamos ante la inexistencia de bases ciertas que permitan a los ciudadanos experimentar al menos la vivencia de la condición de Estado de derecho, del acerbo de nuestra comunidad y de la invalorable dignidad de ciudadanos libres y forjadores de la paz.

Si para la designación de cuatro ministros de la Corte Suprema de la Nación han transcurrido dos meses y medio desde que se emitió la sentencia que dejó cesantes a los ministros interinos, similar tiempo o quizás más insumirá el proceso que demande la designación de magistrados del Tribunal Constitucional si el criterio político se inclina por emprender la designación de otras autoridades nacionales, entre ellas al fiscal general de la República, al ministro de la Corte Suprema por el departamento de Chuquisaca y otras. Por otra parte, cualquiera sea el procedimiento de designación, aunque desde luego sin introducir requisitos que vulneren la Constitución, lo importante es acelerar el procedimiento y calificar de prioridad la designación de tribunos.

Ahora bien, como apuntamos en líneas arriba, la hipótesis planteada se ha cumplido pero en forma *negativa*, por la diversidad de efectos que comprende la resolución de la Cámara de Diputados n.º 049/2007, de 22 de agosto de 2007, por medio de la cual se acusa a los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por la presunta comisión de los delitos incursos en la sanción de los artículos 173 y 161 del Código Penal y en aplicación del artículo 23 de la ley n.º 2623, ley procesal para el Juzgamiento de Altas Autoridades del Poder Judicial y del Fiscal General de la República, se dispone la suspensión de los imputados en el ejercicio de sus cargos; resolución con la que se ha notificado a los magistrados concernidos, a fin de que asuman su defensa en el Senado Nacional, órgano que se instituye por imperio de la ley especial en tribunal de sentencia o juicio propiamente dicho. Se tiene la esperanza de que en esta fase se subsanen los defectos procesales reclamados por los inculpados y se encauce el proceso penal en aplicación estricta de la Constitución, los tratados

---

[6] Pedro Gareca Perales: *La prevaricación judicial y fiscal en Bolivia,* Sucre: Talleres Gráficos Gaviota del Sur, 2007, p. 309.

y convenciones de la República, las leyes y los principios constitucionales y procesales que guían el debido proceso. En otros términos, al Senado como tribunal de sentencia le quedan dos caminos: a) radicar la causa, con lo que abre su competencia e implícitamente convalida los defectos absolutos del proceso impugnados por los implicados, y b) rechazar la acusación de la Cámara de Diputados al haberse pronunciado la Comisión de Derechos Humanos resolviendo la apelación de falta de acción y competencia interpuesta por los tribunos, en sentido de declarar extinguida la acción penal y disponer el archivo de obrados.

La decisión que adopte el tribunal de sentencia será histórica y plenamente legal y constitucional si se fundamenta en principios y valores de la Constitución, se enmarca en disposiciones de la ley n.º 2623, de 22 de diciembre de 2003, y en las normas del Código de Procedimiento Penal.

Al epílogo de estas impresiones de calado legal y con apego a la Constitución, deseo acuñar algunas frases que me inspiraron elaborar este artículo, que no es más que una parte de un ensayo anterior:

> No hay mayor coraje y tenacidad, si la fe que practicas en Dios la ofreces para cultivar la reserva moral del pueblo, porque ellos sí tienen el espíritu radiante de libertad y constructiva justicia, autoridad transparente e incomparable para rechazar la tensión y el agravio, como si en sueños revelados hayan experimentado misiones sensibles y momentos adversos para superar con dignidad el asedio insensato de quienes creen manejar la verdad, sin saber que están alejados de la libertad y la justicia.

Bibliografía

GONZALES CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed. actualizada conforme al Código Penal de 1995, 1997.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: "Aproximación al estatuto jurídico de los jueces legos en el proyecto de Ley del Jurado", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 193, Madrid, 1996.

GARECA PERALES, P.: *La prevaricación judicial y fiscal en Bolivia,* Sucre: Talleres Gráficos Gaviota del Sur, 2007.

LLABRÉS FUSTER, A., y C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA: *La responsabilidad penal del miembro del jurado,* Barcelona: CEDES, 1998.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte general,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 1996.

RIVERA SANTIBÁÑEZ, J. A.: *El Tribunal Constitucional, defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional,* Sucre: IMAG, 2007.

Günter Hirsch (Alemania)*

La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa**

Al tema lo subyace una pregunta que es central para el Estado democrático de derecho: ¿qué relación hay entre el tercer poder —el Poder Judicial— y el primero, el Poder Legislativo? ¿Dónde corre el límite entre la interpretación y la integración lícitas del derecho a través de los jueces y la indebida creación judicial de derecho?

I.

1. La discusión sobre los límites entre las funciones del legislador y las del juez es, cuando menos, tan antigua como la división de poderes. De acuerdo con Montesquieu (*El espíritu de las leyes*, 1748), el Estado debe mantenerse en un equilibrio, permanentemente amenazado, en el cual los tres poderes se controlan y se limitan mutuamente. Sin embargo, entre los tres poderes, el de los jueces es, según Montesquieu, en cierto modo nulo ("*en quelque façon nulle*"), ya que los jueces son solamente la boca que pronuncia las palabras de la ley, nada más ("*la bouche qui prononce les paroles de la loi*").

En consecuencia, se prohibió a los jueces, mediante decreto expreso, la interpretación de las leyes (así, por ejemplo, Federico II en 1780). Cesare Beccaria,

---

* Presidente del Tribunal Supremo Federal de Alemania. ‹praesident@bgh.bund.de›

** Traducción de Héctor Fix-Fierro.

contemporáneo de Montesquieu, opinaba que era preferible estar sometido a un gobernante absoluto a que el ciudadano quedara, como "esclavo" de los jueces y su furia interpretadora, en manos de una multitud de "pequeños tiranos y autoridades inferiores".

La quintaesencia de esta visión estrecha de la división de poderes radicaba en la idea de que no era función del tercer poder la de eliminar, a través de la interpretación, las dudas que suscitara la ley, sino asunto del primer poder mismo, puesto que estaba en juego el alcance de las leyes. El legislador tenía que estar mayormente sustraído al control y plenamente a la corrección del tercer poder. Para asegurar que así ocurriera, se marginó a la justicia. Los jueces eran, como explicaba Montesquieu, "en cierto modo seres sin alma, incapaces de moderar la fuerza o el rigor de la ley", es decir, unos autómatas de la subsunción.

Cuando la Ilustración acababa apenas de elevarla a la categoría de poder propio del Estado, se privaba a la jurisdicción, en nombre de la misma doctrina política, de su principal instrumento de actuación y de su principal recurso de poder: la interpretación de la ley.

2. Esto es algo más que historia. Las reservas que suscita una instancia que es independiente del legislador, en lo institucional y lo personal, y que tiene el poder de interpretar las leyes y, con ello, el de determinar en última instancia el contenido concreto de la regulación, siguen vigentes, especialmente en los países totalitarios. Así, por ejemplo, la Constitución de la Unión Soviética de 1977 disponía, breve y tajantemente, que la interpretación de las leyes correspondía al Presidium del Soviet Supremo de la URSS.

II.

Por el contrario, de nuestra noción de división de poderes se desprende que el legislador crea normas de contenido general abstracto, mientras que queda en manos de los jueces el destino ulterior de las leyes que aquel dicte, en particular sus efectos concretos. En la realidad jurídica, el juez insufla vida a la letra muerta de la ley. No solo aplica la ley —algo que también hace la administración— sino que le otorga una autoridad última de modo concreto e individual, contribuyendo a convertir en ser el deber ser.

Es por eso que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha rebatido expresamente a Montesquieu con las siguientes palabras: "En Europa, el juez nunca fue meramente '*la bouche qui prononce les paroles de la loi*'; el derecho romano, el *common law* inglés, el derecho común, eran en buena medida producto de la creación judicial del derecho" (Kloppenburg).

Tampoco la Ley Fundamental alemana le otorga la autoridad suprema a la ley. Conforme al artículo 20, inciso 3, de la Ley Fundamental, el juez está sujeto a la

ley y el derecho. Esta vinculación del tercer poder a "la ley y el derecho" no es una simple tautología, sino que libera al juez de la obediencia incondicional frente al legislador, rechazando así el positivismo puro de la ley. Como lo constata el Tribunal Constitucional Federal, esta fórmula "sostiene la conciencia de que, si bien en los hechos la ley y el derecho coinciden en general, no lo hacen siempre ni de manera necesaria".

III.

1. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan entonces del hecho de que el orden jurídico positivo y la idea del derecho puedan no coincidir? Las discusiones en la teoría y la filosofía del derecho sobre este punto llenan bibliotecas. En última instancia, se trata de la tensión insoluble entre los fenómenos de la ley, el derecho y la justicia, de la cual se han ocupado todos los grandes filósofos de la humanidad.

El dilema que se plantea al juez —y que no fue creado por el artículo 20, inciso 3, de la Ley Fundamental, al mencionar, en un plano acumulativo de igualdad a la ley y el derecho, sino que solamente le dio expresión— puede resumirse de la siguiente manera: por un lado, no puede darse por satisfecho de que una posible violación tangible de la idea de justicia se permita o se preceptúe en una ley. Por el otro lado, no puede abandonar el sendero de la obediencia a la ley simplemente con el argumento de que su idea de la justicia exige otra solución.

2. El problema tiene que solucionarse por debajo del principio constitucional de la sujeción no absoluta del juez a la ley, a saber, en el plano de los supuestos y los límites de la interpretación y la integración del derecho. La pregunta central reza: ¿en dónde encuentra sus límites la interpretación de la ley y la integración del derecho? ¿Cuándo y hasta qué punto puede (y debe) el juez apartarse del texto unívoco de la ley y de la voluntad del legislador por la vía de la interpretación o de la integración de la norma, y cuáles son los métodos que debe emplear para tal efecto?

El método de la interpretación de la ley es la brújula de la determinación del derecho. La pregunta fundamental es si el objetivo de la interpretación es la investigación y el respeto de la voluntad real del legislador o si lo es el sentido normativo de la ley. Esta dicotomía de las llamadas teorías subjetiva y objetiva marcó la doctrina filosófico-jurídica y metodológica relevante de los siglos XIX y XX en Europa.

IV.

El método de interpretación puede determinar el resultado de una controversia jurídica. Por tanto, su elección no constituye un instrumento interno e informal de la determinación judicial del derecho, sino que tiene calidad jurídica. Su importancia

queda de manifiesto en el dicho de un juez estadounidense: "*First is the law, then is the interpretation of the law, at last the interpretation is the law*". En la jurisprudencia alemana se ha impuesto el método objetivo, conforme al cual hay que tomar en cuenta la voluntad del legislador histórico como aspecto esencial para la interpretación, pero en caso de colisión aquella tiene que ceder su sitio a los criterios objetivo-teleológicos. En última instancia, lo determinante para la interpretación de una ley es la voluntad objetivada del legislador que se manifiesta en ella, la cual por lo regular coincide con la intención del legislador respecto del problema relevante.

Cuando el legislador no ha logrado formular correctamente su voluntad; o cuando ha sido víctima de errores o concepciones fallidas; o cuando el proceso de envejecimiento de la ley ha provocado que ya no tenga correspondencia con los valores presentes o las necesidades del tráfico jurídico de la actualidad, entonces la teoría objetiva abre al juez la posibilidad de apartarse de la voluntad subjetiva del legislador histórico. Aquí resulta aplicable la famosa frase de Gustav Radbruch, en el sentido de que en ocasiones la ley puede ser más lista que el legislador.

A lo anterior se objeta que la idea de que la ley pueda ser más lista que sus creadores es en realidad el gran engaño de los jueces, porque oculta que son ellos los que se consideran más listos que el legislador.

Lo cierto es que, en efecto, el juez respalda la determinación del derecho con su personalidad, con su subjetividad plena (con su "concepción previa"). El hogar paterno, el medio social, la infancia, el entorno, la experiencia vital personal, la cosmovisión y muchas cosas más marcan a toda personalidad y, por tanto, también la del juez. Sin duda todo ello desempeña un papel en el llenado del margen de interpretación que la ley otorga al juez. Empero: el juez no debe sustituir la concepción que haya tenido el legislador de lo que es correcto o incorrecto con la suya propia; no posee libertad para interpretar e integrar el derecho. Por el contrario, tiene que averiguar el fin de la ley, el *telos* que le es inmanente; debe preguntarse cuál ha sido el propósito que perseguía la regulación del legislador respecto del problema sustantivo concreto a solucionar; tiene que orientar su resolución conforme a las decisiones valorativas de los derechos fundamentales. En breve: el juez está vinculado a ciertos métodos de la determinación del derecho, así como a los parámetros jurídico-constitucionales. El hecho de que este marco del conocimiento valorativo confiera espacio a los "elementos de la voluntad" es algo inmanente al sistema y, por tanto, no resulta objetable desde el punto de vista constitucional.

La determinación del derecho en los casos en los que no se puede deducir de la ley ninguna respuesta a la cuestión jurídica planteada ("laguna de la ley"), en los cuales tiene que actualizarse la decisión valorativa del legislador o en que esta no encontró en la ley una expresión suficiente e identificable, es la verdadera carga, y no el placer, de la existencia del juez.

En la doctrina se debate si la interpretación judicial puede ir tan lejos que desatienda un mandato legal unívoco y querido (*contra legem*). Con independencia de

que este acto ya no sería de interpretación de la ley, sino su negación, en la práctica no tiene ninguna importancia. La *lex* a la que está sujeto el juez comprende no solo la norma escrita, sino también la homogeneidad y plenitud, orientada a valores, del conjunto del orden jurídico. Si bien están marcadas por las concepciones valorativas del legislador, el cual se encuentra sujeto a un horizonte de conocimiento condicionado por el tiempo y la situación, las leyes no se encuentran aisladas en el espacio jurídico, sino que son parte integral de un orden homogéneo de valores. La tarea innata del juez consiste en hacer coincidir el fin de la ley y los valores que a través de él quería realizar el legislador ("voluntad objetivada del legislador", "contenido normativo de la ley") con el orden jurídico en su conjunto. Aun cuando el juez abandone el suelo de la ley escrita, esto no quiere decir todavía que haya abandonado el suelo de la Constitución. No toda acción fuera de la ley es una acción contra la ley.

V.

1. Al concepto de *Estado de los jueces* se le confiere desde hace algún tiempo una connotación negativa. En Alemania se habla incluso de la "marcha hacia el Estado oligárquico de los jueces".

Esto es una tontería. El concepto de Estado de los jueces no merece una connotación negativa, sino que, por el contrario, se trata de la concreción del Estado de derecho. En el Estado de los jueces, el juez lleva sobre sus hombros la carga principal de la responsabilidad por la libertad del individuo y por el bien común. Nuestro Estado de derecho es ambas cosas al mismo tiempo: Estado legislativo y Estado de los jueces. Ambos se complementan.

En un Estado de derecho, la competencia que tienen los jueces para interpretar e integrar el derecho no está dirigida contra el legislador, y tampoco se trata de un poder usurpado, sino patrimonio del tercer poder y elemento constructivo en la división de poderes.

Puesto que una norma no puede permanecer petrificada en un mundo en constante transformación, su contenido regulatorio tiene que cambiar de manera permanente. Así, por ejemplo, las leyes de policía utilizan sin cambio, desde hace más de un siglo, el concepto central de "orden público". En su época, fumar en público se consideraba como una grave infracción, mientras que no se estimaba incorrecto que el ciudadano tirara su basura en la calle. Ahora que la interpretación de ese concepto se ha convertido en su opuesto, es posible que el péndulo regrese una vez más.

¿Quién más sino el juez está llamado, por razones constitucionales, a determinar el nuevo contenido de una ley, con auxilio de los métodos jurídicamente reconocidos, y a hacerlos valer en la realidad jurídica? La independencia garantizada por la Ley Fundamental y su sujeción exclusiva a la ley y el derecho predestinan al juez, en cuanto "ayudante de la justicia", a hacer valer en sus resoluciones el contenido

objetivo de la ley. “La Constitución pretende ambas cosas a la vez: el juez obediente de la ley como instrumento del gobierno del pueblo, y el correctivo, de pensamiento independiente, que contrarreste aquellos cambios que amenacen la libertad y las estructuras” (U. di Fabio, juez del Tribunal Constitucional Federal).

2. Hay que tomar conocimiento de que, en un mundo en transformación, las tareas que se le plantean al legislador cambian y, por tanto, también se modifica la relación entre el primero y el tercer poder. Las circunstancias sociales, técnicas, científicas y económicas se transforman a tal velocidad, que el legislador no siempre puede seguirlas, y en ciertos casos tampoco debe hacerlo. Resulta fácil criticar a un legislador que, expuesto al “hambre de normas de una sociedad industrial moderna”, tiene que encontrar, en el marco de las coacciones que le imponen las coaliciones y el sistema políticos, compromisos (políticos) para satisfacer las complejas necesidades de regulación social, las cuales frecuentemente se encuentran en flujo.

También es cierto que toda norma se encuentra permanentemente en el contexto de las condiciones sociales y de las opiniones sociopolíticas, sobre las cuales tiene que surtir efectos; en ocasiones, su contenido puede y debe transformarse junto con ellas. Cuanto más veloz y complejo sea el cambio de esas condiciones, tanto mayor será la necesidad de la adaptación judicial de las normas. Ya sea de manera voluntaria o forzada, el legislador actual otorga mayor espacio a la integración, adaptación y desarrollo de sus leyes a través del juez, respecto de cuya competencia profesional, independencia personal y convicción a favor del Estado de derecho no se plantea ninguna duda fundamental. El derecho de creación judicial es, en nuestro Estado de derecho, el correlato sistémico-inmanente de la nueva cultura legislativa.

Permítanme citar un ejemplo tomado de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Federal, el cual demuestra la tarea cuasilegislativa que asume la jurisdicción en una sociedad moderna.

Conforme al derecho alemán, el niño que nace dentro de un matrimonio o poco tiempo después de su terminación se considera hijo legítimo del varón con el cual está casada la mujer. Aunque el padre legal puede impugnar la paternidad legítima, la acción correspondiente resulta admisible solo si puede alegar razones que sean objetivamente adecuadas para cuestionar su paternidad. En algunos casos, un hombre que se consideraba padre legal (“padre pagador”) logró llevar a cabo una prueba secreta de ADN, con ayuda de los cabellos o la goma de mascar del niño, lo que dio por resultado que no podía ser el progenitor del menor. El tribunal tenía que resolver la cuestión de si ello implicaba un hecho que permitía la impugnación de la paternidad. El Tribunal Supremo Federal lo negó, diciendo que una prueba de ADN sin contar con el consentimiento del hijo o de la madre constituía una violación del derecho fundamental del menor a ser protegido contra la investigación de su carga genética, y por ello el tribunal no podía utilizar el resultado de la prueba.

Esta solución judicial desencadenó fuertes controversias. Puesto que el legislador guarda silencio al respecto, fue el tribunal el que tuvo que resolver la cuestión, aunque se tratara de una clásica tarea del legislador.

En breve, el Tribunal Constitucional Federal examinará el asunto desde el ángulo del derecho constitucional; además, hay un proyecto de ley que, si bien mantiene la inadmisibilidad de las pruebas secretas de ADN, también aligera considerablemente la impugnación de la paternidad.

VI.

El reproche de que a través de la interpretación y la integración extensivas del derecho el juez pone en cuestión la prerrogativa del legislador resulta inoperante por varias razones. En primer lugar, el juez está obligado a resolver, aun cuando la ley guarde silencio o no ofrezca una respuesta adecuada. Por el otro lado, el derecho de creación judicial deja intocada la primacía regulatoria del legislador, pues este conserva la facultad de privar de fundamento a cualquier interpretación o integración del derecho que hagan los tribunales, mediante la modificación de la ley.

VII.

Por lo demás, en Europa hay que tomar en cuenta, respecto del ámbito de la interpretación judicial de las leyes, que junto con la Comunidad Europea ha surgido un orden jurídico supranacional autónomo. El derecho de la Comunidad Europa tiene vigencia directa en los estados miembros y, en caso de colisión, tiene primacía sobre el derecho nacional. El derecho comunitario tiene que ser aplicado por los jueces, en ocasiones de manera directa, pero en otras de modo indirecto, por ejemplo, en la transformación de las directivas de la Comunidad.

Puesto que cada vez son más los campos jurídicos que están regulados por el derecho comunitario europeo, los jueces nacionales tienen que aplicar cada vez más el derecho europeo o tomarlo en consideración para la interpretación del derecho nacional. Por ello, a los métodos clásicos de la interpretación se ha agregado la interpretación conforme con el derecho europeo. La europeización del legislador va entonces de la mano con la europeización de la interpretación y la integración de la ley.

VIII.

Recientemente he explicado en una contribución a una revista que la relación entre el juez y el legislador ya no puede describirse, como se hacía hace cien años, como si fuera la relación de un sirviente con su señor. Si buscáramos una imagen, la más apropiada sería la de la relación entre el pianista y el compositor; el juez inter-

preta los datos vinculantes que le proporciona el legislador, pero si bien cuenta con márgenes de interpretación, no debe falsificar la pieza. Por lo demás, los medios de comunicación apuntarían al pianista, cuando en realidad su objetivo tendría que ser el compositor.

Algunos profesores atacaron fuertemente esta imagen. Uno consideró que se amenazaban los cimientos del Estado y escribió: "En un país en que un juez pretendiera ser Horowitz y otro Rubinstein… los jueces serían una amenaza para la libertad".

Los jueces son servidores del pueblo, en cuyo nombre dictan sus sentencias. Sirven a nuestro Estado de derecho al insuflar vida a la letra muerta de la ley en la realidad jurídica; contribuyen a que el deber ser se convierta en ser. ¿Qué más podría desear el legislador, ya sea el nacional o el europeo, sino que haya jueces que interpreten sus leyes con el arte con que Horowitz o Rubinstein interpretaban a Chopin? ¿Acaso no señalaba ya Savigny que la interpretación de las leyes era un arte que, como todo arte, en última instancia no podía ser transmitido o adquirido mediante reglas? ¿Y acaso no se aplica bien a un buen juez la descripción de los atributos de un buen pianista que hizo Horowitz?: "La interpretación del piano consta de razón, corazón y medios técnicos. Todos tienen que estar desarrollados en igual medida. Sin razón es usted un engaño, sin técnica un aficionado, y sin corazón una máquina".

Martín Risso Ferrand (Uruguay)*

Los derechos humanos como concepto mítico

1. Precisiones previas

Los *derechos humanos,* como todo objeto de estudio, pueden ser encarados con diversos enfoques y métodos. Seguramente lo más frecuente es encontrar estudios con enfoques jurídicos o con enfoques políticos, aunque en los últimos tiempos han aparecido otras perspectivas: los derechos humanos y el desarrollo económico (aproximando conceptos que no pueden ser independientes y mucho menos nociones opuestas), los derechos humanos y la empresa (con la lógica preocupación social y ética que debe regir la actividad empresarial), los derechos humanos en sus aspectos internacionales (en los distintos ámbitos y variantes). Y por supuesto que siguen presentes las reflexiones tradicionales (con enfoques filosóficos, antropológicos, éticos y morales, etcétera) y no faltan perspectivas mixtas que combinen todas o algunas de estas metodologías o enfoques.

En el presente trabajo procuraré enfocar los derechos humanos en una perspectiva *mítica,* o analizando esta temática como concepto mítico. A estos efectos deberé realizar algunas consideraciones muy sintéticas que permitan indicar en qué sentido utilizo el término *mito* (para evitar problemas basados en el uso de palabras). A continuación intentaré plantear el tema con esta perspectiva pero tomando tres puntos de referencia: a) uno basado en el análisis y la comparación con la *democracia,* también

* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. ‹mrisso@ucu.edu.uy›.

considerada en sus aspectos míticos (procurando ver los distintos grados de madurez y las razones por las cuales los conceptos míticos evolucionan y varían); b) otro basado en los principales conceptos míticos del derecho de los últimos doscientos años, y c) otro que procura comparar esta noción y ver qué diferencias existen entre Europa y América Latina o, más precisamente, con el sur de América Latina.

Por último procuraré formular algunas conclusiones, aunque desde ya cabe adelantar que, tratándose de unas primeras reflexiones sobre el tema, más que conclusiones se intentará señalar algunos aspectos para continuar luego con su análisis.

2. La noción de *mito*

Según señala Puy,[1] la palabra *mito,* que es una recuperación romántica de un viejo término, primero griego (*mythos*) y después latino (*mythus*), significa 'narración', y lo es de algo que no ha acontecido. O, me permito agregar, algo que no ha acontecido con las características con que se narra. Continúa Puy señalando que por mito se entiende, en primer lugar, una narración plástica, o imaginaria, o legendaria, o fabulosa, de hechos misteriosos o acontecimientos secretos cuyos protagonistas son los dioses, y que por eso hacen relación con los orígenes o con el principio de las cosas, de los hombres o de los grupos sociales entre quienes se desenvuelve o a quienes se dirige. En segundo lugar, el mito implica una narración dotada de virtualidad propia, de fuerza operativa interna actualmente, hoy, en este momento. Y este dato es importante para toda la praxis humana en general y, por tanto, para el derecho o la práctica jurídica en particular.

El mito es la narración de un acontecimiento originario que tiene actualidad operativa. ¿Por qué? Pues porque no es solo un cuento seductor, relativo a la historia de los dioses, sino que es una reviviscencia de los orígenes. El mito implica un saber irracional pero no por eso inútil; por el contrario, puede ser muy importante.

Sin pretender ingresar en una disputa teórica sobre el concepto correcto o preciso de *mito,* y solo para evitar estériles discusiones terminológicas, utilizaré la expresión siguiendo en buena medida al profesor Puy, para referir a: a) un concepto atractivo, seductor, aceptado generalmente por los distintos actores sociales; b) un concepto irracional o parcialmente irracional (sin perjuicio de que pueda ser estudiado, con diversas metodologías, en términos esencialmente racionales); c) un concepto que implica una representación clara de algo deseado, bueno, aunque todos estos aspectos sean consecuencias de reflexiones no racionales (históricas, psicológicas, sociales, ideológicas, etcétera), y d) un concepto que, en un aspecto positivo o negativo, une o representa un factor de unión o saber compartido por un grupo social. Estos conceptos para ser considerados míticos deben presentar un fuerte arraigo social, perdurar o ser idóneos para perdurar, sin perjuicio de los lógicos ajustes, y ser

---

[1] Francisco Puy: *Jurídica tópica*, México: Porrúa, 2006, pp. 6 ss.

muy difíciles de destruir. El mito puede tener aspectos o consecuencias negativas o positivas para el grupo social o para parte de él.

Muchos eventos, documentos o conceptos históricos o presentes son susceptibles de ser analizados con los parámetros anteriores. La noción de *monarquía*, con diversas connotaciones según los distintos momentos históricos y distinguiendo sus aspectos positivos (deseados) o negativos (no deseados) en las distintas sociedades (según sean estas monárquicas o no) es un buen ejemplo de noción mítica. La explicación hoy de la existencia de monarquías en varios países europeos puede realizarse con ópticas políticas, históricas, culturales, sociales, y también mediante el análisis de la monarquía en sus aspectos míticos, irracionales, o, si se prefiere, mediante el estudio de la significación mítica que la monarquía presenta en dichas sociedades.

También, en el extremo opuesto y en un ámbito más próximo a las convicciones americanas, incuestionablemente no monárquicas, podemos mencionar un documento: el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América con su famoso "*We the people of the United States of America in Order to form the more perfect Union…*". La referencia a *nosotros el pueblo*, susceptible obviamente de los más variados análisis, merece también un análisis de su fuerza mítica desde el siglo XVIII hasta nuestros días, como elemento de unidad que explica la Nación y da legitimidad al ejercicio del poder constituyente.

Es frecuente encontrar en América Latina hechos históricos con claros aspectos míticos, ya sea por elementos fabulosos, heroicos o legendarios que se le fueron añadiendo con el decurso del tiempo, o bien por su significación. Ciertos enfrentamientos armados en el siglo XIX con su clara significación respecto a la independencia de los países de América frente a las potencias imperiales de la época son claros. También ciertas declaraciones o documentos que aparecen cargados de una significación que excede en mucho su realidad histórica: basta pensar en las declaraciones americanas de independencia o en la sanción de las primeras constituciones en las nuevas repúblicas. Y por supuesto que frecuentes son los casos de personalidades míticas, que aparecen frente a ciertos grupos sociales como casi perfectas y con rasgos fuera de lo común, o encarnando ciertos idearios o valores superiores.

De los ejemplos rápidamente mencionados puede advertirse con facilidad cómo hechos, documentos o conceptos que pueden ser analizados científicamente presentan una significación mítica valiosa para los distintos grupos sociales en tanto fundadora o caracterizadora de vínculos nacionales, de la independencia de una nación, del vínculo entre los distintos grupos, etcétera. Y, por supuesto, los mitos pueden tener un significado positivo o negativo (pueden representar ideales que lograr o enemigos o peligros que evitar) según los casos.

La gama es amplísima y los mitos van variando en sus características a través de la historia. Desde el fabuloso mito de Rómulo y Remo y la fundación de Roma (esencialmente irracional), pasando por la hazaña del rey Leonidas y sus trescientos espartanos deteniendo a los persas en el desfiladero de las Termópilas (evento

histórico cargado de mensajes y símbolos, y seguramente exagerado), también por otros más cargados de realidad pero siempre con aspectos que los distorsionan o los transforman en fabulosos,[2] se llega a otros más racionales (como los vinculados a la democracia, la justicia, la independencia, etcétera). Quizás podamos distinguir, según su carga irracional, entre mitos esencialmente irracionales y otros con algunos elementos de racionalidad, aunque sin perder sus demás caracteres.

3. La democracia como concepto mítico

Si pensamos en Latinoamérica a mediados del siglo XX (especialmente en las décadas del cincuenta, sesenta y principios de los setenta), puede constatarse con cierta facilidad que la democracia, además de su significación política, jurídica, histórica, cultural, filosófica, etcétera, aparecía en nuestras sociedades con un fuerte contenido mítico. En general los distintos grupos sociales, sin plenos fundamentos racionales o sin base teórica suficiente, reconocían[3] a la "democracia" como algo bueno, como la legitimación del ejercicio del poder, como una forma de avanzar, quizás como una esperanza de que las cosas mejorarían o de que los gobernantes democráticos cambiarían las cosas.

En esa época —y en la actualidad— es claro que la mayor parte de la población no podía expresar con precisión qué era la democracia, pero era firme defensora de ella. Es aquí donde se ve el aspecto mítico del concepto y de la propia palabra.

Si bien es relativamente sencillo reconocer en muchas de las sociedades latinoamericanas ese concepto mítico (por supuesto que habrá cambios entre los distintos países), también debe advertirse un matiz básico: hace treinta años no existía unidad en el mito sobre la democracia, sino que estaba fraccionado. Algunos, reconociendo a la democracia como buena, criticaban ciertas formas democráticas a las que consideraban funcionamientos patológicos o algo que no era una verdadera democracia. Así se buscaba descalificar a las democracias de la época agregando calificativos despectivos (o utilizados en un sentido peyorativo) tales como *formal*, *política*,

---

[2] En Uruguay existe un mito deportivo muy fuerte en la sociedad, aunque hoy, por razones bastantes evidentes, en franco declive. Este es el llamado *mito de Maracaná*, que hace referencia a un hecho real: en el famoso estadio de Maracaná, en Río de Janeiro, en el año 1950, el seleccionado de fútbol uruguayo derrotó en la final al seleccionado de Brasil y obtuvo así su segunda copa mundial de selecciones. Lo que fue una victoria deportiva se distorsionó en el imaginario colectivo otorgando al hecho aspectos casi épicos y con referencias poco comprensibles, o directamente incomprensibles, en una perspectiva racional (como la *garra charrúa*). La Copa del Mundo de 1950 ha presentado, además de sus aspectos deportivos e históricos, una clara virtualidad mítica. Incluso cuando la realidad y las frecuentes derrotas nos muestran una y otra vez que el mito no existe, así y todo queda la sensación de que quizás todos los fracasos sean pasajeros y puedan volver los soñados triunfos. *Maracaná* puede ser seriamente analizado en este sentido como un mito sumamente negativo para la sociedad uruguaya, pero ello no es tema para este trabajo.

[3] Por supuesto que la aceptación no era total, sino que existían grupos autoritarios.

burguesa, etcétera, y frente a ese sentido presuntamente disminuido se esgrimían nuevas (o viejas) concepciones: democracia *real,* democracia *material,* democracia *avanzada,* etcétera.[4] Ante esta posición, e invocando el mismo concepto mítico de democracia (aunque en otro sentido), reaccionaban los defensores de la *democracia política,* que procuraban defenderla de ciertos grupos señalados como autoritarios que, a su juicio, pretendían destruirla y sustituirla. Esto no significa otra cosa que la constatación de que en aquellos años el mito de la democracia no se encontraba maduro en Latinoamérica, sino que, por el contrario, estaba claramente dominado por ideologías políticas, ignorancia y seguramente miedos y recelos recíprocos con una alta dosis de intolerancia. Casi todos se decían partidarios de la democracia, pero era poco claro qué era eso, o quizás directamente muchos preferían algo distinto.

Si bien se dijo antes que los mitos son muy difíciles de cambiar o destruir, no debe esto llevar a la idea de que son inalterables. Lo que ocurre es que para cambiar un mito se precisa mucho tiempo o hechos muy graves que *sacudan* las bases del mito forzando su sustitución o evolución. Y esto fue lo que ocurrió en América Latina en los setenta, cuando una ola infernal de dictaduras se instaló en nuestras sociedades y se produjeron las más atroces violaciones de los derechos humanos. La *salida* de las dictaduras[5] y la toma de conciencia de lo que había ocurrido implicaron en cierta forma una revalorización del mito de democracia. La democracia era una sola (ni burguesa ni avanzada) y las disputas ideológicas la habían destruido permitiendo el avasallamiento de los derechos humanos. De alguna forma esto produjo una suerte de maduración del mito de democracia que, en buena parte, logró despojarse de sus aspectos político-ideológicos y colocarse por encima de estos. La democracia está ahora por encima de las ideologías y no se discute más.

Así puede verse, por ejemplo, que a) en la mayoría de los países latinoamericanos el resultado electoral democrático resulta inalterable y se acepta sin dejar espacio para la tentación autoritaria del derrotado contra el gobierno con legitimidad democrática; b) algunos que en el pasado se alzaron en armas contra gobiernos democráticos, por lo que obviamente no creían en ellos, hoy aceptan sus reglas e incluso ocupan bancas legislativas legítimamente obtenidas o puestos de gobierno dentro del sistema democrático antes combatido; y c) nadie cuestiona, al menos en público, la legitimidad del poder obtenido democráticamente.

Por supuesto que lo anterior no ocurre en toda América Latina sino que hay diferencias sustanciales de una sociedad a otra, y, lamentablemente, podemos apreciar procesos basados en líderes carismáticos, con fuertes rasgos populistas o neopopulistas, que implican un nuevo cuestionamiento al mito de la democracia. Muchas veces estos procesos van acompañados de problemas culturales serios en las

---

[4] Es interesante ver el sentido mítico que adquieren ciertas expresiones o palabras en ciertos contextos. Sirven para defender o atacar un discurso sobrevalorándolo o disminuyéndolo.

[5] Véase que digo *salida de las dictaduras* y no *ingreso a la democracia.* Lo primero se logró; lo segundo está por verse en la mayoría de nuestras sociedades.

sociedades o de simplificaciones de la realidad, las más frecuentes: a) la creencia de que las cosas son blancas o negras, o que el tema es entre *ángeles* y *diablos*, y b) la muy extendida creencia de que para ser una sociedad democrática basta con celebrar cada tanto elecciones y que las grandes mayorías y sus líderes pueden hacer lo que les plazca. Y todo asociado a la pobreza y la falta de esperanza que crean el ambiente adecuado para estas manifestaciones autoritarias.

En síntesis, la democracia en su perspectiva mítica, centrada en el sur de América del Sur, es un buen ejemplo de los distintos grados de madurez que puede presentar una noción en sus aspectos míticos, de cómo hechos graves y trascendentes pueden hacer variar en períodos cortos ciertos mitos y de cómo, lamentablemente, en la región se siguen enfrentando problemas que afectan o ponen en peligro el mito y sus consecuencias.

4. Los mitos en el derecho

El profesor Duncan Kennedy,[6] analizando lo que él denomina las distintas *globalizaciones*, ha realizado una interesante distinción de ciertos contenidos centrales a los que analiza distinguiendo el período que denomina como *pensamiento legal clásico*, que sitúa entre 1850 y 1914, el período *social*, entre 1900 y 1968, y el período que podríamos simplificar como *contemporáneo*, aunque este autor lo señala hasta el año 2000.

El esquema de este autor es el siguiente:

	1st:1850-1914 Classical Legal Thought	2nd:1900-1968 The Social	3rd:1945-2000 Policy analysis, neo-formalism and adjudication
Rights	individual rights property rights	group rights social rights	human rights
Equality	formal equality	social justice	non-discrimination
Ideal	Freedom, system & legal science	solidarity, evolution & social science	democracy, rights, rule of law & pragmatism
Legal Core	private law	social law	constitutional law
Legal Philosophy	legal positivism	legal pluralism	multiple normative reconstruction projects

[6] Duncan Kennedy: "Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968", en *Suffolk University Law Review*, vol. XXXVI, n.º 3, 2003, pp. 631-679.

	1st:1850-1914 Classical Legal Thought	2nd:1900-1968 The Social	3rd:1945-2000 Policy analysis, neo-formalism and adjudication
Normative Ideas	right, will, fault	social welfare	rights & policies
Boundary	law/morality	law/society	law/politics
Governance Idea	unitary state	corporatism	federalism
Societal Unit	a people	social classes, national minorites	plural identities
Socio-legal Unit	the nation-state	the institution	civil society

Este planteo tiene notorias coincidencias con visiones más comunes en América Latina que distinguen al menos tres grandes etapas en la evolución del Estado de derecho que comienza en el siglo XVIII.

En primer término apareció el Estado *liberal* de derecho (desde el siglo XVIII hasta los comienzos del siglo XX), fundado sobre: a) los derechos individuales y en especial el derecho de propiedad (elevados a nivel de dogma); b) el derecho privado, en especial el derecho civil y los grandes códigos (la justicia se encontraba y se hacía con y a través de la ley), y c) una confianza extrema en la ley y en la figura del legislador que desarrollaba en esta concepción un papel central. Se propugnaba un Estado abstencionista y se consideraba —se creía sin sustento racional— que dejar actuar libremente a las distintas fuerzas e intereses sociales y económicos era la mejor forma de lograr el afianzamiento de los derechos individuales y de la democracia.

En el segundo período encontramos el Estado *social* de derecho, claramente diferenciado de formas autoritarias y como complemento o superación del Estado liberal. Esta nueva etapa estuvo marcada por el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y por el complemento del principio formal de igualdad con la igualdad material, claramente formulada en el artículo 3 de la Constitución italiana. El Estado dejó de ser abstencionista y asumió diversos grados de intervencionismo. En este período se *creía* en el Estado, al que se consideraba la panacea para todos los males y en el que se confiaba para lograr la plena protección y concreción de los derechos. La confianza en el legislador se desplazó hacia el administrador y hacia la planificación. Dentro de esta concepción, y en su acepción típicamente mítica, apareció el *Estado de bienestar,* grado extremo del intervencionismo estatal (el mito del *buen* Estado que resuelve todos los problemas y protege a todos), como el ideal deseado y en el que se creía (y todavía hoy muchos siguen creyendo en este Estado paternalista).

La crisis del Estado de bienestar, o el pasaje al Estado de *malestar*,[7] ha puesto nuevamente en cuestión estos conceptos y no es sencillo hoy determinar qué es el Estado de derecho o cómo ha evolucionado a finales del siglo XX y principios del XXI. Pero este análisis excedería los objetivos de este trabajo.

De lo anterior es importante destacar cómo el centro de los derechos y el corazón del derecho se fueron desplazando y cómo los actores principales se fueron sustituyendo (legislador, administrador-planificador, juez).

Prescindiendo de otros enfoques (jurídicos, políticos, filosóficos, éticos), parece bastante claro que en el mundo occidental desde la segunda mitad del siglo XVIII y durante el siglo XIX se afianzaron, en lo que a los derechos de los individuos refiere, ciertos conceptos que adquirieron una suerte de condición mítica. En efecto, se trataba de derechos que, más allá de su significación jurídica, política, etcétera, suscitaron un grado de adhesión y de valoración muchas veces en niveles inconscientes o irracionales. Esto ocurrió claramente en torno a los llamados *derechos individuales* y al derecho de propiedad, que calaron tan fuerte en la sociedad para ser reconocidos como lo más importante y casi lo único importante. La importancia de estos derechos es hoy evidente con enfoques racionales, pero también puede apreciarse en una perspectiva histórica cómo en los orígenes se llevó a estos valores a radicalismos extremos impregnando todo el derecho y a toda la sociedad.

En el siglo XX, con base en un largo proceso que había comenzado en el siglo anterior, se produjo un desplazamiento o un intento de desplazamiento de estos derechos por los que genéricamente podríamos denominar *derechos sociales*. Los derechos de primera generación eran los del hombre ideal; todos eran sus titulares por su mera condición de seres humanos, por el solo hecho de nacer. Pero en el siglo XX se apuntó al hombre real y a las mayorías que no podían ejercer, en los hechos, plenamente sus derechos. Este proceso de desplazamiento de los derechos individuales tuvo dos variantes básicas: a) las propuestas de tipo autoritario, que pretendían destruir los avances del sistema democrático de lo s siglos XIX y XX (las calificadas democracias *formales* o *burguesas*) y sustituirlo por otras formas de gobierno que, aunque fueran denominadas *democráticas*, eran incuestionablemente autoritarias —ya fuera en sus variantes capitalistas (el régimen franquista o las dictaduras latinoamericanas) o no capitalistas (el sistema de la Unión Soviética y aliados)—, y b) propuestas de tipo democrático que procuraban la complementación de los derechos anteriores con una nueva generación: los *derechos económicos, sociales y culturales*. Lamentablemente no siempre fue ni es clara la separación de estas dos variantes y muchas aparecen mezcladas: así, bajo ciertos ropajes democráticos se puede apreciar a veces enfoques realmente autoritarios. Cada variante presenta sus

[7] En el Estado *de malestar* se espera del Estado algo que el Estado no puede brindar (satisfacción a todos de los derechos de segunda y tercera generación), al menos como se le reclama. Se le pide lo que no puede dar y luego se protesta porque no se recibe lo que de antemano se sabía que no se recibiría, o al menos no como se esperaba.

respectivos componentes y personalidades míticas, sea como elementos positivos (deseados) o negativos (enemigos).

El desplazamiento mítico de los derechos individuales a los sociales no fue sencillo ni pacífico. Unos vieron con temor cómo otros pretendían destruir su mundo mítico con nuevas concepciones, mientras que estos últimos avanzaron en esa dirección consecuentemente con su concepción mítica. Este período de tensión no está aún terminado y con frecuencia vemos choques producto de estas concepciones míticas. Conflictos difíciles de articular, pues suelen basarse en radicalismos que conducen a reconocer sus respectivos valores como verdades incuestionables que permitirán la felicidad: no hay posibilidad de armonización o transacción, sino que una de las alternativas se admite como incuestionablemente correcta. En los dos bandos suele pensarse lo mismo. En pleno siglo XXI se dio en Uruguay una larga discusión (que subsiste todavía) sobre si es posible que un sindicato, en el ejercicio del derecho huelga, ocupe una empresa (fábrica, comercio, etcétera) quitando el control de esta a sus propietarios o impidiendo que funcione en forma indefinida. En general, sindicatos y asociaciones empresariales (salvo escasas excepciones) se abroquelaron defendiendo sus respectivas posiciones extremas sin concesiones de tipo alguno: unos defendían un derecho de huelga que no tendría casi límites y otros un derecho de propiedad que tampoco reconocería límites. Fácil es advertir en la base de estas disputas (incuestionablemente anticuadas) concepciones ideológicas opuestas.[8]

En medio de esta tensión, a finales del siglo XX comienza a consolidarse una nueva concepción mítica, la de los derechos humanos, que presenta infinitas ventajas sobre las anteriores, pero, especialmente, una: dentro de la noción de derechos humanos ingresan los derechos individuales y los sociales, económicos y culturales debidamente armonizados (y también los posteriores). Esta concepción parte de los derechos humanos como una unidad indivisible y busca el balance y la armonización entre ellos.

Claro que, lamentablemente, aunque ahora todos utilicen la expresión *derechos humanos*, en Latinoamérica todavía se usa en un sentido muy primitivo, con un enfoque parcial y no en su globalidad, para referir a un sistema de derechos, de distintas generaciones, único e indivisible. Fácil es advertir los peligros que esta situación encierra, pues el mito es extraordinariamente confuso, por lo que cada cual puede usarlo como quiera, a veces por error y otras veces para aprovecharse del referido valor mítico y manejar ciertos grupos sociales.

---

[8] Sobre el tema puede verse “Las ocupaciones”, 14 de mayo de 2007, en ‹http://www.ucu.edu.uy›.

6. Los derechos humanos como mito y su evolución

Tanto en América Latina como Europa se vivió durante el siglo XX la tensión entre los dos valores míticos (derechos individuales y sociales), sea a través de alternativas autoritarias (capitalistas y no capitalistas) o de procesos democráticos.

En el caso de Europa, algunos grandes hechos han influido decisivamente (sin perjuicio de otros) en la actual concepción de los derechos humanos: a) las dos guerras mundiales, y en especial la segunda, pusieron de manifiesto violaciones de los derechos de los individuos como no se habían visto antes (el mundo fue consciente de lo que ocurrió, cosa que antes no pasaba); b) la Guerra Fría y la Europa dividida; c) el proceso de consolidación continental que ha desembocado en la actual Unión Europea, y d) la caída del imperio soviético, el desmembramiento de la URSS y la caída del muro de Berlín (posiblemente este último hecho sea el más cargado de simbolismo mítico).

En la Europa contemporánea es frecuente oír hablar de los derechos humanos en todos los niveles. Los derechos humanos, además de sus perspectivas jurídicas, políticas, sociales, económicas, etcétera, presentan hoy un claro contenido mítico como algo especialmente relevante. Pero los derechos humanos se asocian con el progreso y el desarrollo y se toman en su globalidad como un sistema único e indivisible. Lo que podríamos llamar *mito de los derechos humanos* es algo que en Europa tiene una alta dosis de racionalidad y aparece casi sin visiones parciales. Por supuesto que esto no puede llevarnos a utopías, ya que, por ejemplo, hablar en algunos países europeos de los derechos humanos de los migrantes (legales o ilegales) o de ciertas minorías religiosas o étnicas puede ser problemático e ingenuo.

En Latinoamérica el momento traumático para el cambio o la aceptación de los derechos humanos fueron los años ochenta, al salir de las distintas dictaduras y comprobar la magnitud de las violaciones a los derechos humanos que se habían cometido. A partir de ese momento la expresión *derechos humanos* ingresó en el lenguaje político, jurídico, social y hasta empresarial. Hoy se reconoce a los derechos humanos como algo de singular importancia, quizás lo más importante. Todos los discursos, sean políticos, jurídicos, económicos, sociales, buscan su fundamento en los derechos humanos y todos procuran presentarse a sí mismos como defensores de los derechos humanos (la acusación de ser violador de estos derechos es uno de los peores agravios que puede sufrir un individuo u organización).

Pero, a diferencia de Europa, los derechos humanos en su perspectiva mítica aparecen en América del Sur con una amplia dosis de intuición o irracionalidad y, en general, con visiones parciales. Un individuo en el sur de América Latina asocia inmediatamente derechos humanos con lo ocurrido en las últimas dictaduras: la prisión irregular de individuos, la tortura y las desapariciones forzadas de personas —todo sumado a la disyuntiva de si es necesario castigar a los culpables o si es preferible perdonar y olvidar—. Esta visión, además de parcial y sin perjuicio de ser correcta

(todos esos ejemplos refieren a terribles casos de violaciones de los derechos humanos), tiene un contenido trágico, un sentimiento de injusticia, o quizás un reclamo de justicia por lo ocurrido en el pasado, y aquí está uno de los puntos trascendentes. A diferencia de Europa, donde los derechos humanos son algo, en general, para enfrentar el presente y el futuro (sin perjuicio de que tengan también proyecciones hacia el pasado), en nuestros países muchas veces los derechos humanos son algo que se analiza exclusiva o básicamente mirando hacia atrás, y hoy casi lo único que importa es saber qué pasó y castigar a los responsables. Importan más, o parecen importar más, las violaciones a los derechos humanos del pasado que las actuales o futuras.[9]

La diferencia es muy clara, aunque parecería que comienza a borrarse. Por ello no es posible marcar líneas tajantes entre los continentes, sino más bien señalar ciertas tendencias. Por otra parte, es bueno mencionar que en los Estados Unidos, sin mayores traumas ni dudas y basándose muchas veces en los avances técnicos, se investigan casos muy antiguos, algunos referidos a asesinatos de activistas de los derechos humanos o afroamericanos ocurridos en los años sesenta, y esto no genera problemas de ninguna especie.

Volviendo a nuestras latitudes, creo que la asociación de los derechos humanos con un pasado más o menos reciente, trágico e injusto, y su formulación como un reclamo de justicia, está dejando fuera otros aspectos vinculados a los derechos humanos, tales como a) la visión global y total de los derechos humanos y b) la proyección hacia el presente y el futuro de los derechos humanos. No está mal mirar las violaciones de los derechos humanos en el pasado; el problema es que se termine limitando el tema solo a eso. Los derechos humanos tienen una significación mucho mayor, actual y futura, que no puede perderse de vista.

En definitiva, en materia de derechos humanos hoy podemos encontrar en el mundo occidental claras identidades: a) en el ámbito normativo, producto de las normas internacionales (universales y regionales), que son las mismas, y de una cierta similitud en las constituciones, y b) en el ámbito académico, donde los derechos humanos se entenderán en términos más o menos similares (en sus perspectivas jurídicas, filosóficas, morales, etcétera) sin perjuicio de matices.

Pero cuando pasamos a la realidad, a lo que la gente (incluyendo a la clase política) entiende y especialmente *siente* como derechos humanos, cuando nos aproximamos a estos derechos en sus aspectos míticos, las diferencias aparecen y en este sentido podría sostenerse:

1. No es posible separar en la materia a Europa y América Latina en forma tajante, ya que las características se cruzan y muchas veces no están claras.

---

[9] Un caso especial aparece cuando se advierten las deplorables condiciones de reclusión en la mayoría de las cárceles latinoamericanas, que posiblemente son peores que hace treinta años. Pero se habla poco de este presente y mucho del pasado.

2. Tampoco es posible encontrar en la realidad, y en el sentido mencionado, una concepción única en Latinoamérica, sino que, por el contrario, se encuentran marcadas diferencias entre las distintas sociedades y cambios importantes en la percepción de estos temas.
3. Lo que sí parece más claro, en especial si pensamos en el sur de Latinoamérica y lo comparamos con Europa, es que los derechos humanos tienden, aunque no siempre, a aparecer: a) con visiones parciales y sin comprender el fenómeno en su totalidad; b) vinculados o muy influidos por ideologías políticas que pretenden apropiarse del mito (de la misma forma que en los sesenta se disputaron la "propiedad" de la democracia); c) como una mirada al pasado, como un legítimo reclamo de justicia; d) como un mito no consolidado socialmente (en toda su plenitud), no suficientemente maduro (con enfoques parciales), etcétera.

Uno de los principales problemas que ocasiona lo anterior es el riesgo de hartazgo de los derechos humanos, el riesgo de que nuestras sociedades comiencen a pensar en ellos como en algo inútil para el presente y el futuro. Esto es muy peligroso y está empezando a insinuarse en algunos lugares. Debe combatirse esta tendencia.

En el esquema anterior, de baja comprensión y adhesión al mito, se entiende cómo florecen líderes carismáticos que, invocando los derechos humanos, propugnan en realidad la sustitución de las formas democráticas de gobierno por otras autoritarias. Solo la pobreza y la desesperanza, sumadas a carencias culturales profundas, pueden explicar que vastos sectores sociales puedan aceptar estas tendencias cuando sabido es que sin democracia y sin Estado de derecho no hay protección de los derechos humanos posible. Hoy en ciertos países latinoamericanos asistimos al encarcelamiento y hostigamiento de los jueces (en especial, miembros de tribunales constitucionales), a quienes se acusa de diversas fechorías (arrestados por cumplir sus funciones), y ciertos gobernantes reclaman plenos poderes destruyendo la sabiduría inmensa del principio de separación de poderes. Pero todos invocan los derechos humanos (aunque en una visión parcial e incorrecta) y pretenden ser sus mejores defensores, de la misma forma que ocurrió con la noción mítica de democracia en los sesenta y en los setenta. Hace treinta años dicha realidad terminó por matar la democracia y abrir el paso a las dictaduras.

7. ¿Pesimismo u optimismo?

De las anteriores reflexiones, no muy sistematizadas, se llega fácilmente a dos interrogantes: ¿se debe ser optimista o pesimista en materia de derechos humanos en Latinoamérica? y ¿qué se precisa para mejorar la situación?

Sobre la primera pregunta, y pese a ser muy crítico con la realidad actual, más si la comparo con Europa y especialmente con los países del norte de Europa, creo que

la respuesta debe ser optimista. Hace poco más de un cuarto siglo en América Latina se cometían las violaciones más atroces a los derechos humanos. Uno le cuenta hoy a un niño las cosas que ocurrían y el niño no lo cree; piensa que es una broma que se le está haciendo. Se ha mejorado y mucho, y esto debe permitir ser optimistas, sin perjuicio de ver los problemas actuales.

En cuanto a cómo avanzar y mejorar en la materia, parecería que la educación y la explicación seria de los derechos humanos es básica, tanto como lo es la despolitización y desideologización del tema (si no se logra esto, poco se podrá avanzar). Se precisa que en nuestras sociedades cale profundo la idea de que los derechos humanos son algo básico para la vida individual y social, que deben ser analizados en su totalidad y no en forma fraccionada, y, fundamentalmente, que se vea en los derechos humanos una oportunidad real para el presente y el futuro, algo por lo que vale la pena luchar, inteligentemente, por nosotros y especialmente para nuestros hijos y las futuras generaciones. Y sobre todo: debe lograrse la convicción (que cuenta con sobradas pruebas racionales) de que solo es posible la verdadera, total y efectiva protección de los derechos humanos en el marco de un Estado democrático de derecho. Todos los derechos humanos merecen protección y todas las personas, sin excepción alguna, tienen derecho a recibirla.

II. Derecho procesal constitucional

- *Samuel B. Abad Yupanqui (Perú)*
  Precedente y derecho procesal constitucional.
  La experiencia peruana

- *Osvaldo Alfredo Gozaíni (Argentina)*
  Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*

- *Andrés Pires Gontijo (Brasil)*
  A construção do processo constitucional
  no âmbito do Supremo Tribunal Federal

- *Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*
  La jurisdicción constitucional en Chile
  (después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental)

Samuel B. Abad Yupanqui (Perú)*

Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana

El desarrollo de los procesos constitucionales ha generado un interesante debate sobre el rol que debe atribuirse a la jurisprudencia constitucional. En efecto, se viene discutiendo en qué medida la denominada *jurisdicción constitucional* contribuye a revalorizar los actos jurisdiccionales que se transforman en verdaderas fuentes de derecho. Este enfoque resulta novedoso en aquellos ordenamientos ajenos a la influencia anglosajona, donde el valor del precedente se encuentra devaluado y rige una tradicional cultura *legalista*.

Precisamente, en el presente artículo examinaremos el valor atribuido a la jurisprudencia constitucional en el derecho procesal constitucional peruano, los cambios que ha introducido el Código Procesal Constitucional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que actualmente permite distinguir el precedente de la doctrina jurisprudencial.

Cabe recordar que en el Perú los procesos constitucionales pueden ser resueltos por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional. En algunos casos, comparten determinadas competencias en un mismo proceso (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), ya que el Poder Judicial actúa como instancia previa y el Tribunal Constitucional en último grado. En otros, la ejercen de modo exclusivo; verbigracia, la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, el proceso competencial y el proceso de inconstitucionalidad, estos últimos ante el Tribunal Constitucional. De

* Profesor principal de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la misma universidad y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. <sabad@pucp.edu.pe>

ahí que la jurisprudencia pueda emanar tanto del Poder Judicial como especialmente del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la ley orgánica del Tribunal Constitucional, ley 28301 —que comenzó a regir cuando entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, es decir, el 1 de diciembre del 2004— señala en su primer artículo que el Tribunal Constitucional es el "órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad".[1] En otras palabras, en el Perú el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución.

1. El precedente constitucional vinculante. Su diferencia con la doctrina jurisprudencial o constitucional

El artículo VI del Código Procesal Constitucional ratifica el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que resuelva el Poder Judicial al señalar que "los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad […]". Dicho dispositivo agrega que "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. A tales decisiones dictadas al amparo del citado dispositivo el Tribunal las ha denominado jurisprudencia o "doctrina constitucional". Así, en el caso *Ramón Salazar Yarlenqué*,[2] afirmó:

> […] conforme lo establece el artículo vi del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Posteriormente, en el caso *Dirección Regional de Pesquería de La Libertad*, resuelto el 19 de abril del 2007, sostuvo:

---

[1] La referida ley reitera dos disposiciones previstas en el artículo VI del Código Procesal Constitucional y que resultaba innecesario repetir. En efecto, la primera disposición final de la LOTC señala: "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad". Y, la segunda disposición final indica: "Los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional".

[2] Expediente 03741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 42, resuelto el 14 de noviembre del 2005.

> Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal solo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.[3]

De esta manera, el Tribunal ha distinguido la doctrina jurisprudencial de los precedentes. Así también lo hizo en el caso *Poder Ejecutivo —MINCETUR— con Poder Judicial:*[4]

> 69. […], el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales.

Como indica Rodríguez Santander, a diferencia del precedente, la jurisprudencia constitucional "no hace alusión a una norma de efecto vinculante general […], sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que […], debe ser observado por todos los jueces y tribunales".[5] Además, a juicio de Pedro Grández, mientras que el precedente "está expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden, o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión", en la doctrina jurisprudencial "las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio* […] y, por tanto, deben ser identificadas en cada caso por el tribunal que los debe aplicar".[6] Por su parte, el Tribunal ha establecido que si se desconoce la doctrina jurisprudencial procede el amparo, así se trate de una sentencia de amparo debido al "desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial

---

[3] Expediente 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico 15.

[4] Expediente 006-2006-PC/TC, resuelto el 13 de febrero del 2007.

[5] Roger Rodríguez Santander: "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos", en Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.): *Estudios al precedente constitucional*, Lima: Palestra, 2007, p. 58.

[6] Pedro P. Grandez Castro: "Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú", en Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.): *Estudios al precedente constitucional*, Lima: Palestra, 2007, p. 95.

de este Tribunal";[7] en cambio, si se desconoce un precedente, procede el recurso de agravio constitucional para llevar el caso al Tribunal Constitucional.

Por lo demás, el artículo VII del Código, al regular el precedente constitucional vinculante, establece las condiciones para que este exista. Así, dicha norma señala:

> Las *sentencias* del Tribunal Constitucional que adquieren la *autoridad de cosa juzgada* constituyen precedente vinculante cuando así *lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.* Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Esta disposición pretende establecer más orden y seguridad para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional se convierte en precedente de observancia obligatoria. De acuerdo con ella, para que una resolución constituya precedente debe tratarse de una sentencia, tener autoridad de cosa juzgada y el propio Tribunal debe indicarlo en forma expresa y precisa. Con ello se pretende dotar al sistema de predictibilidad, "coherencia y seguridad jurídica".[8]

Como hemos indicado, a juicio del Tribunal el precedente tiene carácter normativo:

> […] el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.
>
> El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.[9]

Este criterio se ha mantenido en la sentencia de 24 de abril del 2006, cuando se desarrolló el sistema de fuentes previsto por la Constitución,[10] [11] y en el caso *Jacobo Romero Quispe*, resuelto 8 de enero del 2006.[12] En tal oportunidad sostuvo: "[…] el Tribunal, a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto".

Cabe recordar que la noción de *precedente vinculante* proviene del derecho anglosajón y ha contado con un destacado desarrollo en el sistema judicial

---

[7] Fundamento jurídico 39, B, 2.

[8] Oscar Díaz Muñoz: "La jurisprudencia constitucional", en José F. Palomino Manchego (coord.): *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, t. I, Lima: Grijley, 2005, p. 279.

[9] Expediente 0024-2003-AI/TC, resuelto el 10 de octubre de 2005.

[10] Una posición crítica a los efectos normativos otorgados por el Tribunal a sus precedentes constitucionales ha sido desarrollado por Eugenia Ariano Deho: "Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 96, Lima: Gaceta Jurídica, setiembre 2006, pp. 75 ss.

[11] Expediente 047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 34.

[12] Expediente 1333-2006-PA/TC, fundamento jurídico 24.

norteamericano, a tal punto que se afirma que "la doctrina del precedente es el vehículo para penetrar en la lógica interna del sistema jurídico norteamericano y en el estudio del derecho desde una óptica dinámica".[13] Es decir, se trata de una institución nacida en un sistema jurídico que concibe al derecho como un derecho en movimiento, que es creado y adaptado por los jueces, y en el que los precedentes "configuran derecho nuevo, completan y adicionan el ordenamiento jurídico, y no solo determinan los criterios de aplicación de las normas preexistentes".[14]

Además, el Tribunal Constitucional ha entendido que "el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes":[15]

> a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.
> […], la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. […]
>
> b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.
> La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; […].

De esta manera, la propia jurisprudencia del Tribunal ha ido complementando lo dispuesto por el artículo VII del Código. Cabe mencionar que en algunas ocasiones el Tribunal ha precisado los alcances de sus precedentes al resolver recursos de aclaración de sus sentencias, lo cual no resulta adecuado ni brinda seguridad jurídica. Una de las sentencias más conocidas fue el caso *Ramón Salazar Yarlenqué*,[16] pues en su resolución de aclaración precisó los alcances del control difuso en sede administrativa. No es extraño que esto suceda, pues la técnica del precedente aún no cuenta con suficiente desarrollo en nuestro país y por eso algunos autores han visto etapas en su proceso de consolidación,[17] y no pocas decisiones han generado polémica.[18]

2. *Ratio decidendi, holding* y eficacia vinculante

Cuando en el derecho norteamericano se analiza una sentencia del Tribunal Supremo suelen distinguirse las expresiones *holding* y *dictum*. La primera, señala Ana Laura Magaloni, "es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la

---

[13] Ana Laura Magaloni Kerpel: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: Mc Graw Hill, 2001, p. 26.

[14] Ibídem, p.25.

[15] Expediente 0024-2003-AI/TC.

[16] Expediente 03741-2004-AA/TC.

[17] Alan César Martínez Morón: "Reflexiones en torno a la técnica del precedente con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 108, Lima: Gaceta Jurídica, setiembre 2007, p. 44.

[18] Cfr. Eugenia Ariano Deho: "¿Principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional? Algunas glosas a la sentencia del caso Anicama", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 85, octubre, 2005, Lima: Gaceta Jurídica, p. 34.

cuestión jurídica que el caso plantea", mientras que la segunda son las "consideraciones jurídicas que elabora el tribunal y que, en su opinión, no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada".[19] Solo el *holding* establece reglas vinculantes. Tales expresiones en otros ordenamientos cuentan con denominaciones distintas.

En España, por ejemplo, se suele utilizar la expresión *ratio decidendi —holding* para los norteamericanos— para señalar que son los motivos que fundamentan la decisión y que excluyen las argumentaciones relativas a cuestiones de forma efectuadas con carácter preliminar, o bien los razonamientos incidentales que no son decisivos para el fallo.[20] Así, también lo ha interpretado la Corte Constitucional de Colombia[21] al distinguir la *ratio decidendi* del *obiter dicta* (o *dictum*, para el sistema norteamericano):

> […] la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el *fundamento normativo directo de la parte resolutiva.* En cambio, constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.[22]

A partir de tal distinción, la Corte concluye afirmando que "únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente". Aplicando estas experiencias al proceso constitucional peruano, lo que el Código pretende es que sea el propio Tribunal —en tanto intérprete supremo de la Constitución— quien fije su *ratio decidendi* o *holding* y defina cuándo existe un precedente constitucional y cuándo no. En efecto, será el Tribunal Constitucional "quien determine qué fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia tiene la calidad de *ratio decidendi* y, por tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores".[23]

El Tribunal Constitucional en algunas oportunidades ha utilizado la expresión *ratio decidendi* para referirse a su jurisprudencia vinculante. Así, por ejemplo, lo sostuvo el 24 de enero de 2003 en la sentencia recaída en el amparo presentado por Raúl Rosales Mora contra el Consejo Nacional de la Magistratura,[24] cuando indicó: "[…] como ya se ha señalado en la *ratio decidendi* de la sentencia emitida en el expediente n.º 2409-2002-AA (Caso Diodoro Gonzáles Ríos), este Colegiado resulta plenamente competente para conocer los cuestionamientos a las decisiones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura que puedan resultar contrarias a los derechos fundamentales". Mantuvo un criterio similar en el amparo presentado

---

19 Magaloni Kerpel: o. cit., p.81.

20 Pibernat: o. cit., p. 67. En sentido similar, Raúl Bocanegra Sierra: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional,* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 62.

21 En la sentencia SU-047/99, de 29 de enero.

22 Cit. por Cepeda Espinoza: o. cit., p. 1043.

23 *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico,* Lima: Palestra, 2.ª ed., 2005, p. 46.

24 Expediente 216-2003-AA, fundamento jurídico 3.

por Delina Delgado Manzano y otros,[25] al señalar: "Las recurrentes han acreditado su condición de trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y de afiliadas a la Federación de Trabajadores de dicha empresa, […]; tratándose de una controversia respecto de la cual existe jurisprudencia establecida, este Tribunal […] ratifica la *ratio decidendi* contenida en sus fundamentos 12 y 13 así como el fundamento 2 de la resolución aclaratoria de fecha 16 de setiembre de 2002, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de setiembre del mismo año, por lo que resultan amparables las demandas de autos".

Finalmente, ha precisado que "la razón suficiente (*ratio decidendi*)" es el "fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante".[26] Por todo ello y a fin de evitar posibles dudas, compartimos las palabras del presidente del Tribunal cuando ratificó la necesidad de "que el TC precise con absoluta claridad en la sentencia la regla jurídica que contiene la *ratio decidendi* —que constituirá el precedente vinculante— […]".[27]

3. La precisión, variaciones y cambios de los precedentes

La existencia de un precedente no significa que la regla establecida quede congelada, sino que será el propio Tribunal el que determinará el momento y la intensidad del cambio. Así lo establece el Código, pues permite que el precedente pueda ser ca mbiado por el propio Tribunal a fin de adaptar sus decisiones a las nuevas circunstancias, siempre que ello sea debidamente fundamentado. En efecto, el desarrollo del precedente se explica en el contexto de un derecho dinámico y por ello pueden distinguirse en él hasta tres fases: "etapa de formación, etapa de consolidación y etapa de transformación".[28] En el Perú, el Tribunal ha ido fijando las pautas o criterios que justifican, a su juicio, una precisión e incluso un cambio jurisprudencial. Así, en el expediente 0024-2003-AI/TC, resuelto el 10 de octubre de 2005, sostuvo:

> La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:
>
> a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
> b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
> c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

Estos cambios se han producido por diversas razones. Por un lado, puede ocurrir que resulte necesario precisar o aclarar criterios ya establecidos; por otro, puede

---

[25] Expediente 2583-2002-AA, fundamento jurídico 2, resuelto el 23 de julio de 2003.

[26] Expediente 0024-2003-AI/TC.

[27] César LANDA ARROYO: "Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional con motivo del XI Aniversario Institucional y entrega de la Medalla Constitucional (10 de diciembre de 2007)", en ‹www.tc.gob.pe/notas_prensa/Discursos/2007.html›.

[28] Magaloni Kerpel: o. cit., p. 157.

suceder que desee cambiar sustancialmente de criterio jurisprudencial. Así lo dio a entender en el caso *Gilberto Moisés Padilla Mango*, resuelto el 8 de noviembre del 2007:

> Este Tribunal, teniendo presente que los criterios desarrollados en los fundamentos 55 a 87 *supra*, en algunos casos son reiterados; en otros contradictorios, y en otros muy amplios, considera necesario racionalizar los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado respecto a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790. Para ello, en algunos casos, ha de reiterar la jurisprudencia, y en otros, complementarla y desarrollar nuevos principios.[29]

También el Tribunal ha sintetizado sus criterios jurisprudenciales sobre aspectos de especial relevancia. Así, en el caso *Melquiades Cruz Huamán y otros*,[30] resumió los criterios que hasta ese momento existían para determinar cuándo la expulsión de un miembro de una entidad privada afectaba el debido proceso. Asimismo, en el caso *Taj Mahal Discoteque y otra*,[31] fijó las condiciones de procedibilidad del proceso de amparo, muchas de las cuales sintetizaban su jurisprudencia.

Finalmente, se han presentado casos en los cuales el Tribunal ha cambiado de criterio radicalmente, tal como sucedió en el caso *Apolonia Ccollca*, cuando amplió el ámbito de protección del proceso de amparo contra resoluciones judiciales para garantizar todos los derechos fundamentales y no solo la tutela procesal efectiva como siempre se interpretó.[32]

De esta manera, el Tribunal viene adecuando sus precedentes a la finalidad de dotar de una mejor protección a los derechos fundamentales. Los cambios, como sucede en el sistema norteamericano, se presentarán en función del mayor activismo o autocontrol que evidencie un tribunal en la solución de los casos que lleguen a su conocimiento. En todo caso, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con el Reglamento Normativo del TC (artículo 13), si una sala pretende establecer o apartarse de un precedente, el caso debe ser visto por el pleno a pedido de cualquiera de los magistrados.

4. Efectos en el tiempo de los precedentes

El Tribunal en algunas ocasiones ha establecido "precedentes vinculantes inmediatos", tal como sucedió en el caso *Manuel Anicama Hernández*[33] o en el caso *César Baylón Flores*,[34] pero en otras ocasiones ha adelantado cuál será su criterio en casos futuros. Así lo expuso en el caso *Juan Genaro Espino Espino*,[35] cuando abrió

---

29 Expediente 10063-2006-PA/TC, fundamento jurídico 88.
30 Expediente 1027-2004-AA/TC, fundamento jurídico 13.
31 Expediente 3283-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.
32 Expediente 3179-2004-AA/TC.
33 Expediente 1417-2005-AA/TC.
34 Expediente 0206-2005-PA/TC.
35 Expediente 2366-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.

la puerta al amparo electoral, es decir, a aquel que se dirige contra las resoluciones de los organismos electorales. En tal oportunidad sostuvo:

> […] el Tribunal Constitucional […], considera imperioso un examen de los hechos producidos, a efectos de que situaciones como las aquí descritas no vuelvan a producirse y para que los criterios aquí enunciados sirvan, en el caso de que tales comportamientos se repitan, para graficar cómo es que este Colegiado habrá de encararlos en lo sucesivo.

Una sentencia importante que fue en la dirección anterior se dictó en el caso *Juan Carlos Callegari Herazo*,[36] pues el Tribunal anunció un cambio radical de criterio y acogió la doctrina norteamericana (*prospective overruling*), según la cual el cambio de un precedente solo tendrá efectos para el futuro. Hasta esa sentencia, el Tribunal contaba con una constante jurisprudencia que declaraba infundadas las demandas de amparo interpuestas por oficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que habían pasado a retiro por la causal de renovación de cuadros, pues consideraba que se trataba de una facultad discrecional del presidente de la República amparada en los artículos 167 y 168 de la Constitución.[37] Sin embargo, en el caso *Callegari Herazo* consideró:

> […] necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial […]; aunque […] dicho cambio *solo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.*
>
> […], una técnica semejante, destinada a *anunciar* la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, "un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino solo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling*" (Alberto Cadoppi, "Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano", en Umberto Vicenti [A cura di], *Il valore del precedenti giudiziali nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998, pág. 126].
>
> Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, *los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen.*

En el citado caso, el Tribunal cambió radicalmente su criterio e indicó que la forma como se estaba aplicando la causal de retiro por renovación afectaba derechos fundamentales y que el ejercicio de esa facultad discrecional por el presidente de la República no estaba exento del control constitucional. Sin embargo, dicho criterio

---

[36] Expediente 090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5, resuelto el 5 de julio de 2004.

[37] Expediente 1783-2003-AA/TC, caso *Jaime Paredes Reátegui*, sentencia de 11 de mayo de 2004.

jurisprudencial operaría para el futuro, es decir, para los *nuevos casos* en que se aplicara dicha causal de pase a retiro.

Esta técnica también fue utilizada en el caso *Jaime Amado Álvarez Guillén*,[38] cuando se trató del cuestionamiento de las ratificaciones judiciales. En tal oportunidad, el Tribunal cambió de precedente hacia el futuro. En el caso concreto declaró infundada la demanda de amparo interpuesta:

> […] la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su 'núcleo normativo' aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospetiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia insita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.

La figura del *prospective overruling* se inserta en aquellos ordenamientos, como el norteamericano, donde existen precedentes vinculantes. Los cambios que se producen en dicho modelo —que en verdad es un derecho en movimiento— pueden ser producto de una paulatina "transformación" o también de la decisión radical, y no muy empleada, del Tribunal Supremo de "revocar su precedente" (*overrule*) a fin de "configurar un nuevo derecho que rompe tajantemente con el sentido de sus decisiones anteriores, las cuales pierden por completo su fuerza vinculante".[39] De otro lado, la "doctrina prospectiva" indica que el criterio acogido por una sentencia regirá para el futuro y no en forma retroactiva. Suele mencionarse como un paso decisivo en el desarrollo de dicha doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Linkletter* (1965). En tal ocasión, el Tribunal desestimó la revisión de la sentencia del señor Linkletter, quien "había sido condenado sobre un tipo de pruebas que posteriormente a su condena firme el Tribunal Supremo (Sentencia Mapp, 1961) había declarado contrarias al principio *due process of law*".[40] El Tribunal consideró que, si aplicaba retroactivamente la doctrina que rechazaba la validez constitucional de dichas pruebas, el Poder Judicial tendría que revisar tal cantidad de condenas que se generaría una "desorganización profunda de la Administración de Justicia".[41] A fin de evitarlo, dispuso que su criterio se aplicara para el futuro.

---

[38] Expediente 3361-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5.

[39] Ana Laura Magaloni: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: McGraw Hill, 2001, pp. 194-195. Señala dicha autora: "[…] de acuerdo con un estudio empírico elaborado por Brenner y Spaeth, en el período que comprende los años de 1946 a 1992, que son precisamente los años en donde mayores cambios han existido en la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo solo revocó 70 precedentes en materia constitucional".

[40] Eduardo García de Enterría: "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 61, Madrid: Civitas, 1989, p. 6.

[41] Ibídem, p. 6

Posteriormente, en el caso *Stowall* (1967), sintetizó los criterios básicos que deberían tomarse en cuenta para aplicar la doctrina prospectiva.[42]

5. Difusión y eficacia del precedente. El recurso de agravio a favor del precedente

Resulta necesario sistematizar y difundir los precedentes y la jurisprudencia constitucional a efectos de que puedan ser conocidos debidamente por los justiciables y, en general, por quienes se encuentren vinculados a ellos. En la actualidad, existe una frondosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuyo conocimiento en la práctica aún es limitado. Además, hay aproximadamente treinta y dos precedentes cuyo conocimiento no es tan amplio como sería deseable.[43] El Código pretende revertir esta situación. Por ello, ha creado la *Gaceta Constitucional*, donde se deben publicar las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de su competencia (sétima disposición final). Se trata de una compilación oficial de sentencias que pretende sistematizarlas para que sean de fácil conocimiento por los operadores jurídicos. En la actualidad, esta sistematización se divulga a través de un formato electrónico en su página web.

La idea de contar con precedentes constitucionales vinculantes que sean respetados se enfrenta con un escollo que ha sido superado recientemente a través de una interpretación del Tribunal: no todas las resoluciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional. En efecto, la función de unificar la jurisprudencia solo queda plenamente garantizada cuando los jueces saben que, si se apartan del precedente fijado por el Tribunal Constitucional, su fallo podrá ser revisado.

Es claro que el diseño normativo planteaba problemas, pues, en la medida en que resultaba improcedente el recurso de agravio constitucional contra una sentencia que declaraba fundada la demanda de amparo,[44] no era posible su revisión por el Tribunal Constitucional, lo que permitía que *de facto* los órganos judiciales se apartaran del criterio fijado por dicho órgano de control, tal como ocurrió cuando algunos jueces no respetaban el precedente constitucional tratándose de las empresas de casinos y tragamonedas.[45] De ahí que se haya propuesto una reforma constitucional para

---

[42] Así señaló: "a) La finalidad de que se establezcan nuevos criterios normativos; b) La extensión de la confianza en los anteriores criterios interpretativos por parte de las autoridades que aplican el Derecho, y c) El efecto sobre la administración de justicia que podría producir una aplicación retroactiva de los nuevos criterios normativos". Cit. ibídem, p. 6.

[43] Fernando Velezmoro Pinto: *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Grijley, 2007, pp. 193-194.

[44] El artículo 18 del Código, interpretando lo dispuesto por el artículo 202, inciso 2, de la Constitución, que se refería a "resoluciones denegatorias", solo permitía el recurso de agravio constitucional contra las resoluciones desestimatorias, es decir, improcedentes o infundadas.

[45] Expediente 4227-2005-PA/TC.

introducir una suerte de *certiorari* que permita que el Tribunal Constitucional escoja el caso que considera relevante resolver y evite que sus precedentes sean desconocidos. Un modelo similar ya existe en Colombia.

No obstante, en una polémica sentencia, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el recurso de agravio constitucional sí procede contra las resoluciones estimatorias del Poder Judicial que desconocen un precedente constitucional.[46] De esta manera, el Tribunal pretende brindar una mayor eficacia a sus precedentes evitando que puedan ser dejados de lado por los jueces.

6. La indispensable contribución de la jurisprudencia al fortalecimiento del Estado de derecho

El adecuado funcionamiento de los procesos constitucionales y su contribución al fortalecimiento de la institucionalidad democrática y al respeto de los derechos humanos no solo depende de su regulación constitucional. Corresponde a la jurisprudencia constitucional un rol de especial relevancia para ir avanzando y precisando los alcances de los derechos fundamentales y limitando los excesos del poder.

En efecto, un eficaz control de los actos de los poderes públicos requiere contar con un órgano independiente e imparcial que proteja a las personas frente a los excesos del poder. Este cometido le corresponde tanto al Poder Judicial como especialmente al Tribunal Constitucional. Lamentablemente, la independencia e imparcialidad de ambas instituciones estuvo severamente cuestionada durante el régimen del ingeniero Fujimori (1990-2000), debido a que el Poder Judicial se encontraba en su mayoría integrado por magistrados provisionales y a que el Tribunal Constitucional actuaba incompleto —con cuatro de siete magistrados— como consecuencia de la arbitraria destitución de tres magistrados ocurrida en mayo de 1997. Como se recordará, tal destitución se produjo luego de que dichos magistrados declararon inaplicable por inconstitucional la denominada *ley de Interpretación Auténtica*, que permitía una segunda reelección presidencial.

En ese momento se podía constatar la presencia de intereses políticos en la jurisprudencia. Ello explica, por ejemplo, que la Corte Suprema de la República haya declarado fundadas dos demandas de amparo interpuestas contra los magistrados del Tribunal Constitucional que declararon inaplicable la ley de Interpretación Auténtica. También, que el Tribunal Constitucional haya establecido que, si a una persona se le quitara la nacionalidad, lo cual conduciría a que perdiera la dirección de un medio de comunicación —como en efecto sucedió—, debía agotar la vía administrativa antes de acudir al amparo.

Todo ello permite distinguir, a nuestro juicio, hasta cuatro etapas en el funcionamiento del Tribunal Constitucional. En primer lugar, una etapa fundacional que va

---

46 Expediente 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico 26.

desde junio de 1996, fecha en que dicho órgano se instaló, hasta mayo de 1997, con la arbitraria destitución de tres magistrados. Una segunda etapa hasta noviembre del 2000, durante la cual el Tribunal funcionó con solo cuatro magistrados y, por tanto, no podía resolver procesos de inconstitucionalidad. En estas dos primeras etapas el Tribunal funcionó severamente limitado. Una tercera etapa se inicia con la restitución —en noviembre del 2000— de los tres magistrados destituidos, cuando ya había sido vacado del cargo presidencial el ingeniero Alberto Fujimori. Y la última empieza en mayo del año 2002, cuando se nombran cuatro nuevos magistrados del Tribunal. Desde esa fecha la actuación del Tribunal ha sido muy importante e incluso ha sido calificado como un "tribunal activista".[47]

En definitiva, una evaluación de la jurisprudencia constitucional peruana no puede dejar de tomar en cuenta tales etapas, pues inicialmente, salvo algunas notables excepciones, no logró contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país. Al reto de constituir un decisivo motor que aporte a la construcción de un Estado democrático en el Perú se ha comprometido el Tribunal Constitucional, cuya primera sentencia luego de la salida de los magistrados afines al régimen de Fujimori fue publicada en agosto del 2002, pues viene tratando de ampliar los márgenes del control constitucional y del respeto a los derechos humanos, aportando importantes criterios jurisprudenciales para ello. Y es que desde esa fecha se aprecia un cambio notable en su jurisprudencia que evidencia su relevancia como órgano de control y sus posibilidades ciertas de aportar a la tutela de los derechos humanos en el país.

---

[47] Heber Joel Campos Bernal: *Críticas y aproximaciones al control de constitucionalidad de las leyes en el Perú o el tribunal como espacio de deliberación pública,* tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica, 2007, p. 124.

Osvaldo Alfredo Gozaíni (Argentina)*

Sobre sentencias constitucionales y el efecto *erga omnes*

1. Definiciones

¿Qué es una sentencia constitucional? Acaso ¿no serían todas las sentencias el producto de una decisión constitucional? ¿Por qué individualizar una sentencia constitucional como diferente de los demás pronunciamientos judiciales? ¿Es entonces una sentencia distinta?

Estos y otros interrogantes más que veremos en el correr de este trabajo son algunos de los planteos sobre lo que significa una sentencia constitucional.

Uno puede partir del simple concepto que relaciona el órgano con la decisión, y así sostener que es sentencia constitucional la que proviene del Tribunal Constitucional. De este modo, dejaríamos de lado las resoluciones que adopte un juez del sistema difuso de control de constitucionalidad.

También se puede vincular el proceso con la sentencia que en él se dicta y afirmar que son sentencias constitucionales las que se vierten en los procesos constitucionales (verbigracia: amparo, hábeas data, hábeas corpus). Siguiendo esta línea, un juicio entre particulares tramitado como amparo podría lograr una sentencia constitucional.

Mejorando la perspectiva, una sentencia será constitucional cuando el conflicto resuelto verse sobre *cuestiones fundamentales*, siempre y cuando sean controversias

---

* Profesor titular (catedrático) de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. ‹osvaldo@gozaini.com›

normativas, antes que dilemas de hechos o actos lesivos específicos. De este modo, sería sentencia constitucional la que declara inconstitucional a una ley, mientras que no lo sería aquella que resuelve justificar el accionar de la autoridad pública cuestionada ante un supuesto acto ilegítimo.

Como se ve, el gran problema está en el contenido y los efectos de la sentencia, si se tiene en cuenta para ello que, al ser el resultado que se obtiene de un conflicto normativo, antes que intersubjetivo, el decisorio termina el proceso interpretando o integrando el derecho constitucional que fuera puesto en análisis como consecuencia del *caso constitucional.*

La sentencia de un Tribunal Constitucional, expone Nogueira Alcalá, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho.[1]

De todos modos, para comprender cuándo hay sentencias constitucionales y en qué momento ellas no lo son, pese al órgano especializado que las dicta (tribunales constitucionales); o bien evitar deducir que si el proceso es constitucional también lo será la sentencia; o, en su caso, sostener que si el conflicto interesa a cuestiones constitucionales (por ejemplo, las del artículo 14 de la ley 48) allí la decisión será constitucional, para todo ello es menester diferenciar el sistema de control de constitucionalidad y la misión que tienen los jueces al realizar esa actividad.

2. Sistemas del control de constitucionalidad

Muchas veces nos hemos referido a las particularidades que tienen los sistemas jurídicos previstos para el control de constitucionalidad y los efectos que cada uno importa para un determinado contexto.[2]

En esta oportunidad los modelos se muestran en la dimensión de los procedimientos implementados y desde las proyecciones que tienen sus decisiones.

---

[1] Humberto Nogueira Alcalá: *Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur*, ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José (Costa Rica), julio 2004. En esta línea explicita correctamente Bocanegra: "[…] el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aún cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios" (Raúl Bocanegra Sierra: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982).

[2] Cf. Osvaldo A. Gozaíni: *La justicia constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1994; *Derecho procesal civil*, t. I, vol. 1, Buenos Aires: Ediar, 1992; *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006.

Recordemos, entonces, que la fiscalización de la supremacía constitucional tiene dos variantes:

Un sistema *político,* donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un control *a priori,* de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional.

Y un sistema *jurisdiccional* que reconoce opciones de suma importancia en el tema que abordamos. Por un lado está el esquema (americano) de la *judicial review,* por el cual se deja en manos de los jueces del Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Y por otra senda transita el modelo *kelseniano* (europeo), que concentra la actividad de control de constitucionalidad en un órgano extraño al Poder Judicial (fuera de su estructura normativa) que se denomina Tribunal Constitucional.

Pero también aparece en América un tercer modelo, que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como Corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

A grandes rasgos se dice que unos aplican la ley y otros la Constitución. Que uno trabaja sobre el caso concreto y el otro sobre la generalidad del conflicto. El tercer modelo genera una situación híbrida.

No obstante, entre jueces constitucionales y tribunales constitucionales no hay diferencias importantes. La función es la misma, pero el sentido de *actividad jurisdiccional* puede ser puesto en duda si nos detenemos en la naturaleza estricta de lo que significa tener jurisdicción.

Quienes observan conservadoramente el poder de la jurisdicción sostienen que los jueces resuelven conflictos intersubjetivos, condición que no está en las cuestiones de constitucionalidad porque en estas se trata, solamente, de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se muestra impreciso para ajustarse en ese molde.[3] Para esta posición, si ambos resuelven controversias (comunes o constitucionales), la actuación es jurisdiccional.

---

[3] Kelsen sostenía que la función del tribunal constitucional no es una función política sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen. Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que, si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce solo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no produce sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como un legislador negativo (cita de Gozaíni: *Introducción...*, o. cit., p. 85).

En cambio, quienes apuntan hacia el *poder* que significa la función jurisdiccional se oponen a darle tal carácter al desempeño de los tribunales constitucionales. La oposición se da en dos sentidos.

En el plano teórico, porque decir el derecho supone también señorío para ejecutar lo resuelto, y la sentencia constitucional, por vía de principio, declara pero no ejecuta.

En el plano político, porque si el tribunal no forma parte de ninguno de los tres poderes constituidos, su naturaleza jurídica es incierta y hasta contradictoria con el principio de la división de funciones en el poder.

Además, se corre el riesgo de que, a través de la interpretación, el poder convierta al Tribunal Constitucional en un órgano sustitutivo de la producción legislativa, y así al sistema en un legislador negativo, como lo había dicho Kelsen, pero en otro sentido.

3. Similitudes y diferencias

Pese a las diferencias, la doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas jurisdiccionales y advierte cómo algunos de los principios particulares de uno se trasladan o aplican en el otro sin mayores dificultades. Por ejemplo, la generalidad y abstracción del Tribunal Constitucional se abandona en Italia, donde la intervención deviene incidental y para resolver un caso concreto.

En España,[4] inclusive, la posibilidad del amparo constitucional trae cierta ordinarización a la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, hasta el

---

[4] Sostiene Aragón Reyes que, a grandes rasgos, el modelo europeo de justicia constitucional actual está muy alejado de la originaria construcción kelseniana de las dos jurisdicciones separadas. Advierte así que la interpretación de la Constitución y su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Por ello, el Tribunal Constitucional (órgano que en el modelo europeo ejerce la jurisdicción constitucional) no es, en cumplimiento de aquella tarea, el único intérprete, aunque sí el supremo. El sistema español de justicia constitucional pertenece a ese modelo, y en él se dan, en consecuencia, las características antes señaladas, acentuadas, además, por el hecho, muy relevante, de que el Tribunal Constitucional (como el alemán y, en cierta medida, el austriaco) también tiene atribuido el recurso de amparo. El carácter subsidiario de amparo, exigido por el sistema, pues la Constitución encomienda primariamente a la jurisdicción ordinaria (artículos 24.1, 53.1 y 53.2 CE) la tutela de los derechos fundamentales, origina necesariamente que en esa función de amparo el tribunal constitucional no solo disfrute de la supremacía interpretativa que le es propia, sino, además, de una auténtica supremacía orgánica, por cuanto puede anular decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.

Es claro, pues, que en España la jurisdicción ordinaria participa en el ejercicio de la justicia constitucional. De un lado, en cuanto al control de constitucionalidad de la ley (y de las normas con fuerza de ley, incluyendo aquí también a los tratados), los jueces y tribunales pueden constatar la derogación por la Constitución de leyes anteriores (según ha reconocido, desde el principio, la jurisprudencia constitucional), y asimismo controlar, no la inconstitucionalidad de la ley, pero sí su constitucionalidad, atribuyéndole a aquella una interpretación constitucionalmente adecuada (artículo 5.3 LOPJ); lo único que les está vedado es anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le

punto de provocar ciertas fricciones entre las potestades del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el llamado *modelo americano* queda circunscrito al sistema constitucional de Estados Unidos de América y Argentina, porque el resto de América, cada vez con más fuerza y decisión, se ha volcado a un esquema dual o paralelo, como dice García Belaunde,[5] en los cuales aparecen tribunales constitucionales de *última instancia* interrelacionados con el actuar difuso de la justicia común.

Vale decir, las distancias de otrora no son tan reales, y la aproximación entre los modelos ha traído ciertos bretes cuando desde los casos concretos se envían decisiones generales, o cuando a partir de una sentencia *erga omnes* se desconoce su eficacia por jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo, entre otras desavenencias.

Inclusive, algunos países, como Costa Rica, vieron más allá el problema y plantearon ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la consulta para saber si los fallos de la Sala Constitucional, que tienen eficacia *erga omnes*, podían afectar el sistema de jurisprudencia vinculante que tiene el sistema interamericano.[6]

---

está reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. En nuestro sistema, los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), por lo que no pueden inaplicar (y menos aun anular) la ley contraria a la Constitución, pero también están sometidos a la Constitución (artículo 9.1 CE), por lo que no deben aplicar una ley que la vulnere, de donde se deriva que, en tales casos, precisamente por esa doble vinculación, deban proceder a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (artículo 163 CE); de suerte que si un órgano judicial inaplica la ley, por considerarla inconstitucional, sin plantear la cuestión, no solo estará incumpliendo el deber que le impone el artículo 117.1 CE e invadiendo la competencia del Tribunal Constitucional establecida por los arts. 161.1.*a*) y 163 CE, sino también vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE (SSTC 173/2002 y 58/2004) (Manuel Aragón Reyes: *Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo*, Madrid, pp. 7-8).

[5] Domingo García Belaunde: "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *La Ley*, 1998-F, 1175 ss.

[6] El artículo 13 de la ley de Jurisdicción Constitucional establece el efecto *erga omnes* de los precedentes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, extensión aplicable a toda la justicia local, salvo para ella misma. La Corte Interamericana (10 de mayo de 2005) manifestó: "13. Que el Estado somete la solicitud de consulta con el propósito de conocer el criterio de esta Corte acerca de decisiones y normas internas, antes de aplicarlas en los asuntos que se encuentran pendientes ante el órgano administrativo superior de la Asamblea Legislativa. Si bien dichos asuntos no han sido sometidos ante el sistema interamericano dentro del mecanismo de peticiones individuales, la Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica podría resultar en un pronunciamiento indirecto, por la vía de opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no resueltos a nivel interno ni sometidos a consideración de la Comisión o de la Corte. En este sentido, el propio Estado señala dentro de los motivos para presentar esta solicitud que subsiste una duda 'por parte de los afectados con la aplicación de [la norma bajo consulta], en relación a la posible contradicción de esta con los instrumentos de derechos humanos'. Así, la solicitud de consulta *sub examine* presenta una de aquellas situaciones en las cuales podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse los procesos internos *pendente lite* desprovistos de sus efectos *vis-à-vis* el mecanismo interamericano de protección de derechos humanos. En el supuesto de que estos procesos internos no produzcan los resultados esperados por esos 'posibles afectados', uno

Asimismo, como muchas veces se relaciona el tratamiento de los derechos humanos con las sentencias constitucionales, quienes tienen jurisdicción especializada han sostenido que el Tribunal Constitucional no es el último intérprete, y por tanto instalan en sus normas fundamentales una línea de revisión supranacional.[7]

En consecuencia, las características tradicionales que tienen ambos mecanismos hoy provocan cierta desconfianza, que se muestra especialmente en la eficacia que de las sentencias constitucionales se espera y en los resultados que con ellas se obtiene.

3.1. El poder constituyente del Tribunal Constitucional

El poder del Tribunal Constitucional, que de alguna manera es superior al de la propia estructura democrática de la toma de decisiones, se ha tratado de justificar desde sus comienzos, cuando Kelsen advirtió que la democracia era un compromiso de todos, de manera que el Tribunal Constitucional no cumplía una función antimayoritaria. Fue Habermas quien resolvió el quid como una cuestión de democracia deliberativa y procedimental, destacando así el papel del Tribunal Constitucional como un órgano que permitía el diálogo directo con el legislador.

Implícitamente, la mencionada *desconfianza* se proyecta también al tipo de sentencias constitucionales, sobre todo las anotadas como *aditivas* o *manipulativas* que, aun sin quererlo (¿o sí?) convierten al Tribunal Constitucional en un legislador con más fuerza y poder que el propio Parlamento, al que no solo condiciona con el fallo, sino que lo inhibe hacia el futuro, como asimismo lo consigue respecto al poder administrador, que debe seguir la línea impuesta, y al mismo Poder Judicial, que se encuentra vinculado por la eficacia y extensión de la sentencia.[8]

---

de los mecanismos que tendrían a su disposición sería el procedimiento contencioso y no el proceso consultivo. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo. De adoptarse la opinión solicitada, se desvirtuaría el propósito y contenido de la función consultiva con que ha sido investido este Tribunal por el artículo 64.2 de la Convención".

[7] La Constitución peruana de 1993 contempla dicha situación en su artículo 205: agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios en que Perú es parte.

[8] Afirma Tania Groppi que la difícil legitimación de la justicia constitucional es evidente también en la experiencia italiana. No obstante la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la Corte Constitucional, no son infrecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria. Más allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno ha llegado a buen fin: la ley constitucional n.º 2 de 1967 redujo la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años e introdujo la prohibición expresa de *prorrogatio* de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que en su propio reglamento había reconocido aplicable la institución a los jueces constitucionales. Otros

En Argentina la situación no se ha planteado en términos tan severos, pues la eficacia *erga omnes* de la sentencia constitucional no ha tenido recepción jurisprudencial ante la claridad del artículo 116 de la Constitución Nacional, que exige que la "causa verse sobre puntos regidos" por ella; de manera que la controversia siempre termina siendo resuelta como un conflicto entre partes.

No obstante, la reforma constitucional de 1994 y la aplicación concreta del artículo 43 constitucional en distintas situaciones han llevado a una ampliación en los efectos de la sentencia. Si bien no podríamos ubicarlos en la categoría de fallos *erga omnes*, sí tienen suficiente expansión para alcanzar a un sector, clase o grupo idéntico de afectados.

Inclusive, aun cuando el artículo 33 *in fine* de la ley general del Ambiente sostiene que "La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias", ponemos en duda que se trate de un efecto generalizado con las características que tiene la eficacia *erga omnes* de la sentencia constitucional, conforme veremos más adelante.[9]

3.2. El juez legislador

La siguiente duda que plantea la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales es la supuesta conversión del juez en legislador, tema ampliamente

---

proyectos de reforma, por el contrario, no han completado su íter, pero son de todos modos significativos: por ejemplo, el elaborado en el 2001 por el ministro para las reformas constitucionales Bossi, dirigido a atribuir a sujetos políticos (Parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de nueve de los quince jueces de la corte (en lugar de los cinco electos actualmente por el Parlamento, por mayoría calificada), o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una intervención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia número 361 de 1998), dirigido a impedir a la Corte Constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo. Además, como síntoma de la misma dificultad podría aducirse el hecho de que en 1999, por primera vez, el Parlamento italiano desatendió una sentencia de la Corte Constitucional, aunque fuera recurriendo a un instrumento normativo apropiado, como lo es la reforma constitucional. La ley constitucional n.º 2, de 1999, constituye un ejemplo de la utilización por el Parlamento de ese *derecho a la última palabra* que representa en verdad el último recurso de la política: en otros términos, de una reforma constitucional hecha "contra" la Corte Constitucional (Tania Groppi: "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces comunes en la experiencia italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 107, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pássim).

[9] Afirma Sagüés que, en resguardo de las reglas del debido proceso constitucional, debe tenerse en cuenta que la sentencia no podrá oponerse a quien no fue citado al proceso. Por este motivo su promotor deberá, con sumo cuidado, dar intervención a todos a quienes corresponda, para otorgarle consecuencia útil y completa al veredicto admisorio del amparo. No se trata aquí de proceder a tontas y a locas, negligente o desaprensivamente. Es probable que este amparo no sea para neófitos ni desprolijos. Exige también calidad y pulcritud profesional, que no siempre se satisfacen (Néstor Pedro Sagüés: "El amparo ambiental. Ley 25675", en *La Ley*, 2004-D, 1198).

controvertido en la conocida polémica entre Kelsen y Carl Schmitt, que sigue sin resolverse.

La expresión *gobierno de los jueces* fue introducida en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales.

Existe en Estados Unidos una expresión equivalente, *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido. Ello se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del gobierno, mientras que en Europa la función del juez no constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.

Por eso, suele preguntarse: ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es lo más importante de todo? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor, o *rango*) de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho de que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos? La respuesta podría ser afirmativa —sostiene Pegoraro—,[10] pero asumir tales elementos como criterio único de diferenciación parece limitativo, y útil tan solo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

En realidad, la coincidencia de los modelos encuentra una sutil pero trascendente distancia cuando se observa el rol del juez en la actividad del control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquel que corresponde, estrictamente, al juicio de constitucionalidad; en los hechos, es el juez o el Tribunal Constitucional el que practica ambas actividades.

De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha difuminado, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución *in abstracto* que debía pronunciarse hacia la generalidad, para solucionar desde el caso particular con alcances *erga omnes*.

---

[10] Lucio Pegoraro: "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional —Proceso y Constitución—*, n.º 2, julio-diciembre 2004, México: Porrúa, pp. 131 ss.

En suma, el Tribunal Constitucional se aproxima al juez del sistema americano, hasta con la eficacia de la cosa juzgada que en ambos casos les permite anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

4. Efectos expansivos de la cosa juzgada

Argentina tiene particularidades propias del federalismo que inciden notoriamente en la armonía legislativa. En materia procesal hay tantos códigos como provincias; se suman las regulaciones locales de la ciudad autónoma de Buenos Aires y los códigos procesales constitucionales allí donde han logrado situarse (Tucumán).

La justicia federal no admite una acción directa de inconstitucionalidad, como lo prevén las legislaciones provinciales, de manera que solo el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (sobre la base del artículo 14 de ley 48) puede conseguir una decisión expresa y positiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[11] También el proceso constitucional de amparo puede ampliar el reducto del acto lesivo que sufre o perturba al afectado para actuar en la dimensión de la constitucionalidad normativa.

La cuestión fue que, en uno u otro, siempre la exigencia del caso (artículo 2, ley 27) acotaba a las partes el alcance de la cosa juzgada; condición que varía con el amparo colectivo implícito en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que impacta, en esencia, con la ampliación de la legitimación procesal activa que trasciende la esfera del simple afectado.

De todos modos, la cosa juzgada en los procesos constitucionales se relaciona con el objeto tutelado y deja subsistentes las vías concurrentes o paralelas de mayor conocimiento que pudieran corresponder a cualquiera de las partes o demás interesados.

Por eso, cuando una sentencia versa sobre *cuestiones constitucionales*, el alcance de la cosa juzgada puede abarcar a terceros, pero ello no se trata como un efecto *erga omnes*, sino como una expansión de la *res judicata*.

El sistema argentino de control de constitucionalidad impide darle a la sentencia efectos a terceros que no hayan tenido oportunidad de ser oídos, lo que significa que no se puede condenar a quien no fue parte o tuvo suficiente oportunidad para serlo.

Ello no dificulta que la expansión se resuelva desde los presupuestos de la legitimación procesal, en la medida en que el concepto de *derechos de incidencia colectiva*, que está contemplado en el mencionado artículo 43, permita ampliar la

---

[11] Con este sistema, la intervención apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la convierte en el fiel y último intérprete de la Constitución; en consecuencia, actúa como si fuera un tribunal constitucional. Vale decir, la noción de superior tribunal de la causa en los conflictos que tramiten en jurisdicciones provinciales no impiden a la Corte Nacional su actuación si existen en el caso cuestiones federales que pueda ella resolver por la vía del recurso extraordinario.

sentencia hacia todo beneficiado (*pro homine*). En caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión, ella no comprenderá a los sujetos extraños al proceso.[12]

La cuestión es más compleja cuando el caso no se refiere a conflictos de naturaleza constitucional, pero el universo de sujetos es de significativa importancia como para resolverlos individualmente. Hablamos de los llamados *procesos colectivos*, donde también la expansión de la sentencia se proyecta sin definir precisamente a los sujetos, aunque pueda indicar el grupo, sector o clase que se beneficia.[13]

---

[12] Señala Sagüés que la reforma constitucional de 1994 posibilitó que la sentencia admisoria dictada en un proceso de amparo promovido por alguien habilitado (el afectado, una asociación, el defensor del Pueblo) en tutela de un derecho de incidencia colectiva, del consumidor, del usuario, de la competencia, etcétera, abarque a sujetos que no han tenido participación en ese proceso, ya sea beneficiándolos, ya perjudicándolos […]. También es del caso prevenir que si la sentencia es desestimatoria del amparo, ella no va a comprender a los sujetos extraños al expediente. Esto fue observado en el recinto de la Convención Constituyente por el convencional Juan Carlos Hitters, quien aseguró que si en un amparo interpuesto, por ejemplo, por un vecino contra actos contaminantes de un río mediaba una sentencia de rechazo, ello no impedía que otro vecino promoviese otra acción similar. Contra el último, no tenía efectos de cosa juzgada la resolución pronunciada en el primero (cf. Néstor Pedro Sagüés: "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (artículo 43 de la Constitución Nacional)*, Buenos Aires: Depalma, 1999, pp. 27-28).

[13] La directiva central de la sentencia que se dicta en las acciones colectivas es dar una solución a todo el grupo o sector afectado. Cuando la decisión es declarativa, el beneficio es inmediato y no exige procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, porque la cosa juzgada se extiende hacia todos. Si el pronunciamiento es condenatorio, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia. El quid a desentrañar está en las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar la demanda) frente a sentencias denegatorias, y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

Esta es una solución clásica que en Latinoamérica tiene precedentes en la Ley de Acción Popular Constitucional de Brasil (1965), la cual tiende a evitar una eventual colusión entre las partes de un proceso colectivo, por el cual se lograría formar un precedente en contra de toda la comunidad. Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso. A ella se agrega otra particularidad, el efecto *in utilibus*, que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

En consecuencia, el modelo muestra tres alternativas posibles: a) Si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo. b) Cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos. c) Si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes, y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa puede repetir la demanda, aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas haya un plazo de caducidad para estos ejercicios (cf. Osvaldo Alfredo Gozaíni: "Conflictos comunes en los procesos colectivos. El problema de la pretensión y la cosa juzgada", ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal [Mendoza, 2005]).

Ahora bien, ¿por qué es un efecto expansivo de la cosa juzgada y no un efecto *erga omnes*?

4.1. Diferencias entre el efecto expansivo y el alcance erga omnes. Tribunales constitucionales

Las sentencias constitucionales, propiamente dichas, asignan las características siguientes al pronunciamiento de efectos *erga omnes:*

a. Son retroactivas (ex tunc)

Es decir, actúan hacia el pasado, permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Esta característica algunos autores pretenden desvincularla del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso, se tiene al efecto *erga omnes* como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

No obstante la retroactividad que caracteriza el modelo, no puede afirmarse que es general y aceptado sin dobleces. En los hechos, las legislaciones de quienes deciden la opción por tribunales constitucionales suelen establecer prevenciones ante el riesgo de socavar el principio de la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio.

Por eso, los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos no tienen solo una posición sino varias, como lo muestran las leyes orgánicas de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia o Rumania, entre otros, donde los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España o Portugal se consideran los efectos *ex tunc* como criterio genérico.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que aquel fue realizado.

> Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo este conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo.[14]

---

[14] Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", tomado del *Anuario del Instituto de Derecho Público*, París; publicado también en *Revue de Droit Public*

Igual dilema se ha planteado en Latinoamérica al observar las legislaciones locales. Bolivia, en la ley 1836 (1998), se preocupa por indicar los contenidos de la sentencia, reglamentando los efectos temporales y las afectaciones individuales que pueda tener.

Colombia determina 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".[15]

Ecuador, directamente, priva de efectos retroactivos al fallo, que por sí mismo es irrecurrible. Pero desde la fecha de publicación en adelante tiene efectos derogatorios.

Perú dispone en el artículo 40 de la ley n.º 26435 Orgánica del Tribunal Constitucional una consecuencia similar, es decir, no afectar las situaciones juzgadas ni revivir normas derogadas o que se hubieran declarado inconstitucionales.

Venezuela, por su parte, regula la eficacia definitiva de los fallos de la Sala Constitucional imponiendo que sea esta la que determine los efectos de la decisión en el tiempo.

b. Afectan derechos consolidados

La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia y, como la decisión es retroactiva, alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre

---

et de la Science Politique en France a l'Etranger, París. Cf. *Teoría general del Estado* (trad. Legaz y Lacambra), Barcelona: Labor, 1934.

[15] La sentencia C-037/96 de la Corte Constitucional colombiana fijó algunos criterios de modulación de los fallos en el tiempo, precisando: "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, en que la ley 6 de 1992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, 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 de este desde el momento de su expedición (cf. Nogueira Alcalá: o. cit., pássim).

partes), la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso en el que se proclama, sino también a todos los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico, sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado, o de sancionar otra en su lugar; menos aún se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo, o "fuerza de ley", como dice el Tribunal Constitucional alemán.

En España, se ha hecho la advertencia de que el efecto expansivo no puede comprender a las resoluciones firmes adoptadas en expedientes administrativos, por exigencia del principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional español, con cierta prudencia, maneja para sí los efectos temporales, pero ha declarado que sus sentencias, aun siendo *erga omnes*, no alteran las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la ley que ahora se entiende que es inconstitucional. La única excepción que persiste es el caso previsto en el artículo 40.1 de la ley orgánica para los supuestos de normas de carácter sancionador, donde altera un acto administrativo firme si de ello resulta un beneficio para quien ha sido previamente sancionado.

c. Tienen efectos derogatorios o anulatorios

Las sentencias derogan la ley, la norma o el reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicaciones que ello tiene.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.[16]

En Europa, los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el artículo 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la Norma Fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera "situaciones jurídicas

---

[16] Afirma Tania Groppi que en Italia las consecuencias temporales de las decisiones estimatorias no surgen de la sentencia, sino del artículo 136 de la Constitución y son indisponibles por la corte. Combinándose con el carácter *erga omnes* de los pronunciamientos, tal indisponibilidad genera cuestiones de no fácil solución, como se comprende cuando se considera que toda decisión de anulamiento, eliminando las normas inconstitucionales, crea un vacío, una laguna que puede proyectarse en el tiempo. Esto en numerosos casos (cuando el respeto de la Constitución no exige la eliminación de la norma legislativa sino la sustitución por otra que tenga un contenido conforme con la Constitución misma) no cierra el problema de constitucionalidad, sino que lo abre, arrancando un proceso interpretativo-creativo para reparar la constitucionalidad violada. Es solamente a través de la acción del circuito corte-jueces-parlamento, del resultado de su acción conjunta, como se supera la inconstitucionalidad. Y no por medio de la acción solitaria de la corte (o. cit. en nota 8).

insoportables", muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria no se quiere correr riesgos y las sentencias tienen efectos *ex nunc* (hacia el futuro), aunque obligan al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. El artículo 140.7 reglamentario 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.

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; puede fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia,[17] entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d. La sentencia cobra fuerza normativa (propiamente, es casi una ley)

La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad, y las *desestimatorias*, que rechazan, total o parcialmente, la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

---

[17] Jiménez Campo habla de la suplencia jurisdiccional del legislador, evidenciando que la suplencia de este se plantea en aquellos ámbitos en los que la Constitución, por sus innovaciones materiales, no puede considerarse integrada, a través de la legalidad preconstitucional. En este ámbito de lo radicalmente nuevo se sitúan los tres supuestos reales en los que, por el momento, el Tribunal Constitucional (español) ha realizado el reconocimiento y amparo del derecho fundamental pendiente de regulación legislativa y, por ello mismo, mediatizado en su eficacia plena: derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 (STC 15/982), derecho a la libertad de expresión e información (artículo 20.1) por determinada modalidad televisiva (STC 31/994, seguida por otras resoluciones análogas) y, en fin, "derecho" al cumplimiento de la limitación en el empleo de la informática que establece, para la protección del honor y la intimidad, el artículo 18.4 (STC 254/993). En todas estas resoluciones constató el Tribunal, con unas palabras u otras, el incumplimiento o la omisión del legislador llamado por la Constitución para la regulación del derecho en cada caso comprometido (Javier Jiménez Campo: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999, p. 59).

La llamada *legislación negativa* propia del pronunciamiento anulatorio de la ley ha cambiado en los hechos con el tiempo y la evolución de los tribunales constitucionales. Hoy podría decirse que son creadores de normas jurídicas. El poder de la interpretación (propio y funcional en el sistema difuso de control de constitucionalidad) se expande no solo a la tarea de adecuar el precepto, la regla o la norma de que se trate al principio de la supremacía, sino que convierte al órgano en un instructor del Parlamento o la legislatura, a los que, en definitiva, aconseja u ordena cómo realizar la norma constitucional.[18]

e. La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados

La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen), la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que en los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

De todos modos, esta es una característica genérica que no goza de plena aceptación. En Colombia, el artículo 243 de la Constitución, establece en la parte pertinente que hay cosa juzgada implícita cuando los conceptos de la parte motiva guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin la alusión a aquellos.

De no quedar bien definida esa relación, el fundamento hasta puede ser considerado *obiter dicta*.[19]

---

[18] Para López Guerra, los tribunales constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) "legisladores negativos", para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder, en mayor medida aun que otros tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la ley como "expresión de la voluntad popular") ello representaría una separación del principio democrático, ya que los tribunales constitucionales no se limitan, como los tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad (Luis López Guerra: *Democracia y tribunales constitucionales*, pássim. Cf. *Estudio preliminar a las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, (2.ª ed.), 2000, pp. 13-35).

19 La Sala Constitucional, en la sentencia C 37/96, sostuvo como doctrina constitucional: Las normas de la Constitución política, y esta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone desde la decisión y sus fundamentos la más pura y genuina interpretación de la Norma Fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes* un alcance aproximado del que carece Argentina, porque los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen solamente un valor ejemplificativo.

f. Actúa como una casación constitucional

Finalmente, las sentencias de los tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y uniformidad en los criterios de interpretación o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia *erga omnes* y, al mismo tiempo, refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizás esta singularidad sea el meollo de las actividades que concretan los tribunales constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un *legislador negativo* han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso es preciso reconocer en los modelos de sentencias la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etcétera) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se trastrocan.

---

dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (artículo 241 CP).

4.2. Diferencias entre el efecto expansivo y el alcance erga omnes. *Sistema difuso*

Por su parte, la sentencia que se dicta en un proceso constitucional del sistema difuso alcanza efectos de cosa juzgada que se aplican solo al caso analizado. Se caracteriza por:

a. No tener efectos retroactivos (ex nunc)

La eficacia *inter partes* de la sentencia significa que el juez no anula la ley que interpreta, sino que declara su inaplicación por encontrar una nulidad o vicio que la invalida. El fallo, en consecuencia, *declara* la ilegalidad o denuncia la inconstitucionalidad, resolviendo hacia atrás únicamente en el caso concreto que analiza. El peso de la jurisprudencia seguramente podrá ser una pauta de seguimiento para otros casos similares, pero ningún tribunal está obligado a renunciar al poder de interpretación que tiene.

El juez argentino, arquetipo del sistema difuso, puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero el alcance de su pronunciamiento siempre es hacia el futuro, con mínimas excepciones.

Es cierto que esta característica es propia de la eficacia de la cosa juzgada y que se distingue del alcance *erga omnes* en función de la atención singular o genérica que tienen respectivamente. Pero también lo es que el efecto *ex nunc* es normal en la sentencia constitutiva pero no pertenece a su esencia, en palabras de Chiovenda.

Cuando se habla de sentencias constitucionales en el sistema argentino, hay que tener mucho cuidado de ver la jurisdicción que interviene, pues en el orden federal no hay otra posibilidad que el pronunciamiento dictado en un caso concreto, mientras que en otras, por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 113, inciso 2.º, de la Constitución local, reglamentado por la ley 402), por tomar solo un caso, puede plantearse la cuestión constitucional abstracta, lo que incide en las repercusiones del fallo.[20]

---

[20] Sostiene Alejandro Verdaguer que la posición asumida por el Superior Tribunal en el caso *Defensoría de Pueblo* permitía descartar la posibilidad de que esta acción fuera abstracta, es decir prescindente de un "caso". Sostuvo tal criterio en razón de que, frente a la acción planteada por la defensora del Pueblo, que tuvo una importancia institucional y política nada desdeñable (recuerde el lector la discusión que se planteó en los medios de comunicación respecto a la problemática de la prostitución y su oferta en la vía pública, lo que motivó la modificación del artículo 718 del Código Contravencional y su impugnación por parte de esta última funcionaria, quien entendió que la nueva redacción de ese artículo era contraria a las normas contenidas en la Constitución nacional y los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución local), el Superior Tribunal resolvió, por mayoría, desconocer la legitimación de la defensora del Pueblo. A tal conclusión, que era de por sí suficiente para rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada, se le sumó otra que entendimos relevante para desentrañar el quid de la acción en estudio. El voto de la mayoría, al finalizar el § 18, señaló lo siguiente: "Hasta tanto el legislador no reglamente los presupuestos procesales de esta

De ambas cuestiones surge una nítida separación entre un fallo dictado con alcances *erga omnes* con implicaciones retroactivas y otro que se pronuncia en el caso concreto, donde es válido solo para las partes y sin otro efecto que el proyectado desde la cosa juzgada.

b. No afectar derechos adquiridos

En nuestro ordenamiento jurídico la irretroactividad de las leyes está consagrada en el artículo 3.º del Código Civil. La Constitución Nacional no se refiere al problema, por lo cual, si se diera a una sentencia este carácter, su inconstitucionalidad sería posible por la incompatibilidad que tuviera con otras garantías fundamentales, como el derecho de propiedad o el derecho de defensa en juicio.

En cambio, en México, que tiene una estructura federal muy similar a la nuestra, el artículo 14 de la Constitución Política dispone: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Siguiendo estas líneas podría pensarse que si la ley no afecta derechos adquiridos podría ser retroactiva, de manera que en igual sentido una sentencia podría alcanzar situaciones consolidadas al amparo de una norma que se declare inconstitucional. Sin embargo, esto solo es factible al distinguir entre situaciones jurídicas abstractas y concretas, según el acto afecte o no el *statu quo* precedente. Y aun así, en Argentina la irretroactividad es absoluta, porque "la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales", y porque "a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias" (artículo 3.º del Código Civil).

En consecuencia, la distancia del modelo europeo es muy clara, sobre todo cuando se observa que la inconstitucionalidad declarada por un Tribunal

---

acción resulta aplicable la más que centenaria exigencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que los tribunales deben limitar su intervención a las causas en que exista un interés jurídicamente reconocido para accionar (CSJN, *Fallos*, 156:318, y 242:353, *LL*, 94-165; 243:176, *LL*, 96-370; 245:553, *LL*, 103-296; 256:104, *LL*, 112-558 y 110; 303:393; 304:1088; 306:1125; 307:2384; 308:1489, *LL*, 1987-A-496; 310:2342; 311:2589; entre otros)". Esta explícita referencia a la centenaria jurisprudencia de la Corte Suprema, como a la existencia de un "interés jurídicamente reconocido para accionar" solo permite una interpretación posible: la existencia de un caso como presupuesto de la acción. Es interesante destacar que, si bien el término *interés* tiene más de una acepción, en el terreno de la acción meramente declarativo (artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) —que como sabemos es el sustento de la acción de inconstitucionalidad en el orden nacional (a falta de una regulación expresa)— usualmente fue utilizado por nuestro máximo tribunal como contraposición a la cuestión "abstracta". Para la Corte Suprema, quien plantea una acción de inconstitucionalidad (nos estamos refiriendo a la nacional) debe demostrar un "interés", es decir acreditar que la declaración que se persigue no importe una indagación meramente especulativa y responda a una causa en los términos de los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución nacional (Alejandro Verdaguer: *La acción de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Astrea, 2001, documentado rescatado de la página web de la editorial).

Constitucional importa, asimismo, la nulidad de los actos que fueran consecuencia de aplicar la norma viciada. En el sistema difuso local, en cambio, no se da esa relación entre inconstitucionalidad y nulidad, pues no hay una ni otra. Se declara la inaplicación de la norma en el caso, y la sentencia tiene efectos hacia el futuro.[21]

c. La sentencia hace cosa juzgada solo en la parte dispositiva

Es doctrina tradicional repetir a Chiovenda para sostener:

> […] la autoridad de la cosa juzgada se dice que solo recae en la parte dispositiva de la sentencia, pues los motivos o razones que ha formulado el juez para llegar a tal conclusión no tienen valor […] La sentencia vale como expresión de la voluntad del Estado y no por sus premisas lógicas: estas deben desenvolverse por el juez en los motivos del fallo y como una garantía para los ciudadanos; pero no adquieren valor de cosa juzgada […].[22]

Conocida es también la polémica que desde Savigny se ha planteado para saber si únicamente la parte dispositiva de la sentencia y no el contenido es lo que deviene firme e inmutable, y que tanto impacta en la formación de las sentencias constitucionales en que los criterios no han sido uniformes.[23]

---

[21] Inclusive en países donde se cuentan tribunales constitucionales del que hemos denominado *modelo híbrido*, por la confusión entre los modelos que interactúan (verbigracia, Perú), la doctrina ha señalado: "La capacidad que tiene el Tribunal Constitucional de modular en sus sentencias el alcance de la nulidad se traduce en la progresiva limitación de los efectos retroactivos de la misma, dando lugar a sentencias prospectivas que establecen los efectos de la nulidad exclusivamente hacia el futuro, sin que se retrotraigan en ningún caso al comienzo de la vigencia de la norma declarada inconstitucional cuyos efectos jurídicos ya consolidados no se cuestionan. Esto ha dado lugar a que tanto la doctrina como el mismo Tribunal Constitucional hayan establecido una cierta asimilación entre la nulidad derivada de las sentencias de inconstitucionalidad y la derogación, toda vez que en definitiva en ambos supuestos se produce el cese de la vigencia de la norma legal *pro futuro*, sin efectos retroactivos […]" (Cf. María Asunción García Martínez: "El control de constitucionalidad y sus acciones procesales", en Susana Ynés Castañeda Otsu (coord.): *Derecho procesal constitucional*, t. I, Lima: Jurista, 2004 [2.ª ed.], p. 355).

[22] Giusseppe Chiovenda: *Principios de derecho procesal civil*, t. 2, Madrid: Reus, 1925, p. 424.

[23] En Colombia, por el caso, la Sala Constitucional se interroga: "¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?: La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita: Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin la alusión a aquellos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser

De este encuadre aparece una consecuencia ineludible a los fines de evaluar el impacto de la sentencia constitucional en uno u otro mecanismo. Los tribunales constitucionales, al resolver un caso (concreto o abstracto), definen para el futuro y definitivamente, porque la sentencia fija un criterio que es de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores; casi como sucede con el control de constitucionalidad del modelo americano con el *stare decisis*. Mientras que en Argentina únicamente la parte dispositiva pasa en autoridad de cosa juzgada, y el resto de los fundamentos solo adquiere valor ejemplificativo.

En suma, uno anula el problema y fija un temperamento general de carácter obligatorio que fundamenta en las consideraciones e interpretaciones de la sentencia. Los otros (control difuso sin precedente obligatorio) mantienen el problema al resolver una por una las situaciones de crisis planteada.

d. No provoca la nulidad de la ley[24]

En tren de establecer más diferencias, adviértase que los fallos del control difuso de la constitucionalidad son declarativos, por vía de principio, y no derogan la ley porque tan solo dejan de aplicarla en el caso concreto. Para la abrogación se necesita un acto político o la intervención del legislador.

---

observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia" (Corte Constitucional, sentencia C-037/96, 5 de febrero de 1996).

[24] En los ordenamientos provinciales esta característica no es uniforme. En Río Negro, cuando el tribunal en un juicio contencioso declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto en materia de litigio de una norma local o municipal, puede en resolución expresa dictada por separado declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional, que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

En Tierra del Fuego dispone el artículo 159: Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.

En San Luis el artículo 10 (*Declaración de inconstitucionalidad*) dice: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por las partes. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico y vigente".

En La Rioja se establece que la interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto constitucional, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.

Coincide con el artículo 209 de la Constitución de San Juan.

En cambio el control concentrado anula la ley al declarar la inconstitucionalidad, y de ahí el debate actual sobre el peso institucional de los tribunales constitucionales.

4.3. Conclusiones

Las distinciones trazadas, en grandes líneas, resultan de confrontar las sentencias que dictan los tribunales constitucionales (europeos y americanos) respecto del juez argentino que, actuando el principio de la supremacía constitucional, resuelve en sus pronunciamientos una situación de hecho.

Cabe recordar que la relación entre jueces constitucionales y justicia ordinaria no es un vínculo de subordinación; por eso, en la búsqueda de armonía entre los tribunales suceden múltiples cuestiones que provocan tensiones ante situaciones muy concretas, como la ejecución por la justicia ordinaria de las sentencias dictadas por la jurisdicción constitucional.

Esta influencia de los tribunales constitucionales sobre el Poder Judicial no deja de generar sobresaltos.[25] Uno de los debates principales gira en torno al efecto *erga omnes* de las sentencias. Por ello fue preciso establecer las diferencias.

La generalización del pronunciamiento que beneficia *a todos* suele encontrar resistencias cuando se opone al valor de la cosa jugada. Por eso, la regla de los efectos *ex tunc* compromete instituciones del debido proceso[26] al vulnerar derechos que se encuentran consolidados.

---

[25] Entre muchas situaciones, Nogueira Alcalá recuerda un caso sucedido en Colombia donde se debatía entre una sentencia de la Sala Constitucional y el valor de la cosa juzgada. En efecto, la Corte debió analizar la constitucionalidad del decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contenía normas que configuraban el sistema de financiamiento de viviendas a largo plazo. Esta fue encontrada inconstitucional, pero surgió en el pleno la objeción acerca de la posible cosa juzgada que existía en la materia, ya que la Corte Constitucional, desde 1994, había dictado una sentencia en la que sostuvo que todo el decreto 663, del cual hacían parte las disposiciones luego impugnadas, era constitucional. La Corte Constitucional examinó minuciosamente la sentencia del año 1994, en la que constató que el tratamiento sobre la norma no había sido completo y que la referencia a la inconstitucionalidad del decreto 663 solo aparecía en la parte resolutiva del fallo, mientras que la parte motiva y los considerandos no tenían la más mínima referencia al contenido de dicho Decreto y a su confrontación con la Constitución. 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 solo una apariencia de cosa juzgada (Nogueira Alcalá, *Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur*, cit., pássim).

[26] Explica Nogueira Alcalá que, 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 cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo 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

5. La situación en Argentina

El artículo 116 de la Constitución Nacional sostiene:

> 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 […].

A su turno, el artículo 117 dice:

> En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

De este cuadro de competencias queda en claro que la competencia federal les corresponde a *todos los jueces,* con las excepciones indicadas para la Corte en instancia originaria y exclusiva. Inclusive, el artículo 31 constitucional agrega un elemento más de ponderación para dejar en claro que *todas* las causas y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a la Ley Suprema de la Nación.

Sin embargo no surge de manera explícita el procedimiento que debe darse, por lo cual, la doctrina más calificada sostiene:

> […] aunque el art. 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance del control o sujetos destinados a impedir la violación de

---

reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional solo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, y solo tendrá el carácter de cosa juzgada material si transcurren los tiempos sin que lo decidido en dicha sentencia sea impugnado en sede supraconstitucional. Si la sentencia como acto estatal es impugnada por violación de derechos humanos, entre ellos el derecho al debido proceso, siendo dictada sentencia estimatoria en la instancia supranacional, la sentencia del Tribunal Constitucional debiera ser revisada. Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, puede darse el caso 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 el mismo Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la Carta Fundamental y genera 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.

De esta forma, si presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, posteriormente vuelve a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, y la corte o el tribunal constitucional admite en este segundo caso la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo, el cual es 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 este fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo tribunal cambió de criterio (Nogueira Alcalá: *Consideraciones sobre las sentencias…*, o. cit., pássim).

> aquella preeminencia. En cambio, sin pronunciarse expresamente sobre el punto, el art. 116 de la Constitución Nacional dispone que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación…". Así la interpretación armónica de ambas normas da sustento, no solo al control de constitucionalidad de las disposiciones inferiores a la ley de base, sino a que sea la Corte Suprema, el tribunal atribuido en última instancia para ejercer aquel control. Después de la reforma constitucional de 1994, el art. 43 reconoció expresamente la procedencia del control de constitucionalidad difuso y en causa concreta, en materia de amparo.[27]

En los albores de nuestra organización política e institucional, fue famosa la polémica entre Sarmiento y Alberdi sobre quién debía fiscalizar y resguardar a la Constitución Nacional.[28] Las ideas oscilaban entre el modelo de la Constitución americana, con obligatoriedad de seguimiento de los fallos del supremo tribunal, y el mecanismo difuso, que dejaba en manos de la Corte la resolución final en instancia apelada; criterio, este último, que primó en definitiva.

De este modo quedó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación la palabra final en cuestiones de constitucionalidad, y en los tribunales inferiores de la Nación el control y la fiscalización del principio de la supremacía constitucional. Siempre, claro está, con relación a un caso concreto, evitando abstracciones y pronunciamientos dogmáticos.[29]

En consecuencia, establecer una eficacia hacia todos desde una sentencia de tipo constitucional (por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley) es contrario a nuestro sistema constitucional, pues siempre la eficacia es refleja

---

[27] María Angélica Gelly: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires: La Ley (2.ª ed.), 2003, p. 285.

[28] Cf. Pablo L. Manili y Marcelo A. López Alfonsín: "¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina?", en *Defensa de la Constitución. Galantismo y controles* (Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos), Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 534.

[29] La Corte Suprema de Justicia de la Nación repetidamente sostiene que ella es la intérprete final y última de la Constitución Nacional, por lo cual el superior tribunal de la causa, a los efectos de los recursos extraordinarios regulados por las leyes 48 y 4055, será el anteúltimo órgano jurisdiccional en expedirse sobre la cuestión federal debatida (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en *Di Nunzio*, 3/5/2005, *La Ley* 2005-C, 553, a la cual se remite). Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/10/2005, *Leyva, Ramón I.*, DJ 4/1/2006, 24, *La Ley*, 2006-C, 118, con nota de Lino Enrique Palacio.

El Poder Judicial ejerce un verdadero control de constitucionalidad cuando verifica si los actos de los otros dos poderes se han cumplido dentro de sus respectivas esferas de actuación, pues decidir si un asunto ha sido conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/5/1998, *Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional*, *La Ley*, 1998-C, 574 - DJ 1998-2, 738 - *Fallos* 321: 1252, Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo, dirigida por Julio Rodolfo Comadira).

Asimismo, la Corte repite que no se va a pronunciar en cuestiones de "carácter general" o "de un modo abstracto", o "solo a raíz de un afán de consulta" o "con fines académicos". Por el contrario, reafirma el criterio de sentenciar únicamente en asuntos concretos, donde deba determinarse un derecho debatido entre partes adversas, de manera que no corresponderá una declaración si no hay en el asunto un derecho controvertido (cf. Augusto Mario Morello: *La Corte Suprema en acción*, Buenos Aires: Abeledo Perrot-Platense, 1989, p. 426).

de la cosa juzgada (esto es: en el caso concreto), y cualquier proyección a terceros debe ser producto de cuestiones de información previa y posibilidad efectiva de comparecer en la causa.

Con ello queremos reafirmar que la sentencia constitucional puede alcanzar a terceros, si es que a estos se los ha notificado y emplazado previamente; salvo en procesos muy especiales, como los colectivos o aquellos en que la tutela se dispensa hacia intereses difusos, donde los problemas de legitimación (pertenencia del derecho debatido) resuelven la crisis de identidad permitiendo la expansión de la cosa juzgada.

Y aun así, esta exige que aquel que quiera aprovechar los beneficios del límite expandido deba ocurrir a los tribunales y acreditar la personalidad que invoca. Sencillamente porque en nuestro sistema judicial no existe la regla de preguntar al que quiere acceder a la justicia: "¿Usted qué quiere?", sino que en su lugar se pregunta: "¿Usted quién es?".

6. Modalidades de la sentencia constitucional

Las sentencias constitucionales definen, como en tantos otros juicios, la admisión o la denegatoria de las pretensiones que se debatieron en el proceso.

Pero en ellas hay una particularidad que las diferencia según los modelos. Las cuestiones *abstractas* de inconstitucionalidad por lo general resuelven conflictos de aplicación del derecho que por sus efectos alcanzan a todos. En cambio, las *causas* o *controversias constitucionales* del sistema difuso se deciden como incidentes de constitucionalidad y las sentencias dan soluciones únicamente para ellos.

Nosotros hemos afirmado que, aun siendo controversias entre particulares, o entre individuos y el Estado, siempre el conflicto es normativo, de modo que la interpretación judicial actuada desde la función constitucional le imprime al proceso un carácter no contencioso.

De todos modos, el modelo en el que opera el control de legalidad determina las posibilidades que encuentra el magistrado, pues el perímetro que dibuja el sistema difuso circunscribe la sentencia con efectos *res inter alios acta*, y sin extensión a terceros de la cosa juzgada; mientras que en los sistemas concentrados la generalidad potencia el interés y la *res judicata* adquiere efectos *erga omnes*.

Inclusive, el valor del pronunciamiento difiere, al ser obligatorio en unos (jurisdicción concentrada y modelo del precedente obligatorio de Estados Unidos) y suasorio en otros (sistema jurisdiccional difuso de Argentina, por ejemplo).

Ahora bien, el juez constitucional realiza básicamente una función de inteligencia normativa, dando a los preceptos fundamentales una lectura y una escala axiológica que se confrontan con las disposiciones cuestionadas a efectos de advertir su admisión y operatividad.

De suyo, es posible que la deficiencia técnica o legislativa obligue a tareas de integración, mediante las cuales se cubran los vacíos legislativos, o bien se disponga una comprensión del texto a modo de sentencia creadora de las omisiones que generan la inconstitucionalidad por ausencia de texto expreso necesario.

Tantas probabilidades señalan la necesidad de clasificar las sentencias, las que reflejan a través de los efectos que producen.

6.1. Sentencias que admiten la inconstitucionalidad

Una vez comprobada la falencia constitucional, el juez o tribunal puede:

- declarar la inconstitucionalidad de la norma, o bien
- otorgar un plazo determinado al legislador para que provoque las reformas sugeridas con la finalidad de evitar la permanencia en el texto de preceptos incompatibles con la norma superior.

En el primer caso (inconstitucionalidad simple), la ilegalidad puede comprender a todo el texto analizado (inconstitucionalidad absoluta o plena), o centrarse en aspectos de la regulación (inconstitucionalidad parcial).

Los efectos difieren, pues mientras la ilegitimidad total evita que la norma se aplique (al caso concreto, o para todos los casos, conforme el modelo de revisión constitucional), en la nulidad parcial se permite la validez del resto.

En el segundo caso, la apertura de un plazo de corrección constitucional es un modelo atípico que encuentra su factibilidad en el sistema político legislativo donde vaya inserto.

La idea principal consiste en dar una técnica tendiente a evitar que se califique al juez constitucional de legislador negativo, brindando al órgano legislativo la oportunidad de enmienda, dentro de un plazo prudencial, bajo apercibimiento de nulificarse la ley si transcurrido ese plazo no se procede en consecuencia.

El primer modelo interrumpe inmediatamente la vigencia normativa; el segundo suspende condicionalmente.

6.2. Sentencias que interpretan el texto cuestionado

Entre las sentencias que admiten la inconstitucionalidad se encuentran aquellas que proyectan su eficacia a las disposiciones que se conectan con la norma declarada ilegítima.

Aquí la apertura también es doble. Por un lado, la inconstitucionalidad se da cuando el texto se interpreta fuera del marco dispuesto y obliga a declarar su aplicación errónea; por otro, cuando el contenido o la norma resultan viciados por los efectos que generan.

En ambos casos, son cuestiones de interpretación que deben analizarse al concierto del sistema de lectura y comprensión normativa que el tribunal o magistrado aplique.

Por eso, suele ocurrir que la sentencia, más que declarar la inconstitucionalidad, advierta sobre la errónea interpretación o la indebida aplicación de ella. En estos casos —dice Piza Escalante— el juez constitucional dispone de una determinada interpretación o aplicación de un texto que ha creado una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de esa aplicación indebida es inconstitucional.[30]

La dificultad de este sistema reside en la excesiva discrecionalidad que admite, la cual puede conducir a situaciones ambivalentes o elevar el criterio de la supremacía a límites inasibles.

6.3. Sentencias que integran el vacío constitucional

También la inconstitucionalidad puede declararse por omisión de obrar legislativo, que nos lleva al vacío constitucional que cercena los derechos y garantías del conjunto o de las individualidades.

El quid no cifra aquí en lo que *se dice*, sino en la ausencia, en lo que se calla o dilata en demasía socavando la expectativa lógica de quien requiere ese derecho.

Sostiene Sagüés que la inconstitucionalidad por omisión es de clases diversas y con perfiles propios, tales como: 1.º) comportamiento omisivo de actos individuales (ejemplo, mora administrativa); 2.º) falta de emisión de normas generales por quien debe pronunciarlas (ejemplo, falta de reglamentación de disposiciones constitucionales no operativas sino programáticas).[31]

Este modelo lo tienen las actuales constituciones provinciales de Río Negro y Tucumán. También, de manera expresa, la Constitución de Portugal, cuyo artículo 283 especifica que el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para tornar realizables a las normas constitucionales, y, en su caso, ante la comprobación, ha de comunicar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión al órgano legislativo competente.

La sentencia no dispone crear la norma faltante; simplemente denuncia la laguna normativa, aunque por las características del fallo puede asegurarse que se trata de una verdadera norma individual dictada para el caso en que el problema se plantea.

---

[30] Rodolfo Piza Escalante: "La jurisdicción constitucional costarricense", en *Justicia constitucional comparada*, México: UNAM, 1993, p. 123.

[31] Néstor Pedro Sagüés: "Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial", en *El Derecho*, t. 124, pp. 865 ss.

Suelen denominarse *sentencias exhortativas*, pues demandan a otros poderes de gobierno la asunción de actitudes que la justicia no puede realizar.

Otra modalidad de estas sentencias son las nominadas como *aditivas*, es decir, cuando una determinada normativa no establece entre sus disposiciones transitorias un régimen de excepción para aquellas personas que a su entrada en vigencia tenían derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación precedente.[32]

Queda por aclarar que el concepto de sentencia *aditiva* se toma de la idea de enriquecimiento al texto que consigue la sentencia con sus argumentos.

6.4. Sentencias que admiten la inconstitucionalidad y sustituyen el ordenamiento declarado ilegítimo

En estos casos existen alternativas disímiles, según la declaración de inconstitucionalidad sea parcial o absoluta.

Cuando es en el primer sentido, se produce una *integración* o *sustitución* normativa que completa el texto cuestionado con frases o adiciones necesarias para su cabal interpretación. En igual dirección, pueden eliminarse párrafos, términos o enunciados que confundan el sentido axiológico o teleológico de la disposición.

Como se advierte, no estamos ante una declaración de invalidez parcial, sino ante una *manipulación* judicial con el alcance y la definición de un conjunto preceptivo.

Por eso, suele llamarse *sentencias manipulativas* a este modelo de pronunciamientos cuya característica principal consiste en el interpretativismo que de las palabras se hace, tomando las que son útiles y descartando las que no llevan a la finalidad buscada. Por lo común, tienen efectos *erga omnes*, lo cual supone dotarlas de cierta normatividad peligrosa.

Una proyección del sistema tiene lugar cuando la sentencia deroga virtualmente las normas impugnadas, poniendo en su lugar las que estaban vigentes con anterioridad. Este proceder va acompañado de una rogatoria al órgano legislativo para que rápidamente provoque el cambio previsto y, en consecuencia, consagre el nuevo orden legal requerido.

6.5. Sentencias denegatorias

Como se indica por sus términos, son aquellas sentencias que deniegan la impugnación de inconstitucionalidad, para lo cual se basan en argumentos tomados del

---

[32] Sostiene Hernández Valle que de esa manera se genera una violación manifiesta en el principio de irretroactividad de las leyes y demás actos públicos, que solo tiene remedio mediante una sentencia de este tipo; es decir, creando una norma que deje a salvo los derechos adquiridos de los recurrentes (Rubén Hernández Valle: "Los poderes del juez constitucional", en *Justicia constitucional comparada*, México: UNAM, 1993).

modelo de interpretación aplicado, o bien recurren a los precedentes que condicionan la libre valoración (*stare decisis*).

No obstante, la negativa puede hallar facetas distintas si el criterio obstativo nada dice y se remite a declarar la validez normativa, o bien incurre en apreciaciones que interpretan la cuestión dándole un giro valorativo antes no tenido en cuenta.

Esta segunda categoría presenta divisiones posibles, por así llamarlas.[33]

Son sentencias desestimatorias interpretativas, también nominadas como *condicionales*, pues vinculan al fallo en que se asienta la cuestión con el establecimiento de una orientación precisa que da a entender de modo más o menos explícito.

Finalmente aparecen las *sentencias correctivas*, en las que el tribunal condiciona el rechazo del asunto de constitucionalidad a una interpretación que surge como alternativa y es producto de su propia función intelectiva.

[33] En otros términos, dice Hernández Valle, este tipo de sentencias declara la imposibilidad de interpretar una norma en un sentido determinado como inconstitucional e indican, al mismo tiempo, la forma correcta en que debe interpretarse aquella para que sea compatible con el bloque de constitucionalidad. Es decir, la interpretación que realiza el juez constitucional de la norma impugnada, en estos casos, es siempre una interpretación conforme a la Constitución (o. cit., p. 231).

André Pires Gontijo*

A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal

1. Considerações iniciais

Nos dias atuais, em que a pós-modernidade permeia as relações jurídicas, propiciando a interdisciplinaridade e a flexibilidade da interpretação dos dispositivos postos, o processo constitucional se apresenta como uma das reflexões mais empolgantes que o direito constitucional experiencia na atualidade.

Evidentemente que este ensaio não pretende definir as linhas balizadoras e epistemológicas do que seja o processo constitucional! Mas se pretende, isto sim, contribuir para o debate acadêmico sobre a construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O STF adota o sentido do processo constitucional? O Excelso Pretório pode ser definido como uma espécie de Jurisdição Constitucional Autônoma?

É por meio de referenciais teóricos como J. J. Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Peter Häberle que se pretende contextualizar estes questionamentos, e, de certa maneira, contribuir para o fortalecimento do debate acadêmico em torno de um elemento valioso para o Estado Constitucional: o processo constitucional.

---

* Aluno do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), pesquisador do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC (UnB/UNICEUB) e do grupo de pesquisa Internacionalização dos Direitos (UniCEUB), <andre.gontijo@gmail.com>.

2. O sentido do processo constitucional

O estudo das estruturas de procedimento e de processo constitucionais corresponde ao interesse destas como categorias jurídicas gerais (plano teorético-jurídico), como elementos da legitimação (plano teorético-político) e como dimensões necessárias do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático (plano jurídico-constitucional).[1]

J. J. Gomes Canotilho assevera uma distinção genérica entre os institutos do procedimento e do processo. Enquanto o primeiro cuida da concretização de competências legislativas e executivas, o último diz respeito ao modo de desenvolvimento da função jurisdicional.[2]

Com efeito, o autor lusitano conceitua o direito constitucional processual como "o conjunto de regras constitutivas de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional de actos normativos", ou seja, em alguns aspectos o processo constitucional é constituído por direitos material e formal concretizados, com certo grau de autonomia em relação à ordem jurídica processual geral.[3]

Por sua vez, José Afonso da Silva elenca o processo constitucional mais próximo do controle de constitucionalidade, conceituando-o como instrumento jurisdicional de solução de conflitos derivados da aplicação das normas constitucionais, sendo um conjunto de atos destinados a ativar a função da jurisdição constitucional em defesa dos princípios constitucionais, especialmente daqueles que conferem direitos fundamentais contrariados pela autoridade pública.[4]

O direito processual constitucional serve para garantir a realização do direito constitucional por meio de regras constitutivas de uma cadeia procedimental adequada ao exame e controle das questões jurídico-constitucionais. Dessa forma, o objeto e o fim do processo constitucional encontram-se associados aos da própria Justiça Constitucional.[5]

Não obstante, muitas vezes o objeto do processo constitucional se restringe à discussão e à averiguação da conformidade constitucional do procedimento. No entanto, constituem também objeto do processo constitucional "as pretensões[6], fun-

---

[1] Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935-936.

[2] Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 939.

[3] Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 939.

[4] Cf. Silva, José Afonso da. El proceso constitucional. In: Bazán, Víctor (org.). *Defensa de la constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003, 753 e 759-760.

[5] Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1043.

[6] Consiste na declaração de vontade da parte com legitimidade processual ativa (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional***.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1044).

damentadas em normas constitucionais[7], que se deduzem perante o Tribunal Constitucional[8], solicitando um juízo de legitimidade constitucional[9] relativamente a determinados actos normativos".[10]

Nessa perspectiva, a autonomia e a especificidade do processo constitucional estão ligadas à idéia de princípios gerais. Assim, Canotilho apresenta um rol exemplificativo, como o princípio do pedido[11], da instrução[12], da congruência ou adequação[13], da individualização[14] e do controle material.[15]

Dentro desse contexto, cumpre ressaltar a crítica de Canotilho quanto à necessidade de se esclarecer a dogmática do processo constitucional, a fim de solucionar problemas procedimentais da Justiça Constitucional, especialmente no que tange a uma melhor iluminação teórica do tratamento dos fatos, que por conseqüência remete a uma análise mais adequada da distinção entre questão de fato e questão de direito, além do exame das prognoses legislativas[16], no sentido de que fatos futuros também podem ser apreciados pela jurisdição.[17]

---

[7] Fundamentando, com normas da Constituição, as declarações feitas perante o Tribunal Constitucional (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1044).

[8] Se refere à autonomia do processo constitucional em feitos principais perante o Tribunal Constitucional (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1044).

[9] Qualquer que seja a pretensão, a legitimidade constitucional é necessária para se proferir determinada decisão acerca da (des)conformidade constitucional de um ato normativo (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1044).

[10] Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1039 e 1044.

[11] Semelhante ao princípio dispositivo, presente do direito processual civil, o início do processo constitucional apenas se dá com o impulso oficial das pessoas ou entidades com legitimidade ativa (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1045).

[12] Embora não se trate de processo inquisitivo, tal princípio fundamenta a busca da verdade – de ofício – pelo juiz constitucional (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1046), como a solicitação de informações (a título de diligências), prevista nos §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei n. 9.868/99.

[13] A análise da inconstitucionalidade não se restringe ao pedido formulado inicialmente (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1046-1047).

[14] Observa-se a mitigação desse princípio, em função de uma análise mais abrangente das questões impregnadas com inconstitucionalidade material e formal (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1047-1048).

[15] Diz respeito à releitura da apreciação das questões de fato e de direito no âmbito do processo constitucional, a fim de aproximar a norma à realidade (cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1048-1049).

[16] Sobre o tema, cf. Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* São Paulo: Saraiva, 1996.

[17] Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1042.

Nesse sentido, há uma procedimentalização e processualização de todas as atividades relacionadas ao direito público no contexto do Estado Democrático de Direito, cuja relevância consiste em assegurar ao cidadão um *status activus processualis*[18] para conseguir garantias efetivas de realização e proteção de seus interesses e dos direitos fundamentais.[19]

O procedimento é a forma de uma função, o modo geral de desenvolvimento de poderes públicos. Conjugam-se nele, sob uma perspectiva dinâmica, os momentos formais e materiais de realização do programa normativo, captando, com rigor, a concretização das normas constitucionais (no procedimento legislativo, no administrativo e no processo jurisdicional).[20]

Nesse contexto, quanto ao modo de decidir e ao produto final, a compreensão das decisões constitucionais como decisões justas implica na idéia de vinculação constitucional de todas as atividades concretizadoras da Constituição nos vários momentos de desenvolvimento, e não apenas no da decisão da Corte Constitucional.[21]

Logo, o processo constitucional pode ser entendido como um conjunto de procedimentos que conduzem à concretização de determinada situação jurídica, cujo fundamento de validade se encontra na Constituição.

Nesse aspecto, o processo constitucional não é somente aquele consubstanciado no julgamento de uma Corte Constitucional. Ele se inicia com a necessidade de determinado direito fundamental ser exercido pelo cidadão.

Nesse sentido, sua origem está intimamente ligada às funções de Poder, podendo caminhar para: (a) os debates de um projeto de lei, cuja aprovação congressual, sanção presidencial e respectiva promulgação podem ser questionadas no âmbito jurisdicional; (b) se se cuidar de uma norma constitucional de eficácia plena (ou até mesmo contida), o direito fundamental pode ser requerido em um processo administrativo (que incidentalmente ou ao seu término pode ser levado ao Poder Judiciário); ou (c) pode ser requerido diretamente ao Poder Judiciário, em razão do direito ao acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), em que o direito fundamental, cujo conteúdo es-

---

18 Cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; Häberle, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta.* Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madri: Tecnos, 2002.

19 Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935.

20 Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935.

21 Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935.

sencial se encontra em uma norma de eficácia plena ou contida, pode ser concedido pela prestação jurisdicional mediante a interpretação desses preceitos.[22]

Logo, o procedimento devido (devido processo constitucional) se torna uma garantia para evitar a tomada de decisões inconstitucionais ou injustas, mediante a previsão de procedimentos constitucionais os quais, *a priori*, cumprem uma exigência fundamental do princípio do Estado Constitucional de Direito.

3. A Jurisdição Constitucional Autônoma

A Jurisdição Constitucional autônoma pressupõe conceitualmente uma instituição independente frente a outros órgãos estatais e constitucionais, com determinadas competências e funções.[23] No Brasil, ela é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual constitui o guardião da Constituição (CF, art. 102, *caput*)[24] e protetor dos direitos fundamentais (CF, Preâmbulo), ganhando *status* de uma Corte Constitucional "com uma extensão e plenitude nunca dantes ocorridas".[25]

Com efeito, a jurisdição constitucional autônoma representa uma "coroação" do Estado Constitucional de sua atual fase de desenvolvimento (assim como o federalismo), dentro do contexto da teoria constitucional comparatista da ciência cultura,

---

[22] José Afonso da Silva possui entendimento contrário ao defendido no âmbito dessa pesquisa. Para o autor, o processo constitucional não possui conexão com o processo político (processo constituinte, de formação da Constituição ou de (re)constitucionalização), tampouco com o processo legislativo, cuja competência é do parlamento. Entretanto, o próprio autor admite a extensão do conceito de processo constitucional, compreendendo não só os instrumentos de caráter estritamente jurisdicional, mas também sistuações de natureza política ou de caráter parajudicial, como se depreende do entendimento do professor Héctor Fix-Zamudio, para o qual o conceito de processo constitucional "se impõe com firmeza, para compreender a análise de todos os meios de resoluções de controvérsias de caráter constitucional e de tutela dos direitos fundamentais, ou quando não são estritamente processuais, como ocorre, por exemplo, com o Ombudsman" (cf. Silva, José Afonso da. El proceso constitucional. In: Bazán, Víctor (org.). *Defensa de la constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 753 e 754).

[23] Cf. Häberle, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 117.

[24] O professor Peter Häberle rechaça a idéia de "guardião da Constituição", pois para o professor a proteção da Carta Magna é confiada a todos os cidadãos e a todos os órgãos estatais na mesma medida, sendo a democracia cidadã do Estado Constitucional contrária a estilizar um órgão como "supremo", ou indicar um intérprete constitucional "autêntico" (Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 120).

[25] Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 550.

em razão da relatividade e da dependência de todas as normas ou instituições vivas e os mecanismos de ligação correspondentes.[26]

Assim, o juízo qualitativo de ser uma instituição como a jurisdição constitucional (um modelo de sucesso) deve realizar-se com uma perspectiva de conjunto e *iuscomparativamente*, de maneira abstrata e individual, a partir de critérios estabelecidos no êxito da Constituição e em sua totalidade.[27]

Nesse sentido, Peter Häberle assevera que a comparação jurídica em matéria de Estado Constitucional se desenvolve em duas dimensões que se relacionam reciprocamente: como comparação jurídica no tempo (história constitucional) e como comparação jurídica no espaço (método comparatista). Ambas levam em conta a sensibilidade científico-cultural, inserida nos contextos desde o princípio a fim de se vislumbrar a realidade constitucional, a qual estabelece a cultura como função constitucional, colocando a Constituição como uma expressão de um estágio de desenvolvimento cultural, como meio de auto-representação do cidadão, reflexo de sua herança cultural e fundamento de suas esperanças.[28]

Nesse contexto, nos processos de produção e recepção em matéria de Estado Constitucional a jurisdição constitucional participa das funções típicas da Constituição, como a restrição do poder no interesse da liberdade, a constituição de competências, a integração dos cidadãos e dos grupos sociais, além de na importância da "educação constitucional".[29]

Nessa perspectiva, a fiscalização do processo no âmbito da Jurisdição Constitucional pode-se dar, segundo o professor Häberle, por meio da vigilância da opinião pública, de comunidades nacionais e internacionais, pelos professores de direito constitucional, pelo Parlamento e pelos demais juízes e Tribunais (que no Brasil possuem também a competência para declarar incidentalmente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo – CF, art. 97).[30]

---

[26] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 114-115.

[27] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 129.

[28] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 116.

[29] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 129.

[30] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 129.

4. Características que definem o Supremo Tribunal Federal como uma jurisdição constitucional autônoma

O professor Peter Häberle relaciona, dentro de um rol exemplificativo, sete características que uma jurisdição constitucional deve possuir para se considerar autônoma. A primeira delas diz respeito à natureza de "órgão constitucional". As competências mais relevantes devem estar escritas no texto constitucional (por exemplo, o rol da CF, art. 102). A garantia de independência funcional (CF, art. 2º) é irrenunciável, pois necessita assegurar o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*) por meio do cumprimento de suas decisões por outros órgãos.[31]

A legitimação democrática constitui a segunda característica a ser analisada. Diferentemente dos componentes do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF)[32], os Ministros do STF, após escolha pelo Presidente da República, são submetidos a uma argüição pública no Senado Federal[33] e, em seguida, por votação secreta, são (ou não) aprovados para o cargo e nomeados pelo Presidente. (CF, art. 52, III, *a* c/c art. 101, parágrafo único).

A publicidade, por sua vez, é um princípio básico de organização para o *status* e para o processo da Jurisdição Constitucional, em virtude da associação publicidade (como direito fundamental) e Constituição (CF, art. 5º, LX, c/c art. 93, IX). Dessa forma, esse princípio tem que permanecer efetivo na prática, por meio da leitura dos votos em audiência pública ou da revisão (científica) da jurisprudência.[34]

---

[31] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 120-121. Cumpre ressaltar que no Brasil as decisões proferidas pelo STF possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública das três esferas da Federação (no que se refere à ADC e às espécies de ADI – CF, art. 102, § 2º, c/c art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99). Em relação à ADPF, o efeito vinculante e a eficácia da decisão contra todos se dirige aos demais órgãos do Poder Público (excetuando o STF e incluindo o Congresso Nacional), consoante a redação do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99. A súmula de efeito vinculante em matéria constitucional, a ser editada pelo STF, tem sua previsão no caput e nos parágrafos do art. 103-A da Constituição, e conforme o entendimento do plenário do STF, precisa de lei ordinária para ser editada.

[32] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 121.

[33] O Senado Federal é o órgão competente para argüir publicamente os cargos relevantes da República, em razão de seus membros (pela idade mínima de 35 anos) possuírem experiência política e cultural (CF, art. 14, § 3º, VI, a), por serem eleitos pelo voto majoritário (representantes diretos do povo) além de representarem, de forma isonômica, a vontade dos Estados-membros e do Distrito Federal (CF, art. 46, caput e § 1º), mantendo (em tese) com sua função institucional o equilíbrio na apreciação da escolha dos ocupantes dos cargos republicanos.

[34] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 121-122.

Como quarta característica fundamental da jurisdição constitucional, a atividade jurisprudencial racional direciona-se para uma globalização política de uma comunidade[35], caracterizando-se pela aplicação da "Lei e do Direito", como uma evolução da Constituição, racionalmente revista em seus métodos e com certa freqüência criativa.[36]

Com efeito, o pluralismo e a interação dos cinco métodos hermenêuticos de interpretação (incluindo a comparação jurídica) podem ser abertos, mas um controle sutil desses métodos pode não ser sempre "compreensivo intersubjetivamente". Nesse sentido, a jurisprudência constitucional é uma atividade artesanalmente criada, que se estende na "arte" dos juristas, considerando a Constituição como ordem jurídica básica dos Estados e da sociedade.[37]

Nessa perspectiva, os princípios norteadores da interpretação constitucional fundamentam complementarmente a atividade jurídico-constitucional, porque os efeitos da jurisdição constitucional possuem certa natureza política (mas a jurisdição não é política em si mesma). Assim, o Tribunal Constitucional pode (e deve) criar seu próprio direito processual (caso não exista norma com o direito positivo)[38] segundo os princípios gerais do Direito.[39]

---

[35] A esse respeito, Paulo Bonavides promove a globalização política da teoria dos direitos fundamentais, a fim de universalizá-los no campo institucional, de modo a auferir humanização e legitimidade. Nesse sentido são as palavras do professor Bonavides: "A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão da máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hemertismo da exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjutores da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projeto e concretizado no último grau de sua evolução conceitual." (Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 571).

[36] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 122.

[37] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 122.

[38] O STF se utiliza dessa prerrogativa, por meio de sua jurisprudência, para a criação do processo constitucional e de procedimentos referentes ao instituto do amicus curiae.

[39] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 122.

A quinta característica se refere a uma estrutura comum mínima de competências e funções, que se arranjam em determinadas formas de controvérsias, caracterizando a jurisdição como instituição necessária para a existência e desenvolvimento do Estado Constitucional. Dentre as competências e funções, destacam-se: (a) as controvérsias orgânicas, entre as funções de Poder (CF, art. 2º); (b) o processo de recurso constitucional de amparo[40]; (c) as causas e os conflitos federativos (CF, art. 102, I, *f*); (d) o procedimento de acusação e outros processos de proteção constitucional (as garantias constitucionais); (e) os controles normativos concretos (hipóteses do RE – CF, art. 102, III) e abstrato (ADI e ADC – CF, art. 102, I, *a*, e ADPF – art. 102, § 1º). O professor Peter Häberle assevera que não é preciso verificar a existência (ao mesmo tempo) de todas as competências, mas ressalta a importância político-jurídica de sua ampliação e evolução.[41]

A sexta característica se detém em funções específicas, como (a) a garantia evolutiva dos direitos fundamentais no contexto de pactos internacionais de direitos humanos; (b) a primazia da Constituição, com a proteção da democracia e do Estado Democrático de Direito, na forma do controle de constitucionalidade (abstrato ou concreto); (c) o equilíbrio das funções de Poder do Estado; (d) a garantia do pluralismo e a proteção das minorias; e (e) a proteção da inserção pacífica do Estado Constitucional em ambientes internacionais.[42]

---

[40] A Reclamação Constitucional ou o Recurso Constitucional de Amparo não possui hipótese semelhante no ordenamento brasileiro. Esta ação autônoma é um acesso ao TCF alemão gratuito e sem intervenção obrigatória de advogado a todos os cidadãos, mas apenas quando todos os recursos ordinários se esgotarem e desde que o cidadão tenha sido afetado pelo Poder Público em um dos seus direitos fundamentais ou equiparados (Cf. Häberle, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 01, n. 02, p. 83-137, out./dez. 2003, p. 88). No Brasil, os seus fundamentos estão espalhados pelas garantias constitucionais do Habeas Corpus, em razão de não se exigir capacidade postulatória para o impetrante (CF, art. 5º, LXVIII, c/c CPP, art. 647 e 654), do Recurso Extraordinário, por contrariar direito fundamental contido na Constituição (CF, art. 102, III, a), do Mandado de Segurança, em razão do direito líquido e certo (CF, art. 5º, LXIX) e dos institutos vetados pelo Presidente da República (cujas previsões legais estariam no art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e no art. 2º, II, da Lei n. 9.882/99), que permitiriam ao cidadão postular diretamente na qualidade de amicus curiae ou de propor, sem a intervenção de advogados, uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o que transformaria esse instituto em uma hipótese semelhante à Reclamação ou Recurso Constitucional de Amparo alemão. Com efeito, já existe a iniciativa parlamentar (Projeto de lei n. 6.543/06) para alterar a Lei n. 9.882/99, no sentido de permitir ao cidadão – cujo preceito fundamental fora lesado – o acesso ao STF para discutir a proteção ou reparação desse preceito.

[41] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 123-124.

[42] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 124-125.

Por fim, a última característica é a que mais salta aos olhos nos dias atuais. Trata-se da jurisprudencialização do Direito, na medida em que se promove a atualização (cautelosa) da Constituição, cuja conseqüência é a releitura do contrato social de uma comunidade política.[43] Assim, com esses sete aspectos se indica, segundo Häberle, uma teoria para a jurisdição constitucional, na qual o Supremo Tribunal Federal está inserido.[44]

Dentro desse contexto de características, pode-se afirmar que o método de comparação jurídica tem como finalidade fomentar o desenvolvimento de um processo constitucional (autônomo) no âmbito do STF, não obstante a doutrina jurídica e o cidadão devem criticar as decisões da Corte, não as seguindo de maneira bíblica, pois para o professor Häberle, ao se utilizar o método de comparação jurídica e enfatizar a crítica aos precedentes do Tribunal Constitucional, possibilita-se que este busque caminhos intermediários em suas decisões, por meio de uma "integração pragmática de elementos teóricos", a fim de alcançar uma "Constituição pluralista".[45]

5. O contexto normativo das Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99: a (tentativa de) abertura do Processo Constitucional no Brasil

A jurisdição constitucional brasileira teve como primeiro passo para a democratização a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, a interpretação do texto constitucional permaneceu restrita a uma "sociedade fechada de intérpretes"[46], na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das decisões proferidas pelos Ministros do STF, pelos pareceres e informações do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União e pelas manifestações propedêuticas dos demais legitimados (no caso de eles proporem determinada ação constitucional).

Com efeito, esse modelo de certa maneira impossibilita a interpretação da Constituição pelo cidadão e por setores mais amplos da sociedade civil, dificultando o desenvolvimento e o fortalecimento da posição do *amicus curiae*. Todavia, com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da

---

[43] Nesse sentido, o STF possui "A Constituição e o Supremo", uma iniciativa muito rica no sentido de editar um compêndio eletrônico (a Constituição Federal interpretada por sua jurisprudência) a fim de ser útil e acessível a todos, permitindo uma maior aproximação pelos cidadãos do conteúdo da Constituição.

[44] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 125-126.

[45] Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal co mo modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p. 130, 135 e 139.

[46] Cf. Binenbojm, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 153.

jurisdição constitucional se permite o processo de abertura da hermenêutica constitucional, com a evolução de práticas inovadoras, como as diversas formas de manifestação (dentre elas o *amicus curiae*).[47]

A fim de se evitar que a jurisdição constitucional se torne uma instância autoritária de Poder, Gustavo Binenbojm observa:

> […] há que se fomentar a idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elastecido para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.[48]

Uma das tentativas de pluralizar o processo de interpretação constitucional se deu com o advento das Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99, as quais tentaram permitir com que o cidadão pudesse ingressar diretamente com uma ação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, é fundamental analisar os contextos normativos dessas leis que representam parte do processo constitucional brasileiro.

No primeiro momento, uma comissão de juristas foi constituída pelo Ministro da Justiça para formular estudo acerca da reforma das leis da ação popular, da ação civil pública, do mandado de segurança e da representação interventiva, além da criação dos projetos de lei sobre mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, cujo intuito era o de modernizar a ordem jurídica brasileira e iniciar a abertura racional do STF por meio das idéias pluralistas de Peter Häberle sobre a sociedade aberta de intérpretes da Constituição.[49]

---

[47] Cf. Silva, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/ revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

[48] Cf. Binenbojm, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004, p. 149.

[49] Cf. Coelho, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 160. Nesse sentido, um exemplo de concretização das expectativas criadas perante as idéias de Peter Häberle para o contexto normativo das Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99 parecem ter se consubstanciado no Código de Processo Constitucional do Peru – o CPCP, pois pertencem ao âmbito de regulação do presente Código os processos constitucionais de habeas corpus, habeas data, ação popular, de inconstitucionalidade, de amparo e de cumprimento, além dos conflitos de competência, todos previstos nos artigos 200 e 202 da Constituição peruana (cf. Perú. Ley n. 28.237, de 31.05.2004. Código Procesal Constitucional. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2006. Disponível em: <http://www.cajpe.org.pe/rij/legisla/peru/CPC.PDF>. Acesso em: 20.04.2006). Luís F. Castillo Córdova assevera que a principal virtude do CPCP é ter reunido em um único corpo legislativo a regulação referida a todas as garantias constitucionais, pois a cada vez que se deseja iniciar um processo constitucional se terá que aplicar os princípios gerais juntamente com os procedimentos específicos de cada processo. No mais, o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais também é objeto de proteção das garantias, não tutelando fatos que não se relacionam diretamente com esse conteúdo material (cf. Castillo Córdova, Luis

Dentro desse contexto, a sociedade para a qual se destina a norma deve participar do seu processo de conformação, a fim de que o Direito não se esvazie em si mesmo, pois o mito da imparcialidade dos juízes não pode sobrepor-se à legitimação da sociedade e a seu direito de ser ouvida acerca do conteúdo do processo democrático de tomada de decisão, em razão de o texto constitucional também representar o complexo de forças sociais que atuam como sujeitos (potências públicas) do processo de interpretação constitucional, não sendo possível estabelecer um elenco fechado de intérpretes da Constituição.[50]

Entretanto, foi apresentado um anteprojeto de lei (o Projeto de Lei n. 2.960, de 1997, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional), que fora limitado substancialmente pelo histórico da jurisprudência regressiva do próprio STF, não se permitindo a intervenção de terceiros nas ações constitucionais de controle (ADI e ADC) e vetando-se disposições que franqueavam maior acesso à Jurisdição Constitucional, cuja conseqüência seria observada na abertura e pluralidade do debate constitucional.[51]

Nesse sentido, é importante esclarecer que a interpretação constitucional deve partir de um paradigma democrático, tornando-se possível existir uma abertura procedimental para viabilizar as intervenções da sociedade civil organizada na formação do intérprete oficial da norma jurídica (a vontade geral).[52]

Assim sendo, as leis em destaque são meios de racionalizar com transparência os argumentos formadores do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os quais levarão à conformação desses direitos no contexto social[53], conferindo um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.[54]

F. Primer Código Procesal Constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la ley 28237. Cuestiones constitucionales, n. 14, enero-junio 2006, p. 297-311. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst14/CUC1413 .pdf>. Acesso em: 20.04.2006).

[50] Cf. Silva, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 86-89.

[51] Cf. Coelho, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa***,** a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 160. Entre as disposições vetadas em razão da celeridade processual e da funcionalidade administrativa do STF estão os dispositivos da atual Lei n. 9.868/99 que determinavam a apresentação de informações pelos legitimados do art. 103 da CF, além do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.882/99, que permitia a qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo Poder Público propor a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

[52] Cf. Silva, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. *Estudos de Direito Público*: *homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85.

[53] Cf. Silva, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada**.** *Estudos de Direito Público*: *homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85.

[54] Cf. Coelho, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa,* a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 161.

Mesmo que nessas leis se encontre a maior e a mais importante abertura do processo de controle abstrato de constitucionalidade, cumpre ressaltar a importância de técnicas de decisões adequadas, a fim de que o STF – ao ser alertado sobre as conseqüências de suas decisões – adote uma jurisprudência com fundamento no interesse social, para concretizar o caminho da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.[55]

Não obstante a efetividade dessas leis estar sendo alcançada de maneira progressiva, o que se observa é um avanço para o processo constitucional brasileiro, no sentido de se possibilitar a abertura dos julgamentos do controle abstrato a elementos externos que podem contribuir para a análise adequada da verificação de (in)constitucionalidade dos atos normativos, como o pedido de informações aos órgãos que emanaram o ato normativo (Lei n. 9.868/99, art. 6º), as informações adicionais, a solicitação de peritos, a fixação de audiências públicas ou a consulta aos demais tribunais sobre a aplicação do ato normativo no âmbito da respectiva jurisdição (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §§ 1º, 2º, 3º).

Nesse sentido, inúmeros exemplos de nível procedimental podem expressar as conseqüências do caráter público processual da interpretação constitucional.[56] Destaca-se, sobretudo no Brasil, o papel do STF nessa função, na medida em que promove a abertura de cunho plural a intérpretes para a construção de sua jurisprudência constitucional, conforme as hipóteses previstas nas Leis n.(s) 9.868/99 e 9.882/99.[57]

---

[55] Cf. Coelho, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 163-164; Silva, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 89.

[56] Cf. Häberle, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta.* Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madri: Tecnos, 2002, p. 97.

[57] A esse respeito, há uma expectativa para a continuação do julgamento da ADPF n. 54. Trata-se de discussão acerca da possibilidade de se efetuar a "antecipação terapêutica do parto" de fetos com má formação ou ausência de cérebro (anencéfalos). Além da contribuição de peritos sobre a questão técnica e conceitual acerca de quando se inicia a vida humana, figuram como amici curiae a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família – Pró-vida-Família, a Associação UNIVIDA, a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF, a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos – Advocaci, a Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Conselho Federal de Medicina – CFM, a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, a Escola de Gente, a Igreja Universal, o Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero (cf. Carvalho, Paulo Gustavo Medeiros. O instituto do amicus curiae como política pública de acesso ä justiça. Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006). Cada uma das entidades contribui para a interpretação constitucional segundo os interesses das categorias que representam. Assim, as entidades religiosas ressaltam o direito à vida e buscam a improcedência do pedido, em razão dos fundamentos jurídico-religiosos que estabelecem o início da vida com a concepção. Outras entidades, como as de

6. Considerações finais ou início do debate acadêmico?

Viver a Constituição nos dias atuais representa captar todo o processo complexo que envolve a sociedade. Participar politicamente de forma democrática pressupõe presumir que o cidadão possua capacidade para refletir sobre questões de interesse da comunidade à qual pertence.[58]

Com este espírito, o presente ensaio não pretendeu responder a todos os alentos e perguntas que surgem da observação do processo constitucional brasileiro. Na verdade, o objetivo foi o de aumentar um pouco a "complexidade do sistema", na medida em que se buscou iluminar os caminhos teóricos por onde permeia a construção do processo constitucional no Brasil.

Visualizar o sentido do processo constitucional tem sua razão de ser. A doutrina de J. J. Gomes Canotilho ilustra as premissas básicas nas quais o processo constitucional se fundou para iniciar o seu desenvolvimento.

Com a Jurisdição Constitucional Autônoma de Peter Häberle se pretendeu demonstrar a evolução que o Supremo Tribunal Federal alcançou em termos de *status* de Corte Constitucional. Verificou-se, pela proposta de Häberle, que o Excelso pretório pode ser caracterizado como uma autêntica Jurisdição Constitucional.

Todavia, a apresentação do contexto normativo das leis que definem o processo constitucional no Brasil constitui uma tentativa de alerta: o desenvolvimento do processo constitucional necessita de um debate acurado e sofisticado, no que diz respeito à funcionalidade de nosso Estado Constitucional.

Espera-se, por oportuno, que se possa iniciar o debate constitucional sobre a necessidade de aperfeiçoamento e concretização das instituições. E que esse debate possa ser aberto e pluralista, na linha proposta pelo professor Peter Häberle.

---

direitos humanos, dividem seus pontos de vista entre a vida do feto e o sofrimento dos pais em ter toda uma gestão e ver a criança falecer com pouco tempo de vida. A seu turno, as associações de pesquisadores e trabalhadores da saúde, além de defenderem a isenção dos profissionais na realização desse procedimento terapêutico, buscam viabilizar a possibilidade de utilização dos fetos para pesquisas, a fim de acelerar o encontro da solução desse problema. Por fim, há também as entidades que defendem a liberdade de escolha da mulher em relação à prosperação da gestação. Dentro desse contexto, ressalta-se que os amici curiae não irão decidir o tema, mas contribuirão com seus pontos de vista para a construção de uma decisão plural dentro do âmbito normativo do processo constitucional.

[58] Cf. Guerra Filho, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

7 Referências

BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. Direito Federal: revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, v. 22, n. 78, p. 141-166, out./dez. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. *O instituto do amicus curiae como política pública de acesso à justiça***.** Texto enviado por meio eletrônico [paulo@unb.br], recebido por [andre.gontijo@gmail.com] em 25.03.2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis F. Primer Código Procesal Constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la ley 28237. *Cuestiones constitucionales*, n. 14, enero-junio 2006, p. 297-311. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst14/CUC1413.pdf>. Acesso em: 20.04.2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005.

HÄBERLE, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de *Direito Público*, a. 01, n. 02, p. 83-137, out./dez. 2003.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madri: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PERÚ. Ley n. 28.237, de 31.05.2004. *Código Procesal Constitucional*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2006. Disponível em: <http://www.cajpe.org.pe/rij/legisla/peru/CPC.PDF>. Acesso em: 20.04.2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Lei n. 9.868/99: uma proposta hermenêutica democraticamente adequada. *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em Direito da UnB.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 86-89.

SILVA, José Afonso da. El proceso constitucional. In: BAZÁN, Víctor (org.). *Defensa de la constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica. Brasília,* vol. 07, n. 76, dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/ revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 27.03.2006.

Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*

La jurisdicción constitucional en Chile (después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental)

1. Conceptos fundamentales

Al revisar la literatura constitucional puede advertirse cierta dispersión de ideas en torno a conceptos básicos tales como *justicia constitucional, jurisdicción constitucional, proceso constitucional, procedimiento constitucional* y *judicatura constitucional.*

Sin otra pretensión que la de contribuir a un saludable rigor conceptual, intentaremos precisar el sentido de estas expresiones antes de entrar de lleno en nuestro tema.

1.1. La justicia constitucional

Existe, ciertamente, una considerable dosis de ambigüedad en esta denominación polisémica que ha venido consagrando la doctrina para referirse al resguardo jurisdiccional del principio de supremacía de la Constitución.

Por *justicia constitucional* se entiende, a veces, a la magistratura que la administra, identificándola a menudo con el Tribunal Constitucional (TC); otras veces la referencia aparece dirigida al conjunto de procedimientos que la hacen posible; o, en

---

* Profesor de la Universidad de Valparaíso ‹estudiorios@entelchile.net›. La Universidad de Valparaíso es la sucesora —dotada de autonomía en 1981— de la antigua sede porteña de la Universidad de Chile, cuya Escuela de Derecho dio inicio a esta sede en 1911.

fin, a la finalidad que se persigue de *hacer justicia a la Constitución*. El calificativo *constitucional* se adscribe a la circunstancia de que el respectivo Tribunal, su competencia, las acciones de este rango o los procedimientos que habilitan el ejercicio de este poder están establecidos directamente en la Constitución. Pero ocurre que, a menudo, la justicia ordinaria y algunas de sus competencias y bases orgánicas también se establecen en ella, o bien se trata de competencias compartidas entre la *justicia constitucional* y la *justicia ordinaria.* Esta circunstancia más bien introduce confusión que ayuda a clarificar el concepto.

Por todo esto resulta más sencillo despejar el campo, comenzando por señalar qué *no* debe entenderse —o, al menos, qué *no* vamos a entender en este trabajo— por *justicia constitucional.*

No lo es, desde luego, el conjunto de *magistraturas* que las cartas fundamentales instituyen para dirimir materias constitucionales susceptibles de dudas o de conflictos. Pues, aunque entre ellas pueda encontrarse el Tribunal Constitucional, también en ese género tienen cabida la justicia electoral, las cámaras legislativas cuando actúan como sede del juicio político, y la propia justicia ordinaria cuando resuelve esta categoría de materias.

Tampoco es justicia constitucional el conjunto de *procedimientos* judiciales directamente contemplados en la Constitución, puesto que ellos son solo uno de los instrumentos necesarios para hacerla viable. A este respecto intentaremos distinguir el *proceso constitucional* de los *procedimientos* que le sirven de cauce; conceptos estos que a veces se confunden.

Por último, tampoco la *justicia constitucional* se limita al conjunto de *acciones* o *recursos* jurisdiccionales directamente instituidos en las cartas políticas.

Entre nosotros el profesor Ismael Bustos ha señalado que la expresión *justicia constitucional* tiene un carácter más connotativo que denotativo; que resulta más adecuado a la oratoria forense y a la retórica jurídica que al análisis académico y científico.

> Las connotaciones que este término lleva aparejadas —señala Bustos— pueden también expresarse, total o parcialmente, con otros términos, algunos de los cuales podrían ser los siguientes: *Judicatura* constitucional, *jurisdicción* constitucional, Derecho constitucional *adjetivo* o, en fin, Derecho Constitucional *Procesal*.

Concluye que decir que "la Justicia Constitucional es la justicia perteneciente a la Constitución" es obvio y casi tautológico, por que no dice nada.[1]

Dejaremos, entonces, reservada la expresión *justicia constitucional* para designar el conjunto de materias que abarcan desde la potestad instituida para tutelar la vigencia del principio de supremacía de la Constitución en sus diversas vertientes

---

[1] Ismael Bustos Concha: "Introducción al análisis de la Justicia Constitucional"; XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, Revista de Derecho, 1987.

hasta la magistratura que la administra y las acciones, los recursos y los procedimientos establecidos para posibilitar su cabal eficacia.

Son —por ende— elementos sustanciales de la justicia constitucional la jurisdicción de este carácter, la judicatura correlativa, las acciones instituidas por la Constitución para poner en valor su propia supremacía, los procedimientos a que ellas se sujetan y el proceso constitucional.

1.2. La jurisdicción constitucional

Designaremos *jurisdicción constitucional* a la suprema potestad decisoria, a la cual, en resguardo de la primacía de la Constitución, esta le encomienda tutelar la vigencia de todos sus postulados o de aquellos más relevantes.

Lo *jurisdiccional* de este poder se manifiesta en los tribunales que lo ejercen, en los métodos y técnicas que estos utilizan y —particularmente— en los criterios que emplean para resolver los asuntos o controversias entregados a su decisión. Además, lo jurisdiccional no es solo declarativo; es también vinculante; se expresa en decisiones provistas de imperio.

Lo *constitucional* de estas decisiones está dado por los fines específicos de esta potestad, los que siempre confluyen en la prevalencia de la Constitución y en la defensa de su eficacia política.

En el núcleo de estos fines u objetivos se sitúa la superioridad de la Constitución como suprema ley rectora del ordenamiento jurídico, con capacidad suspensiva o derogatoria o con efecto inaplicativo de la norma contraria a ella, según sea el sistema previsto en la Constitución. Este núcleo, por otra parte, se confunde con el nacimiento de esta institución y —en sus diversas variantes— es un contenido común a todas las jurisdicciones constitucionales.

En un plano distinto, pero igualmente trascendente, se sitúa el rol resolutor de conflictos de competencia entre órganos de distinta especie o dependencia, propio de esta jurisdicción. Como se sabe, los conflictos entre órganos de la misma especie o dependencia se entregan generalmente al superior jerárquico de aquellos que entran en conflicto. Tal solución no tiene cabida cuando los órganos en conflicto son autónomos, o son de distinta especie, o no reconocen un superior común. En tales situaciones los conflictos de competencia que se susciten —sean de carácter positivo o negativo— caen dentro de la jurisdicción constitucional.

Lo que define, en estos casos, a la jurisdicción constitucional no es tanto el mecanismo ideado para solucionar los conflictos, sino la potestad que, aplicando criterios extraídos de la Ley Fundamental, habilita al órgano idóneo para resolverlos de manera definitiva y categórica, sobre el supuesto de que la misma Carta que reparte las competencias entre sus órganos contiene los criterios adecuados para dirimir tales controversias.

En una tercera área, la jurisdicción constitucional se erige en guardiana del sustrato de valores y principios que nutren a la Constitución y que configuran las vigas maestras de su proyecto político. En procura de esta finalidad, ella suspende ciertos derechos fundamentales, y aun elimina del sistema político a las personas naturales, grupos, asociaciones o partidos que atentan contra las bases referidas.

Parte esencial de la jurisdicción constitucional ha sido, en todos los tiempos, la protección de los derechos fundamentales, históricamente puesta bajo el alero de la justicia ordinaria. No obstante, tanto en la doctrina como en las Constituciones modernas se ha venido abriendo paso la idea de reforzar esta jurisdicción encargando al TC la potestad de supervigilar la protección eficaz de tales derechos. Así ocurre con el contencioso de derechos esenciales del TC alemán, con el recurso de amparo de los derechos fundamentales del TC español, con la revisión de los fallos recaídos en las acciones de tutela por la Corte Constitucional de Colombia y con el conocimiento de las resoluciones denegatorias del hábeas corpus, del amparo, del hábeas data y de la acción de cumplimiento por el TC del Perú.

1.3. El proceso constitucional

También nos encontramos aquí, de cara a la expresión *proceso constitucional*, con la necesidad de precisar a qué intentamos referirnos.

Jaime Guasp distinguía dos posturas básicas frente a la concepción del *proceso*. Una,

> […] la orientación material […] permite reducir a una fórmula común, no obstante su interna variedad, una amplia serie de definiciones procesales, todas las cuales, en efecto, pueden ser abarcadas en la rúbrica común que considera el proceso como *la resolución de un conflicto social*.

La otra, la *orientación formal*, reúne a diversas doctrinas que también pueden reconducirse a una rúbrica común:

> […] la actuación del Derecho; pues en definitiva, con unas u otras palabras, todas las teorías de este grupo ven en el proceso un instrumento destinado a la realización, protección o tutela, o puesta en práctica del Derecho mismo.

Guasp concluye, por su parte:

> El proceso no es pues, en definitiva, más que un *instrumento de satisfacción de pretensiones*.[2]

En su concepto más sustancial, el *proceso* está constituido por un conjunto de actuaciones, diligencias y trámites ordenados en etapas sucesivas bajo la dirección de un juez o tribunal, cuyo objetivo consiste en procurar el conocimiento de los

---

[2] Jaime Guasp: *Derecho procesal civil*, t. I, pp. 16-18. Ver también Jesús González Pérez: *Derecho procesal constitucional*, Madrid: Civitas, 1980, pp. 4 ss.

hechos y pretensiones jurídicas, posibilitar la producción de las pruebas, resolver acertadamente la cuestión sometida a decisión jurisdiccional y, en su caso, velar por la ejecución de lo resuelto. En este sentido, es fácil advertir la *unidad* del proceso —no obstante la variedad de instancias, procedimientos y recursos que en él se den cita— y su carácter de instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido también puede hablarse de los principios y garantías de un *justo proceso* o del *due process*.

En una concepción teórica, como objeto de la ciencia procesal, puede concebirse el *proceso* como una relación jurídica que vincula al juez como representante del Estado y a los sujetos a la relación procesal o al sujeto concernido en el proceso. Esta concepción ideada por el jurista alemán Von Bülow, recogida por Chiovenda y desarrollada por Kohler, Hellwig y Wach, no obstante su impugnación por Goldschmidt (teoría de la institución procesal), sigue en pie y mantiene su vigencia teórica en cuanto a la concepción del proceso como *artefacto jurídico* ideal.

Por último, también se reconoce con la misma denominación a la materialidad en que cada proceso particular se desarrolla y completa; esto es, al *expediente*. En este sentido se habla de la iniciación, de la formación del proceso, del acto de compulsarlo, de su elevación al tribunal superior o de su archivo.

En una expresiva síntesis de estas acepciones ha dicho Couture:

> En la primera acepción del proceso como secuencia, este constituye una acción humana que se proyecta en el tiempo; es una situación análoga a la que existe entre el ser y el devenir; los actos procesales devienen proceso. En su segunda acepción, en tanto relación jurídica, el proceso es un fenómeno intemporal e inespacial; un concepto, un objeto jurídico ideal, constituido por el pensamiento de los juristas. En su tercera acepción, como expediente o conjunto de documentos, el proceso es un objeto físico; ocupa un espacio en el mundo material, es una cosa.[3]

El proceso constitucional es aquel mediante el cual se tramita y resuelve una materia propia de la jurisdicción constitucional.

1.4. El procedimiento constitucional

Una primera distinción que debe hacerse es la que existe entre proceso y procedimiento, pese a que ambas expresiones derivan de la misma voz latina —*procedere:* avanzar, seguir un trayecto determinado— y aunque a menudo ambas nociones se interpelan, debido a que no existe proceso sin que previamente exista un procedimiento regulado ni tiene este aplicación si aquel no lo convoca.

El *procedimiento* —dice el Prof. Eduardo Carlos— "alude al fenómeno externo, a lo puramente rituario en el desenvolvimiento de la actividad preordenada por la ley procesal". Es tan *múltiple* como lo sean las necesidades de cada tipo de

---

[3] Eduardo Couture: *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 123.

proceso; pero —aun dentro de cada proceso— existen procedimientos diversos en cada instancia, en los asuntos incidentales que puedan producirse, y aun en cada actuación diferenciada, como sería la recepción de cada medio de prueba. Y así, aun cuando en la decisión de un asunto se hayan utilizado *diversos procedimientos*, el *proceso* a través del cual ha podido llegarse a su solución final ha mantenido siempre su *unidad*.[4]

1.5. La judicatura constitucional

La judicatura constitucional es el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que la Constitución habilita para ejercer —ya sea en forma exclusiva o compartida— la jurisdicción constitucional.

A primera vista —al menos en el ámbito europeo— esta judicatura equivaldría al Tribunal Constitucional (TC)

No es así en el arquetipo norteamericano, en que la jurisdicción constitucional la ejerce la judicatura ordinaria; ni es así en el sistema chileno, en el cual existe una jurisdicción constitucional compartida entre el TC, otro tribunal especial y la justicia ordinaria, de lo cual se desprende que hay tres distintas judicaturas encargadas de ejercer esta potestad pública.

2. Panorama general de la jurisdicción constitucional chilena

Pese a la proximidad de Norteamérica, Chile vivió, desde la época de su Independencia y hasta la Constitución de 1925, sumergido —de manera predominante— en el ideario político europeo.

De allí su respeto por la soberanía del Parlamento[5] y por la separación de los poderes[6] —dogmas típicos de la cultura europea—, que lo hacían impermeable al principio de supremacía de la Constitución, concebido al modo norteamericano.[7]

---

[4] Eduardo Carlos: *Introducción al estudio del derecho procesal,* Buenos Aires: Ejea, 1959, pp. 127 ss.

[5] Es célebre la alocución de sir William Blackstone en su *Comentario de las leyes de Inglaterra:* "[…] el poder del Parlamento es absoluto y *sin control* […] lo que el Parlamento hace, ninguna autoridad sobre la tierra podría deshacerlo".

[6] Recordemos el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en que no está asegurada la garantía de los derechos ni *determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*".

[7] El principio de la supremacía de la Constitución superó a ambos dogmas, sin destruirlos. Con razón ha dicho Eduardo García de Enterría que esta invención norteamericana es "la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho" (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid: Civitas, 1982, p. 123).

Así, aunque hubo gestos en el siglo XIX tendientes a propiciar la primacía de la Constitución,[8] lo cierto es que nunca —hasta bien entrado el siglo XX— nadie se atrevió a inaplicar una ley aprobada por el Congreso ni, menos, a declararla inconstitucional, aunque ella fuese contraria a la Constitución.[9]

La *soberanía del Congreso* llegó al extremo de que este calificaba la elección de sus propios miembros, lo que naturalmente dio origen a numerosos abusos de las mayorías partidarias.

Es cierto que la protección de los derechos fundamentales estuvo, desde muy temprano, amparada por la Carta Fundamental;[10] pero en un país como el nuestro, dominado desde la cuna por el autoritarismo, siempre los jueces prefirieron someterse a los dictados de la autoridad antes que dedicarse a la protección de tales derechos. Esta posición sumisa —que llegó a extremos humillantes durante el régimen militar—[11] recién comenzó a revertirse a raíz del ejercicio del recurso de protección, que tiene cierta semejanza con el amparo mexicano y mayor similitud con el amparo argentino.

En resumen, el nacimiento de la jurisdicción constitucional en Chile se vio postergado porque somos un pueblo de reacción tardía. Marchamos —es cierto— delante de otros países, pero caminamos con varias décadas de retraso respecto de aquellos que podrían servirnos de modelo.

Mientras en los Estados Unidos de Norteamérica, el *leader case Marbury vs. Madison* —que recogió magistralmente el principio de supremacía de la Constitución— fue dictado en 1803, Chile lo incluyó tímidamente en la Carta de 1925, al instaurar el recurso de inaplicabilidad contra las leyes contrarias a la Constitución, reservándolo solo a la Corte Suprema, con efecto *inter partes* y con supervivencia de la ley infraccional.

---

[8] La Corte Suprema, en circular a las cortes de apelaciones de 2 de enero de 1867, las instruía así: "Las autoridades encargadas de aplicar las leyes en un caso determinado, deben […] *dar preferencia* en el asunto especial de que se ocupan, *a la Constitución*, si estuviera en clara y abierta pugna con ellas […]".

[9] Véase, sobre el particular, la documentación contenida en Jorge Huneeus: *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, 1891, t. II, p. 239, y en Alcibíades Roldán: *Elementos de derecho constitucional de Chile*, Santiago, 1914, p. 518.

[10] La Constitución de 1823, en el título XII: "Del Poder Judicial", decía: "Artículo 116. El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes: […]". Y el artículo 146, al enumerar las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, le encomendaba: "1.º. Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales […]".

[11] En los estados de excepción constitucional, sujeto a los cuales vivió el país durante casi todo ese período, no eran procedentes los recursos de protección (amparo) respecto de medidas de la autoridad que afectaran derechos o garantías que según la Constitución podían suspenderse o restringirse, y a los tribunales se les prohibía "entrar a calificar los fundamentos de hecho de tales medidas" (artículo 41, n.º 3 CPR).

Mientras México en 1847 introducía su acción de amparo,[12] y Brasil en 1880 creaba el *mandado de segurança*,[13] y Argentina creaba su acción de amparo en 1957 *por vía jurisprudencial*,[14] Chile recién en 1976, y con las restricciones propias del régimen militar, hacía espacio al recurso de protección, limitado solo a ciertos derechos y garantías.[15]

Mientras en Europa la Constitución de Austria establecía en 1920 el Tribunal Constitucional, Chile recién lo hacía en 1970.

Afortunadamente, en otras materias, como el sistema electoral, no hemos sido tan negligentes. Al filo del pasado medio siglo, en 1949, en virtud de la ley n.º 9292, se reconocieron los derechos políticos a las mujeres. La Carta de 1925 había sustituido el arcaico y riesgoso sistema de autocontrol electoral de los miembros del Congreso Nacional por un Tribunal Calificador de Elecciones, de carácter autónomo y supremo en su especie, que dio origen a la Justicia Electoral en todos los niveles, la que hoy incluye a los cuerpos intermedios —de naturaleza social y no política— que señala la ley. En 1958 se modificó la emisión del sufragio, con la creación de una cédula única electoral que confecciona el Estado y que puso fin a la aberrante práctica del cohecho. Se perfeccionó así un sistema electoral cuyo control forma parte de la jurisdicción constitucional.

En resumen, esta jurisdicción está repartida en tres judicaturas independientes entre sí.

La *justicia ordinaria*, con su organización piramidal que va desde los juzgados de letras de primera instancia, pasa por las 17 cortes de apelaciones que generalmente conocen las causas en segunda instancia y culmina en la Corte Suprema, que oficia, sustancialmente, como tribunal de casación.

La *justicia electoral*, que, en países como Austria o Alemania Federal cae bajo la competencia del TC, conforma nuestra segunda judicatura constitucional.

Y la tercera es el Tribunal Constitucional, supremo y autónomo, encargado de resolver las más importantes materias de esta jurisdicción especial.

---

[12] El amparo mexicano se instaura en el acta de reforma de 1847 a la Constitución de 1824 y está consagrado actualmente en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de 1917. Véase el prólogo de Héctor Fix-Zamudio a *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México: Fundap, 2002.

[13] El *mandado de segurança* está establecido en el artículo 5.º, numeral LXIX, de la Constitución brasileña de 1988. El hábeas corpus se regula en el numeral anterior del mismo artículo.

[14] La vía jurisprudencial se abre con los casos *Ángel Siri* (1957) y *Samuel Kot* (1958); lo consagran las leyes n.os 16986 y 17454. La gran Reforma de 1994 lo introduce en el artículo 43, § 1.º, de la Constitución.

[15] A diferencia de México, de Argentina, de Brasil o de Colombia, que extienden el amparo o la tutela a todos los derechos constitucionales, el recurso de protección se limita a determinados derechos y garantías, como luego veremos.

3. La jurisdicción constitucional de la justicia ordinaria

No solo por la tradición histórica de Chile, sino también por su larga y accidentada geografía (4300 km de longitud), desde los inicios de su vida independiente hasta ahora, la tutela del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y sus garantías —materia clave de la jurisdicción constitucional— ha estado radicada en la justicia ordinaria y repartida en todos sus niveles. Con esto queremos precisar que existen acciones de rango constitucional de las que conocen los jueces de letras; hay otras que son de la competencia, en primera instancia, de las cortes de apelaciones, y hay otras, en fin, de las que conoce la Corte Suprema en segunda o en única instancia.

Concentrar las acciones directamente instituidas por la Constitución en un solo tribunal —como hubiera podido ser el TC— no solo habría significado su colapso, sino también su ineficiencia, como ocurrió durante cierto lapso con el hábeas corpus, del cual conocía exclusivamente la Corte Suprema, radicada en la capital, con manifiesto desmedro de la libertad personal en todo el resto del país.[16]

En un somero vistazo repasaremos las acciones constitucionales —impropiamente denominadas *recursos*— de las que conocen nuestros tribunales ordinarios, de mayor a menor jerarquía.

3.1. Jurisdicción constitucional de la Corte Suprema

Este alto tribunal, que encabeza el Poder Judicial, está compuesto por 21 ministros titulares y ejerce —además de sus atribuciones jurisdiccionales— la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales que integran dicho poder.[17]

Puede funcionar en pleno, es decir, con la totalidad de sus miembros presentes, con un mínimo de 11 ministros, o dividida en salas especializadas por materias, integradas por no menos de cinco jueces.

Funcionando *en pleno* y *en única instancia*, la Corte conoce:

3.1.1. La acción de protección de la nacionalidad

Dice el artículo 12 de la Constitución Política de la República (en adelante, *CPR*):

> La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera

[16] En virtud del artículo 111 de la ley de Atribuciones y Organización de los Tribunales, de 1875, correspondía a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de amparo (hábeas corpus) instituido en el artículo 143 de la Carta de 1833.

[17] Artículo 82 del CPR.

> a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos.

Su caracterización puede resumirse así:

a) Es una acción jurisdiccional que se interpone ante el más alto tribunal de la República, el cual —debido a la importancia del derecho protegido y a la calidad de su eventual transgresor— conoce *en pleno* y resuelve *como jurado, en única instancia*. b) Su titular es *la persona afectada*, la cual puede accionar por sí *o por cualquiera a su nombre*. c) El plazo de interposición es de 30 días y se cuenta desde la fecha de publicación en el *Diario Oficial* del decreto supremo que dispuso la pérdida de la nacionalidad o desde la notificación al afectado del acto o resolución que se la desconozca. d) El acto o la resolución impugnados por esta acción debe provenir de una autoridad administrativa; lo cual excluye a los actos legislativos y a las resoluciones judiciales. e) El efecto suspensivo que produce la interposición del recurso respecto del acto o la resolución impugnados constituye excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos. f) Por último, la finalidad de esta acción consiste en anular —o, al menos, en privar de efectos con relación al afectado— el acto o la decisión administrativa que, de manera errónea, ilegal o arbitraria, le haya ocasionado la pérdida de la nacionalidad o su desconocimiento.

Funcionando *en sala*, en *única instancia*, la Corte conoce:

3.1.2. La declaración previa de procesabilidad de la acción indemnizatoria por error o arbitrariedad judicial injustificados

Esta acción es una de las garantías compensatorias de la libertad personal cuando ella ha sido injustamente amagada en un proceso penal. Exige la secuencia de tres procesos que se sustancian en tres distintos tribunales. El primero es el tribunal en lo penal en el cual se pretende haberse cometido el error o la arbitrariedad puestos en evidencia por el posterior sobreseimiento o sentencia absolutoria del imputado. El segundo —que es el que por ahora nos interesa— es aquel en que la Corte Suprema, a instancias del afectado y por decisión de su Sala Penal, puede declarar que la imputación o la condena a la que este fue sometido en cualquiera instancia resultó "injustificadamente errónea o arbitraria".

Esta resolución —que solo constituye una declaración previa de procesabilidad— es el *requisito indispensable* para que el afectado pueda ejercer la acción indemnizatoria ante el tribunal ordinario civil competente, como veremos más adelante.

La norma constitucional que contiene esta acción compleja es el artículo 19, n.º 7, de la CPR, que asegura la libertad personal y la seguridad individual, la que en su letra *i* dice así:

> Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que

> la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia […].[18]

Funcionando *en pleno, en segunda instancia*, la Corte conoce:

3.1.3. Las causas por desafuero de los congresales

Los miembros de ambas ramas del Congreso Nacional gozan del fuero establecido en su favor para evitar que persecuciones o arrestos indebidos, con intencionalidad política, entraben o paralicen sus funciones parlamentarias como ocurrió durante el siglo XIX. El artículo 61, inciso 2.º, de la CPR dice así:

> Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

También se trata, en este caso, de una declaración previa de procesabilidad establecida por la Constitución en resguardo del libre ejercicio de las potestades públicas de los congresales.

La Corte Suprema conoce en pleno de las apelaciones que se deduzcan en estas causas, las cuales, en primera instancia, están dentro de la competencia del pleno de la corte de apelaciones respectiva o *tribunal de alzada*, como lo designa la Constitución.

Ahora bien, el artículo 61, inciso 4.º, de la CPR dispone:

> Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.

A las *salas* de la Corte Suprema corresponde conocer, en *segunda instancia*:

3.1.4. Las apelaciones de las sentencias definitivas dictadas en los recursos de amparo

Este "recurso" es, en verdad, una acción procesal vigente en Chile a partir de la Carta de 1833, en resguardo de *la libertad personal* y *la seguridad individual*, y corresponde exactamente al *hábeas corpus* del derecho comparado.

---

[18] Véase la historia de esta acción en Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional*, Santiago: Jurídica de Chile, 1997, t. IV, pp. 225-29. El procedimiento para obtener esta declaración está regulado en el auto acordado de la Corte Suprema de 10 de abril de 1996, publicado en el *Diario Oficial* del 24 de junio de 1996.

En primera instancia conoce de esta acción una Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, que es la *magistratura* a que se refiere el artículo 21 de la CPR, que dice así:

> Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.
>
> Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata 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.
>
> El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esta acción —de modo similar a la de protección, que veremos a continuación— se caracteriza por su *informalidad* (puede presentarse oralmente ante la Corte, por teléfono o vía fax o télex, por el afectado o por otro a su nombre sin acreditar poder); por su *procedimiento breve y expedito*; por las facultades *amplias y drásticas* que otorga al tribunal para corregir los abusos o irregularidades que se haya cometido en la privación o en la perturbación de la libertad de una persona o en su seguridad personal, e inclusive para ampararla contra actos u omisiones ilegales *que las amenacen*.

Esta acción —así como la de protección— persigue dos objetivos: uno, social, que es "restablecer el imperio del derecho", y otro, individual, que consiste en "asegurar la debida protección del afectado".

Por excepción, dada la importancia atribuida a los derechos amparados, la apelación en contra del fallo que dicta la Corte de Apelaciones es conocida y resuelta por una Sala de la Corte Suprema que no es, ordinariamente, un tribunal de alzada.[19]

3.1.5. Apelación de las sentencias definitivas dictadas en los recursos de protección

Esta acción procesal data solo del año 1976 y tuvo su origen en el acta constitucional n.º 3 (decreto ley [DL] n.º 1552), dictada por el régimen militar; luego quedó

---

19 Sobre la tramitación de esta acción puede verse: Guillermo Piedrabuena R.: *El recurso de apelación y la consulta*, Santiago: Jurídica de Chile, 1999, cap. v; Raúl Tavolari O.: *Hábeas corpus*, Santiago: Jurídica de Chile, 1995; Alberto Chaigneau del C.: *Tramitaciones en las cortes de apelaciones*, Santiago: Jurídica de Chile, 1983.

establecida en el artículo 20 de la Carta de 1980. Su texto actual —reformado el año 2005— dice así:

> El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
>
> Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N.º 8.º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.[20]

Además de la diferencia consistente en la diversidad de los derechos y garantías amparados por esta acción de reciente data, y no obstante su similitud con el recurso de amparo en cuanto a su informalidad, concentración y rapidez, cabe señalar dos notas que lo desmedran.

Mientras el recurso de amparo no tiene plazo de prescripción extintiva, toda vez que está vigente mientras subsista la privación, perturbación o amenaza de la libertad personal o de la seguridad individual, la acción de protección caduca si no se ejercita "dentro del plazo fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos".[21] Así, si al décimo sexto día de cometido un acto atentatorio de un derecho

---

[20] Los derechos y garantías protegidos por el artículo 20, inciso 1.º, son, en el mismo orden que menciona el texto transcrito: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias; la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal señalado por la ley y establecido con anterioridad por esta; el respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y de su familia; la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos; el derecho a elegir el sistema de salud estatal o privado al que la persona desee acogerse; la libertad de enseñanza y el derecho de los padres de elegir el establecimiento de enseñanza de sus hijos; la libertad de expresión, de información y de prensa; el derecho de reunión; el derecho de asociación; la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y contratación y la prohibición de exigir la afiliación a entidad alguna para desarrollar determinada actividad o trabajo ni la desafiliación para mantenerse en estos; el derecho de sindicación voluntaria; el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes; el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes; la propiedad intelectual, artística e industrial. El inciso 2.º protege el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

[21] Esta limitación — inconstitucional, a juicio de la doctrina— está establecida en el n.º 1.º del auto acordado de la Corte Suprema, de 27 de junio de 1992, modificado por auto acordado de 4 de junio de 98, que regula la tramitación de esta acción.

protegido, la privación de su ejercicio legítimo subsiste, ya habrá prescrito la acción que lo ampara.

Y mientras la acción de amparo, tanto en primera como en segunda instancia, se falla *previa vista de la causa* —esto es, con la posibilidad de relación pública y alegato oral de los abogados de las partes—, la acción de protección, en la segunda instancia, se ve ordinariamente con la sola *cuenta del relator* en la sala respectiva, privando así a los abogados de las partes, en el momento más decisivo de la causa, del derecho de enfocar ante el tribunal los puntos más relevantes para la resolución del asunto. Solo excepcionalmente, si la Sala "lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible podrá ordenar traerla 'en relación' para oír a los abogados de las partes…".[22] Esta excepción es de más escasa ocurrencia que la lluvia en el desierto.[23]

3.2. Jurisdicción constitucional de las cortes de apelaciones

Estas cortes —repartidas en número de diecisiete, por regiones, en todo el país— forman parte de los tribunales superiores de justicia y conocen, ordinariamente, en segunda instancia, de la apelación de las sentencias dictadas en primer grado por los tribunales unipersonales.

No obstante, conocen *en primera instancia* de aquellos asuntos que resuelve, por vía de apelación, la Corte Suprema, a saber:

1. en *tribunal pleno*, de las causas por desafuero de los diputados y senadores, a las que nos referimos en el punto 3.1.3;
2. en *sala*, de las acciones de *amparo* o *hábeas corpus* y de *protección*, a las que nos referimos en los puntos 3.1.4 y 3.1.5, respectivamente.

Cabe señalar que, mientras la competencia de las Cortes de Apelaciones para conocer de la acción de protección tiene rango constitucional toda vez que el artículo 20 se la atribuye expresamente, en cambio la que tienen para resolver la acción de amparo posee solo respaldo legal, ya que el artículo 21 de la Carta —precedentemente

---

[22] Regulado así en el n.º 7 del auto acordado citado precedentemente.

[23] Acerca de esta acción, cf.: Eduardo Soto K.: *El recurso de protección,* Santiago: Jurídica de Chile, 1982; Pamela Verdugo J.: *El recurso de protección en la jurisprudencia,* Santiago: Conosur, 1988; Sergio Lira H.: *El recurso de protección,* Santiago: Imprenta Alborada, 1990; Enrique Paillas P.: *El recurso de protección ante el derecho comparado,* Santiago: Jurídica de Chile, 1990; Jessica Fuentes O.: El derecho de propiedad en la Constitución y la jurisprudencia, Santiago: Conosur, 1998; varios: *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina,* Santiago: Lexis-Nexis, 2005.

transcrito (3.1.4) —hace referencia "a la magistratura que señale la ley", y esta es, actualmente, el artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales.[24]

3.3. La jurisdicción constitucional de los tribunales ordinarios de primera instancia

En Chile, pese al avance que ha significado la constitucionalización del derecho, los jueces —en general— no han tomado conciencia del poder directa y categóricamente vinculante que adquirió la Constitución de 1980.[25] Parecen no haberse percatado de que "someter su acción a la Constitución" significa ejercer su jurisdicción ceñidos a ella y a su espíritu y jamás en contra de ella o eludiéndola por complacer a la autoridad. Parecen no advertir que la jurisdicción, o es soberana, o no es jurisdicción. También, que "[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", y que es un "deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos" (artículo 5.º de la CPR).

Así, cuando les toca resolver acerca de acciones instituidas y garantizadas por la Constitución, parecen no percibir que ellas amparan derechos cuyo ejercicio no puede ser limitado, sino —al revés— que constituyen un límite de la soberanía; cuyas restricciones deben estar expresamente establecidas por ley y no por decretos o reglamentos, por supremos que ellos sean; y que —aun las leyes— deben respetar la esencia de los derechos, estándoles vedado "imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio" (artículo 19, n.º 26, de la CPR).

Pasaremos a describir las acciones que integran la jurisdicción constitucional de los tribunales ordinarios de primera instancia.

3.3.1. Acción indemnizatoria de daños por error o arbitrariedad judicial

Vimos ya —en el punto 3.1.2— la declaración previa de procesabilidad que debe hacer la Corte Suprema para abrir camino al ejercicio de esta acción. Ella comprende tanto los daños morales como los perjuicios patrimoniales sufridos por las víctimas de la imputación o condena penal declarada injustificadamente errónea o arbitraria.

---

[24] Esta magistratura —"la Corte de Apelaciones respectiva"— estaba indicada en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, que incluía un título dedicado al "Procedimiento de amparo", el cual perdió vigencia al entrar a regir la reforma procesal penal y el nuevo Código Procesal Penal.

[25] Su artículo 6.º, situado entre las "Bases de la institucionalidad", prescribe: "*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*". Su inciso 2.º añade: "Los preceptos de esta Constitución *obligan* tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

Su tramitación se sujeta a un procedimiento breve y sumario[26] y en él la prueba se aprecia en conciencia; todo, por expreso mandato de la Constitución. Al juez ordinario civil incumbe *determinar el monto* de tales perjuicios, lo que constituye la finalidad de la acción.

3.3.2. El reclamo de la ilegalidad del acto expropiatorio

La privación de la propiedad o de los atributos esenciales del dominio solo procede "en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios […]" (artículo 19, n.º 24, inciso 3.º, de la CPR).

El *acto expropiatorio* es un acto administrativo que dicta el presidente de la República, mediante decreto supremo, o alguna entidad pública —por ejemplo, los municipios—, provisto de potestad expropiatoria, mediante resolución adoptada conforme a las normas legales que la rigen.[27]

Ahora bien, cuando este acto incurre en alguna de las causales señaladas en el artículo 9.º de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones —como si falta la ley que autoriza la expropiación o no concurre la causa legal invocada en dicho acto—, nace esta acción cuya vigencia caduca una vez transcurrido el plazo de 30 días contados desde la publicación en el *Diario Oficial* del acto expropiatorio.

La tramitación del reclamo se rige por el procedimiento sumario, en juicio seguido contra el expropiante, pero no paraliza el procedimiento expropiatorio, salvo que el juez, en casos determinados y con antecedentes calificados, así lo ordene expresamente. Esta determinación judicial tiene también respaldo constitucional.[28]

La sentencia estimatoria puede disponer la modificación del acto expropiatorio o dejarlo sin efecto, según sea la causal alegada.

3.3.3. Reclamación del monto de la indemnización expropiatoria provisional

La misma disposición constitucional que creó la acción precedentemente descrita, continúa diciendo (artículo 19, n.º 24, inciso 3.º, de la CPR):

---

[26] El procedimiento sumario se regula en el libro III, título XI, del Código de Procedimiento Civil.

[27] El decreto ley n.º 2186, de 1978 —ley orgánica de Procedimiento de Expropiaciones— define y señala los requisitos del acto expropiatorio en su artículo 6.º. Su artículo 9.º regula este procedimiento reclamatorio.

[28] Véase el artículo 19, n.º 24, inciso 6.º, parte final, de la CPR y el artículo 9.º inciso 3.º del decreto ley 2186, citado.

> El expropiado […] tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

Por lo tanto, si no se produce acuerdo con la entidad expropiante sobre el monto de la indemnización provisional que fija la Administración, cualquiera de los afectados puede reclamar judicialmente de dicho monto, ejerciendo la correspondiente acción, que tiene las siguientes características: a) Solo puede presentarse al juez competente dentro del plazo que transcurra desde la notificación del acto expropiatorio "hasta el trigésimo día siguiente a la toma de posesión material del bien expropiado". b) La indemnización solo puede referirse al "daño patrimonial efectivamente causado"; esto es, no puede indemnizarse el daño moral, aunque exista, ni cabe compensar daños hipotéticos o eventuales, aunque sí el lucro cesante, si ha sido efectivamente causado. c) El procedimiento es breve —en la realidad, no tanto— y especial; lo regula el título III del decreto ley 2186, y en él tiene especial relevancia la prueba pericial. d) La ley, siguiendo el mandato del acta constitucional n.º 3 —que ordenó pagar la indemnización con los reajustes e intereses que señala la ley—, establece dicho reajuste en el artículo 14, inciso 6.º, y aquel, así como los intereses, en los artículos 19 y 20.

3.3.4. Acción indemnizatoria de daños ocasionados por la Administración del Estado o las municipalidades

Los perjuicios indemnizables por actos u omisiones derivados del buen o mal funcionamiento de la Administración o por falta de servicio pueden originarse en la violación de diversos derechos fundamentales, como la vida, la integridad psíquica o física, la honra o la propiedad, por vía ejemplar.

Antes del establecimiento de esta acción en la Constitución, la jurisprudencia había resuelto el problema de la responsabilidad extracontractual de la Administración por los cauces inapropiados del Código Civil, que consagra el sistema de responsabilidad subjetiva en que impera el requisito esencial de la culpa o el dolo del causante del daño, los que deben ser probados por la víctima.

La trascendencia de esta acción consiste en haber establecido por vez primera, con rango constitucional, la responsabilidad objetiva de derecho público de la Administración del Estado y de las municipalidades.[29]

---

[29] En la doctrina nacional moderna, véase Rolando Pantoja B.: *Bases generales de la administración del Estado,* Buenos Aires: Ediar Conosur, 1987; Hugo Caldera D.: *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980,* Santiago: Jurídica de Chile, 1982; José Bidart H.: *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual,* Santiago: Jurídica de Chile, 1985; José L. Diez S.: *El daño extracontractual,* Santiago: Jurídica de Chile, 1997; Pablo Rodríguez G.: *Responsabilidad extracontractual,* Santiago: Jurídica de Chile, 1999. Hernán Corral Talciani: *Acciones de responsabilidad civil extracontractual,* Santiago: Imprenta Salesianos, 2003.

La disposición pertinente —el artículo 38, inciso 2.º de la Constitución— dice así:

> Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Este precepto ha sido desarrollado por los artículos 4.º y 44 de la LOC n.º 18575, de Bases Generales de la Administración del Estado, y, en el ámbito municipal, por el artículo 141 de la LOC de Municipalidades, n.º 18695.

Esta acción puede caracterizarse así:

a) Se trata de una acción fundada en la responsabilidad objetiva, de carácter patrimonial y extracontractual, que incumbe a la Administración por los daños que cause a las personas, sea su actividad legítima o ilegítima, o que aquellos provengan de su falta de servicio. b) El titular de la acción es la persona que sufre el daño o sus herederos. c) La indemnización comprende tanto los perjuicios patrimoniales de todo orden como el daño moral ocasionado. d) De esta acción conocen los tribunales ordinarios de justicia y su procedimiento es el del juicio ordinario, con las modalidades propias de los juicios de hacienda si el demandado es el fisco o de la ley orgánica constitucional (LOC) de Municipalidades si el sujeto pasivo es una de ellas. e) No obstante tratarse de una materia de derecho público, la jurisprudencia ha establecido que son aplicables, en forma supletoria, los preceptos atinentes del Código Civil.

3.3.5. Acción indemnizatoria de las requisiciones de bienes y limitaciones al dominio en los estados de excepción constitucional

La falta de una legislación orgánica en esta materia generó numerosas dudas en la jurisprudencia, acerca de la procedencia y la extensión de los daños indemnizables a raíz de medidas adoptadas o practicadas de hecho en los estados de excepción constitucional.[30]

El inciso 2.º del artículo 45, que regula las acciones de que se trata, dice así:

> Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.

Como se advierte, la Constitución distingue dos situaciones diversas: las requisiciones, que importan privación del dominio de bienes —generalmente muebles, como vehículos, ganado, ropas, comestibles, medicinas en casos de catástrofes— de un particular, y las limitaciones al dominio, que para ser indemnizables requieren

---

[30] Los estados de excepción constitucional se encuentran sistematizados y regulados por los artículos 39 al 45 de la CPR y por la LOC n.º 18415, sobre estados de excepción.

que ellas causen la privación —generalmente transitoria— de alguno de los atributos del dominio, es decir, el uso, el goce o la facultad de disponer del bien y, además, que esta privación cause daño al titular del derecho.

En ambas situaciones procede la acción indemnizatoria en contra del fisco, la que tiene los siguientes supuestos y características:

a) La indemnización solo procede si los perjuicios son *directos* (artículo 17 de la LOC n.º 18415). b) La ley no distingue entre daños *patrimoniales* y *morales,* por lo que cabe concluir que proceden ambos. c) De manera análoga a la expropiación, el monto de la indemnización y su forma de pago se determinan *de común acuerdo* entre la autoridad que dispuso la medida y el afectado por ella. Este acuerdo debe ser aprobado por la autoridad de gobierno interior correspondiente (artículo 19, ibídem). d) A falta de dicho acuerdo, el afectado puede recurrir, dentro del plazo de 30 días, ante el juez de letras en lo civil competente (artículo 19, ibídem). e) El reclamo se tramita como incidente; el tribunal establece en su sentencia el monto definitivo de la indemnización y esta deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado (artículo 19, ibídem). f) La acción indemnizatoria prescribe en el plazo de un año contado desde la fecha de término del estado de excepción en que se adoptó la medida que ocasiona el daño (artículo 20, ibídem).

Como habrá podido advertirse, son muy variadas y de notorio contenido garantista las diversas acciones de rango constitucional que quedan comprendidas en la jurisdicción constitucional de la justicia ordinaria.

4. La jurisdicción constitucional de la "justicia electoral"

Como ya adelantamos, en algunos países europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional, el contencioso electoral, que asegura la regularidad de la elección democrática de las autoridades, anida dentro de su competencia.

Así ocurre en el TC Federal de Austria, que conoce del contencioso eventual de todas las elecciones políticas, administrativas e inclusive profesionales. El TC federal alemán conoce de la apelación de las decisiones electorales adoptadas por el Bundestag. Y el Consejo Constitucional de Francia tiene el control de las elecciones legislativas y presidenciales y de los refrendos.

En el ámbito latinoamericano —en cambio— se han instituido órganos especialmente encargados de velar por la normalidad de las elecciones y ejercer la justicia electoral en los casos de conflictos. Así, en México existe el Tribunal Electoral, regulado en el capítulo del Poder Judicial, cuyos miembros son designados por la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[31] En Colombia existe el Consejo Nacional Electoral, que conoce de las reclamaciones electorales, efectúa el escrutinio general de las votaciones nacionales y declara a los

[31] Véase el artículo 99 de la Constitución Federal mexicana.

elegidos.[32] En Perú se contempla un Jurado Nacional de Elecciones que fiscaliza estos procesos, administra la justicia electoral y proclama a los elegidos.[33] En Bolivia existe la Corte Nacional Electoral, con finalidades análogas.[34]

Decía don Jorge Huneeus, uno de nuestros grandes constitucionalistas, allá por 1890:

> El Poder Electoral es el primero y el más importante de todos, puesto que designa a las personas llamadas a desempeñar el Poder Legislativo, al Jefe del Ejecutivo y a los Municipales. Designa, igualmente, a aquellos que ejercen el Poder Constituyente […].[35]

Sin embargo, en Chile, durante el siglo XIX y hasta comienzos del siglo XX, la obsesión por la soberanía del Congreso Nacional impidió el control jurisdiccional de las elecciones, el que era mirado como una invasión a su autonomía. Así, cada Cámara calificaba la elección de sus integrantes, y el Congreso, la del presidente. Ello condujo en numerosas ocasiones a notorios abusos por la prevalencia de los intereses partidistas sobre la voluntad del electorado.

4.1. El Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL)

Fue la Constitución de 1925 la que, haciéndose cargo del escándalo público que tal sistema suscitaba,[36] introdujo un capítulo especial destinado al Tribunal Calificador de Elecciones. Se trata de un tribunal supremo, autónomo, especial, conformado en su mayor parte por magistrados de carrera, que cierra y legitima el circuito de nuestro sistema electoral y cuya sola presencia inspira justificada confianza en el electorado acerca de la regularidad de estos eventos.

Actualmente este tribunal encabeza la *justicia electoral* contemplada en el capítulo IX de la Carta de 1980; es el superior jerárquico de los tribunales electorales regionales, creados por la misma Constitución y conocerá (artículo 95, inciso 1.º, de la CPR):

> […] del escrutinio general y de la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de diputados y senadores; resolverá las reclamaciones a que dieren lugar y proclamará a los que resulten elegidos. Dicho Tribunal conocerá, asimismo, de los plebiscitos, y tendrá las demás atribuciones que determine la ley.

Está integrado por cinco miembros, cuatro de los cuales son ministros de la Corte Suprema, designados por esta mediante sorteo, conforme a la LOC respectiva. El quinto miembro es un ciudadano que debe haber ejercido el cargo de presidente

---

32 Véanse los artículos 264 y 265 de la Constitución de Colombia.

33 Véase el capítulo XIII, artículo 178, de la Constitución del Perú.

34 Véanse los artículos 225-227 de la Constitución de Bolivia.

35 Jorge Huneeus: *La Constitución ante el Congreso*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1890, t. I, p. 66.

36 Cf. en Alcibíades Roldán: *Elementos de derecho constitucional chileno*, pp. 280 y 287 ss., la descripción del sistema y su crítica. Véase también Alejandro Silva B., o. cit., t. IV, pp. 300-321.

o vicepresidente del Senado o de la Cámara de Diputados por cierto período, el cual es seleccionado mediante sorteo por la Corte Suprema de entre aquellos que reúnan los requisitos indicados en el artículo 95, § 2.º, de la CPR. Sus miembros duran cuatro años en sus funciones.

El Tribunal, al resolver las reclamaciones de que conoce, sesiona con el quórum de la mayoría de sus integrantes y adopta sus acuerdos por la mayoría de los miembros presentes; procede como jurado en la apreciación de los hechos, pero dicta sentencia con arreglo a derecho; y, en definitiva, luego de fallar todas las reclamaciones, efectúa el escrutinio general de la elección o elecciones de que se trata, proclama a los candidatos que resultan elegidos y —en su caso— el desenlace del correspondiente plebiscito. Contra las sentencias del TRICEL no procede ningún recurso jurisdiccional. El tribunal solo puede modificar sus resoluciones de oficio o a petición de parte, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación del fallo, si hubiera incurrido en algún error de hecho que así lo exija.[37]

4.2. Jurisdicción constitucional de los tribunales electorales regionales (TER)

Existe un TER en cada una de las regiones en que se divide el país, excepto en la Región Metropolitana, donde está su capital, en la que funcionan dos.[38]

Estos tribunales se componen de tres magistrados, uno de los cuales es un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, elegido por esta, y los otros dos son designados por el TRICEL de entre abogados que hayan ejercido su profesión o desempeñado el cargo de ministro o abogado integrante de una Corte de Apelaciones al menos por tres años (artículo 96, inciso 2.º, de la CPR). Duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos.

Están facultados —en primer lugar— para conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, resolver las reclamaciones a que aquellas dieren lugar y proclamar a los candidatos electos. Dentro de esta primera atribución, cabe mencionar el escrutinio general y la calificación de las elecciones de los alcaldes y concejales de las municipalidades de la respectiva región.[39] Las resoluciones que dicte en esta clase de asuntos son apelables ante el TRICEL (artículo 96, inciso 1.º, de la CPR, primera parte).

También los TER conocen de la calificación de las elecciones gremiales y de las que tengan lugar en los grupos intermedios que la ley señale (artículo 96, inciso 1.º, de la CPR, parte final). El artículo 10 de la ley 18593 precisa en sus n.os 1.º y 2.º las dos categorías de gremios y demás grupos intermedios a cuyas elecciones se refiere

---

[37] La Ley Orgánica Constitucional del TRICEL tiene el n.º 18460 (*Diario Oficial* de 15 de noviembre de 1985) y ha sufrido numerosas modificaciones.

[38] La ley n.º 18593 organiza y desarrolla la competencia de los TER.

[39] El título V de la LOC de Municipalidades (véase el texto reformado en el *Diario Oficial* del 26 de julio del 2006), especialmente sus artículos 119 ss., les encomienda esta tarea.

la Constitución. Contra el fallo del TER, en estos casos solo procede el recurso de reposición dentro del plazo de cinco días a contar de su notificación (artículo 26), sin perjuicio de su facultad de enmendar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Los TER no pueden funcionar sin la totalidad de sus miembros, adoptan sus acuerdos por mayoría de votos y proceden como jurado en la apreciación de los hechos, pero dictan sus sentencias conforme a derecho.

Tenemos, pues, un sistema jurisdiccional de control de los procesos electorales que no solo cubre aquellos de naturaleza política, sino que también está a disposición de los grupos intermedios que lo requieran.

5. La jurisdiccion del Tribunal Constitucional

Chile, a contar de 1970, ha tenido tres tribunales constitucionales. Con esto queremos decir que, bajo un mismo nombre, hemos tenido y tenemos tribunales con distinta generación, con diversa composición y con diferente competencia.[40]

Nos proponemos examinar la generación, la composición, la forma de funcionamiento, la competencia y el efecto de las sentencias del actual TC.[41]

5.1. La generación del TC

En contraste con la anómala gestación del TC precedente, bajo el designio del gobierno militar,[42] el actual sistema es de concurrencia político-judicial y guarda cierta similitud con el italiano.

---

[40] La ley de reforma n.º 17284, de 1970, creó el primer TC, dotado de cinco miembros: tres designados por el presidente de la República con acuerdo del Senado y dos ministros de la Corte Suprema elegidos por ella. Tenía el control preventivo de constitucionalidad de las leyes y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso y otras cinco materias. Fue abruptamente suprimido a raíz del golpe militar de 1973 (decreto ley 119/73). El segundo TC fue obra de la CPR original de 1980. Constaba de siete miembros: tres elegidos por la Corte Suprema de entre sus miembros; uno designado por el presidente de la República; dos elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y uno por el Senado. Tenía mayores atribuciones que el anterior, pero su control de constitucionalidad de las leyes seguía reducido a la fase preventiva de su formación. El control correctivo continuaba en manos de la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad, también susceptible de declararse de oficio por esta. El tercer TC es materia de este estudio.

[41] Sobre la fisonomía y la competencia de los TC anteriores a la ley de reforma n.º 20050, del 2005, cf. "La jurisdicción constitucional en Chile", de Humberto Nogueira Alcalá, en la obra colectiva *La jurisdiccion constitucional en Iberoamérica,* coordinada por Domingo Garcia Belaunde y Francisco Fernández Segado, Madrid: Dykinson, 1997, y Francisco Zúñiga Urbina: *Elementos de jurisdicción constitucional,* t. II, Santiago: Universidad Central de Chile, 2002. Véase también, de mi autoría, "La Justicia Constitucional en Chile y en el Derecho Comparado", en *1.er Seminario de Justicia Constitucional,* Revista de Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad Central, Santiago, 1987, primera parte.

[42] Véase nuestro estudio crítico sobre "La generación del Tribunal Constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, t. II.

En efecto, en el nombramiento de los miembros del TC intervienen los tres poderes clásicos del Estado, los que —por otra parte— pueden resultar concernidos en sus decisiones. Así, el presidente de la República designa a tres de sus titulares. La Corte Suprema elige a otros tres, pero si alguno o todos los elegidos son miembros de la Corte, no pueden continuar ejerciendo en ella. El Senado elige a los cuatro restantes: dos son nombrados directamente por este; los otros dos son propuestos previamente por la Cámara de Diputados y el Senado los aprueba o rechaza hasta completar el cupo (artículo 92 de la CPR).[43]

5.2. Composición y forma de funcionamiento

De esta manera, el TC está compuesto por diez miembros que duran nueve años en sus cargos, se renuevan por parcialidades cada tres, gozan de inamovilidad en el cargo[44] y no pueden ser reelegidos.

Deben poseer al menos por quince años el título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o en la vida pública; no pueden tener impedimento alguno para desempeñar el cargo de juez; les está vedado ejercer la profesión de abogado —incluyendo la judicatura—; están sometidos a las incompatibilidades y prohibiciones que afectan a los parlamentarios (artículos 58 y 59 de la CPR); gozan del fuero establecido en el artículo 81, de no poder ser aprehendidos sin orden judicial, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante; y les está prohibido celebrar o caucionar contratos con el Estado, actuar en juicio contra el fisco y en las demás actuaciones descritas en los inciso 2.º y 3.º del artículo 60, las que constituyen causales de cesación en el cargo de diputado o senador.

A diferencia del TC anterior, que solo podía funcionar en pleno, el TC actual —atendido su número de miembros y el incremento de su competencia— puede hacerlo en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso el quórum es de ocho miembros y en el segundo, de cuatro. La propia Carta establece, como materias reservadas al pleno, resolver acerca de las atribuciones de los n.os 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º y 11.º del artículo 93, que configura su competencia. Para ejercer sus restantes atribuciones —quedan siete— podrá funcionar en pleno o en sala, según disponga la LOC respectiva. (artículo 92 de la CPR).

---

[43] La idea del proyecto de reforma era tripartita e igualitaria: el presidente de la República (Gobierno), el Senado y la Corte Suprema designaban tres miembros cada uno. Durante su discusión, la cámara de Diputados exigió su cuota.

[44] Para garantizar su plena independencia ni siquiera pueden ser objeto del juicio político "por notable abandono de sus deberes", como ocurre con los magistrados de los tribunales superiores de la justicia ordinaria (véase el artículo 52, n.º 2, letra *c*, del CPR).

5.3. La competencia del nuevo TC[45]

El artículo 93 de la CPR, que encierra, en forma taxativa y excluyente, las 16 atribuciones que conforman la competencia del TC, dice así:

> Art. 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:
>
> 1.º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.
>
> 2.º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;
>
> 3.º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
>
> 4.º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley.
>
> 5.º Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.
>
> 6.º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.
>
> 7.º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.
>
> 8.º Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.
>
> 9.º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99.
>
> 10.º Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del n.º 15 del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;
>
> 11.º Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;
>
> 12.º Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;
>
> 13.º Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

---

45 Véase, de nuestra autoría, "El nuevo Tribunal Constitucional", en Francisco Zúñiga Urbina (coord.): *La reforma constitucional*, Santiago: Lexis-Nexis, 2005.

> 14.º Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;
>
> 15.º Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y
>
> 16.º Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Analizar cada una de las atribuciones precedentes desbordaría el espacio asignado a este trabajo. Nos limitaremos, pues, a señalar las nuevas atribuciones que marcan el notable progreso cualitativo del TC en su tercera etapa.

5.3.1. Incorporación de los tratados internacionales al control preventivo obligatorio del TC (artículo 93, n.º 1)

Esta incorporación al régimen obligatorio de control preventivo se aplica solo a los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales. Con anterioridad, estos tratados eran revisados por el TC solo si —respecto de sus normas— se planteaba una cuestión de constitucionalidad.

5.3.2. Fiscalización de los autos acordados

Los autos acordados son regulaciones normativas que dictan los tribunales superiores en ejercicio de sus facultades administrativas. No obstante, en Chile se han dictado varios autos acordados en materias de naturaleza legislativa, en ausencia de ley regulatoria de algunos procedimientos o por delegación expresa del constituyente.

Las normas que así se dictan de manera soberana —al ser generalmente vinculantes— pueden producir efectos contrarios a la finalidad prevista por el Constituyente, y esos efectos serían irremediables si no mediara su control de constitucionalidad. A subsanar esta omisión se dirige el nuevo artículo 93, n.º 2, precedentemente transcrito.

La acción respectiva para recurrir al TC corresponde al presidente de la República, a cualquiera de las cámaras o a diez de sus miembros y a toda persona que sea parte en un proceso pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el auto acordado (artículo 93, inciso 3.º).

5.3.3. El recurso (acción) de inaplicabilidad de la ley

Esta acción procesal —e incluso su conocimiento de oficio— estaba entregada, en única instancia, a la decisión de la Corte Suprema por el artículo 80 de la Carta, el que fue derogado por la Ley de Reforma.

La acción se concedía para que dicha Corte declarara inaplicable, en cualquier juicio o gestión seguidos ante otro tribunal, con efecto solo en el caso particular respecto del cual se interponía el recurso, "todo precepto legal contrario a la Constitución".

La dispersión del control de constitucionalidad de la ley, históricamente iniciado en la Carta de 1925, producía la consecuencia de que hubiera en Chile dos órganos distintos —la Corte Suprema y el TC encargados de esta función— y dos sistemas diferentes para ejercerla: el TC, a cargo del control preventivo de la constitucionalidad de la ley, antes de su entrada en vigencia y con efectos generales, y la Corte Suprema, encargada del control correctivo de las leyes vigentes, con efecto solo entre las partes y respecto del caso particular en conflicto, permaneciendo subsistente el precepto declarado inaplicable.

La reforma, al radicar esta acción en la competencia del TC, termina con esta dualidad perturbadora del sistema. Concluye en Chile el control compartido entre dos tribunales de naturaleza diferente y concluye la dicotomía entre el control preventivo y el control correctivo o remedial de los preceptos legales. Pero, principalmente, se pone fin a dos interpretaciones distintas de la Constitución, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica.[46]

El mérito de la redacción del precepto, originado en la Cámara de Diputados, radica en no hacer incidir la declaración de inaplicabilidad en el hecho de que un precepto legal sea —*per se*— "contrario a la Constitución", lo que dio lugar a confundir esta acción con la inconstitucionalidad, sino en predicar "la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación […] resulte contraria a la Constitución".

De esta manera, se obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos en la aplicación de la norma, como ocurrió frecuentemente en la jurisprudencia de la Corte Suprema recaída en el recurso de inaplicabilidad.[47]

Otro mérito de la reforma consiste en facultar a aquellos jueces que no se han percatado aún de la fuerza vinculante del artículo 6.º de la Carta y de su especial incidencia en el ejercicio de la jurisdicción[48] para, en caso de duda acerca de la eventual inaplicabilidad de un precepto legal al caso sometido a su decisión, recurrir al TC a fin de despejar esa duda, en la forma prevista en el inciso 11.º del artículo 93. La acción, naturalmente, puede ser planteada también por cualquiera de las partes afectadas en el juicio o la gestión en que ella recae.

---

[46] Véase nuestro "Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Jurídica* n.º 299, mayo 2005, y en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 3, n.º 1, Santiago, 2005.

[47] Véase el estudio sobre la inaplicabilidad indicado en la nota precedente.

[48] Véase "El control difuso de constitucionalidad en Chile y en otros países de América", en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

5.3.4. La acción de inconstitucionalidad de la ley

En Chile pareció revolucionario incorporar en la Constitución de 1925, por vez primera, la declaración de inaplicabilidad de una ley por la Corte Suprema. Porque dejar sin efecto una ley aprobada por el Poder Legislativo, expresión máxima de la soberanía popular, resultaba inconcebible para los constituyentes del 25. Se pensaba que, de conferirse esta potestad a la Corte Suprema, se la transformaría en un órgano con mayor poder que el Congreso, puesto que podría privar de vigencia a las leyes aprobadas por este.

Cierto es que los tiempos y las ideas han cambiado; que en el mundo y en la propia América del Sur existen tribunales dotados de esa facultad,[49] y que nuestro TC ha demostrado la prudencia, capacidad y versación suficientes para afrontar esta tarea.

Por otra parte, cada día resultaba más absurdo e incomprensible para la ciudadanía que un precepto legal declarado inaplicable por ser contrario a la Constitución beneficiara solo al recurrente, rompiendo la garantía de igualdad ante la ley mientras la norma legal subsistía incólume, plenamente vigente no obstante haberse declarado su contradicción con la Carta Fundamental.

De allí que la reforma encontrara ambiente y ocasión propicios para introducir en la competencia del TC y en nuestro sistema jurídico la acción de inconstitucionalidad, no obstante sus limitaciones, que dejaremos destacadas. Esta acción se le atribuye en el n.º 7 del artículo 93, transcrito.

Por su parte, el inciso 12.º del mismo artículo, regulando esta acción, presenta las siguientes facetas de interés:

a. La inconstitucionalidad —no obstante ser conocida por el pleno del tribunal, al igual que la inaplicabilidad— no puede declararse en el mismo fallo de esta ú ltima, sino que requiere una sentencia previa de inaplicabilidad del mismo precepto legal. Además, como se advierte en sus normas habilitantes, ambas declaraciones requieren diferente quórum de aprobación.
b. No solo se instaura la acción de inconstitucionalidad, sino también su declaración de oficio por el TC
c. Se establece una acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad, y se entrega a la LOC del TC[50] la regulación de los requisitos de admisibilidad de la acción pública, así como la del procedimiento para actuar de oficio.

---

[49] Véase nuestro estudio "Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Iberoamérica", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.): *Jurisdicción constitucional en chile y América Latina*, Santiago: Lexis-Nexis, 2005, pp. 120-121.

[50] La LOC del TC lleva el n.º 17997 (*Diario Oficial* del 19 de junio de 1981) y está en proceso de reforma para ajustarla al nuevo estatuto del TC.

En lo que concierne a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, los abordaremos más adelante.

5.3.5. Resolución de contiendas de competencia

La Constitución no es solo la norma fundante de todo el resto del ordenamiento jurídico, sino también la suprema fuente de la competencia atribuida a cada órgano del Estado.

De allí que caiga bajo el principio de supremacía de la Constitución, del cual el TC es el custodio principal, velar por que cada órgano ejerza sus atribuciones dentro del marco de la competencia que se la ha otorgado y corregir, cuando sea requerido, tanto las extralimitaciones en la actuación de un órgano como su abstención o su negativa a ejercer las funciones que se le han encomendado.

Resulta sorprendente comprobar que la Carta de 1833 entregaba la resolución de las contiendas de competencia, entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales, al Consejo de Estado. Desaparecido este, tal atribución fue repartida entre el Senado y la Corte Suprema, ambos carentes de la idoneidad necesaria para resolver estos asuntos.[51]

Pero, establecido el TC en la Carta del 80, dicha potestad debió quedar radicada en este, que es su sede natural, como ocurre —por lo demás— en el derecho constitucional comparado.

De allí que la restitución, aunque parcial, de esta potestad propia del TC —la que estaba incluida entre las atribuciones del primer TC de 1970— constituye un avance que algún día habrá que perfeccionar. Ella está establecida en el n.º 12 del artículo 93, transcrito.

En estos casos, conforme al inciso 17.º del mismo precepto, el requerimiento al TC debe ser interpuesto por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto.

La ley de reforma constitucional mantuvo en todo su vigor las demás atribuciones que ostentaba con anterioridad el TC, sistematizándolas —como ocurre con la frase final del n.º 5 del artículo 82 y el n.º 12 del mismo precepto, relativos a la inconstitucionalidad de los decretos supremos, que se reúnen en el n.º 16 del nuevo artículo 93— o extendiéndolas a otros supuestos, como sucede con el nuevo numeral 15.º del mismo precepto, que se refiere a la calificación de "la inhabilidad invocada por un parlamentario", de acuerdo con el inciso final del artículo 60, para pronunciarse sobre su renuncia al cargo.

A nuestro modesto juicio, las reformas analizadas son las que mejor explican que hayamos hablado de un nuevo Tribunal, dotado de mayor número de miembros, con posibilidad de funcionar en pleno o en dos salas de acuerdo con el considerable

---

[51] Véanse el artículo 49, n.º 3, y el artículo 79, inciso 3.º, de la CPR de 1980, este último eliminado por la ley de reforma.

aumento del volumen de trabajo que hoy asume, y con nuevas atribuciones, entre las que destacan su facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal a un caso particular, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma del mismo rango con efectos generales, resolver determinadas contiendas de competencia y controlar la constitucionalidad de los autos acordados.

5.4. Efectos de la sentencias del TC

Conforme al nuevo artículo 94 —pero siguiendo la tradición invariable de los TC anteriores, atendida su alcurnia de tribunal supremo—, "contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno", sin perjuicio —claro está— de su facultad de rectificar los errores de hecho en que pudiera haber incurrido.

5.4.1. Las sentencias del TC producen cosa juzgada material y formal. Y —aunque la Constitución no lo dice— creemos que los fundamentos de sus decisiones —salvo el caso especial de las sentencias de inaplicabilidad, precisamente por la especialidad del caso— son vinculantes para todos los órganos del Estado y las personas, organizaciones y grupos regidos por la Constitución.

Para ser más precisos, si la Constitución —conforme a su artículo 6.º— es vinculante para todos ellos, los criterios utilizados en la interpretación fidedigna que hace el TC en sus sentencias también debe serlo.

5.4.2. Tratándose del control preventivo de constitucionalidad, regulado en los numerales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 93, el inciso 2.º del artículo 94 establece:

> Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

5.4.3. En el caso del n.º 16 del artículo 93 — es decir, tratándose de decretos supremos que el tribunal declare inconstitucionales—, dichos decretos quedarán *sin efecto de pleno derecho,* con el solo mérito de la sentencia que acoja el reclamo. En este caso la sentencia tiene efecto retroactivo y opera con carácter anulatorio, como si el acto no hubiera existido jamás.

5.4.4. En cambio, tratándose de la impugnación de un auto acordado (artículo 93, n.º 2.º), de un decreto con fuerza de ley (artículo 93, n.º 4.º) o de la inconstitucionalidad de una norma legal (artículo 93, n.º 7.º), el precepto que el TC declare inconstitucional *se entenderá derogado* a contar de la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, "la que no producirá efecto retroactivo".

En otras palabras, la sentencia no afectará los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, *antes* de la publicación del fallo.

Finalmente, el inciso 4.º del artículo 94 dispone que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de toda una ley o parte de ella y de los demás instrumentos analizados en los dos párrafos precedentes deberán publicarse en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su dictación.

6. Conclusiones

6.1. Hemos pues to de relieve que la *jurisdicción constitucional* no solo la ejerce el TC, ni solo los tribunales supremos —TC, Corte Suprema y TRICEL—, sino también las cortes de apelaciones y los tribunales ordinarios de primera instancia, todos los cuales conocen de las acciones instauradas directamente por la Constitución en resguardo de su supremacía.

6.2. De este modo, la *judicatura constitucional* está repartida en tres categorías de tribunales: la *justicia ordinaria*, en todos sus niveles; la *justicia electoral*, en sus dos instancias, y el *Tribunal Constitucional.*

6.3. La jurisdicción constitucional, como poder tutelar de la Constitución, debe actuar ceñida a tres principios positivados en las "Bases de la Institucionalidad": 1.º) Que el Estado y sus órganos están al servicio de la persona humana, y no al revés (artículo 1.º de la CPR). 2.º) Que la soberanía que ejercen sus tribunales reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana, y que es un deber de los órganos del Estado promover tales derechos (artículo 5.º).[52] 3.º) Que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6.º).

6.4. La justicia ordinaria tiene jurisdicción constitucional en no menos de diez acciones garantistas y sus respectivos recursos.

6.5. La justicia electoral no solo asegura la regularidad y el resultado democrático de las elecciones de naturaleza política, sino también ampara la corrección de los procesos electorales de las organizaciones gremiales y los cuerpos intermedios que señala la ley.

---

[52] *Promover* significa "Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, *procurando su logro*" (Diccionario de la Real Academia Española).

6.6. La reforma constitucional del 2005 ha robustecido el TC —órgano tutelar e intérprete calificado de la Constitución— de diversas manera, a saber: a) aumentó de siete a diez el número de sus miembros, y lo habilitó a funcionar en pleno o en dos salas; b) estableció severas incompatibilidades, inhabilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo, con el propósito de que sus titulares se dediquen con exclusividad a sus funciones y eviten conflictos de intereses; c) amplió notablemente su competencia, atribuyéndole el conocimiento de la acción de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad por acción pública o de oficio, materias ambas del ámbito del control correctivo de constitucionalidad, que antes le estaba vedado; d) le restituyó —aunque solo parcialmente— la resolución de ciertas contiendas de competencia; e) amplió el espectro de normas sujetas a control, incorporando los autos acordados de los tribunales superiores de justicia y del TRICEL; f) le concedió acción pública en los casos de los ordinales 7.º, 10.º y 13.º del artículo 93; g) facultó al TC para apreciar en conciencia la prueba de los hechos en los casos de los ordinales 10.º, 11.º y 13.º del artículo 93; h) sus sentencias estimativas pueden tener efecto retroactivo y anulatorio, o bien efecto hacia el futuro desde la publicación del fallo, según el caso, y siempre con fuerza de cosa juzgada.

En resumen, Chile cuenta con una judicatura constitucional que abarca todo el territorio del país y con acciones de este rango suficientes para tutelar el imperio de la Constitución, las bases esenciales del sistema democrático y los derechos y garantías más relevantes de las personas, aun durante los estados de excepción constitucional.[53]

Los principios fundamentales para asegurar la eficacia de la jurisdicción constitucional no son solo principios. Son también normas categóricas de la Carta Fundamental (6.3).

Solo falta un detalle para hacer realidad en Chile la utopía de un Estado constitucional de derecho: que los jueces, al ejercer esta jurisdicción, no abdiquen de esos principios ni de las normas de supremo rango que los encarnan, por temor reverencial a la autoridad que los esquiva.

---

[53] Véase el artículo 45, inciso 1.º, del CPR.

III. Derechos y garantías individuales

- *Hidemberg Alves da Frota (Brasil)*
  A necessidade concreta de pena á luz do principio tridimensional de proporcionalidade

- *José Daniel Cesano (Argentina)*
  Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en busca de los límites del legislador y de la administración

- *Túlio Vianna (Brasil) / Geovana Mattos*
  A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios da fixação da pena

Hidemberg Alves da Frota*

A necessidade concreta da pena, à luz do princípio tridimensional da proporcionalidade

A ponderação mais ganha corpo na medida em
que a realização da justiça é inerente à proporcionalidade.[1]

Introdução

Ancorado nas dimensões, critérios, elementos, comandos, aspectos, facetas, subprincípios, princípios parciais, máximas, pressupostos ou requisitos da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*[2], na Teoria Geral do Direito Público assim se compõe o princípio tridimensional da proporcionalidade:

(1) *Adequação*. Quando o ato estatal se revela, em dada situação, apto ao alcance ou fomento[3] de determinada finalidade legal de interesse público. Em termos mais amplos, preconiza o Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 414/99; Relator, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida):

---

* Advogado em Manaus-AM. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. < hidemberg-frota@yahoo.com.br>

1 Arruda, Élcio. O princípio da proporcionalidade no processo penal: punibilidade extinta com base em certidão de óbito falsa. *Revista Jurídica* UNIJUS, Uberaba, v. 8, nº 9, nov. 2005, p. 126.

2 Braga, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 84-85.

3 Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden-Baden. Hamburg: Nomos-Verlag, 1998, p. 116. Apud Afonso Da Silva, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 36. Nesse sentido: Braga, Valeschka e Silva. Op. cit., p. 86.

> O princípio da proporcionalidade impõe que exista uma adequação não só entre o fim da lei e o fim do acto[4], como entre o fim da lei e os meios escolhidos para alcançar tal fim. A adequação terá ainda de manter-se entre as circunstâncias de facto que ocasionam o acto e as medidas que vierem a ser efectivamente tomadas. A proporcionalidade abrange assim não só a congruência, adequação ou idoneidade do meio ou medida para realizar o fim que a lei propõe, como também a proibição do excesso.[5]

(2) *Necessidade*. "Verificada a adequação, somente se legitima o provimento estatal que, dentre os vários existentes e dotados de mesma eficácia, representar o meio menos oneroso"[6] ou ofensivo aos bens, interesses e direitos lícitos sacrificados em certa circunstância;

(3) *Proporcionalidade em sentido estrito*. Perscruta-se a "relação custo-benefício"[7] da medida estatal em apreço, "ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos"[8]. Avalia-se se, em dado contexto, os benefícios aos bens, interesses e direitos lícitos priorizados superam os efeitos nocivos sobre os bens, interesses e direitos lícitos preteridos. Em outras palavras, a proporcionalidade *stricto sensu* espelha "a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos".[9]

Ao orientar o julgador acerca da necessidade concreta da pena, as dimensões da proporcionalidade adquirem tonalidades peculiares à ambiência da dogmática penal, matizando a apreciação da *culpabilidade* (*critério da adequação*) com o posterior exame da *indispensabilidade preventiva* da pena (*critério da necessidade*) e, em seguida, com a análise da *relação custo-benefício*, por meio do contraste entre os efeitos positivos e negativos da imposição da pena (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*).

Destarte, o presente estudo, abeberando-se na dogmática penal brasileira, portuguesa, espanhola e alemã, atento, ainda, às atuais tendências da jurisprudência penal lusitana, intenciona trazer a lume concepção penalista do princípio da proporcionalidade carente de percuciente exame pelos textos doutrinários e pretorianos pátrios e estrangeiros, voltada a projetar as três dimensões do postulado geral da proporcionalidade como critérios delineadores da necessidade concreta da sanção penal e a almagamar a teoria do delito e as teorias preventivas da pena com a construção

---

4 Manteve-se ortografia original, em português europeu.

5 Portugal. Tribunal Constitucional (Primeira Secção). Acórdão nº 414/99 (Processo nº 414/99). Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Lisboa, 29 de Junho de 1999. Acesso em: 5 out. 2006.

6 Oliveira, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

7 Braga, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90.

8 Ibid., loc. cit.

9 Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 224.

tripartite do princípio da proporcionalidade (oriunda do Direito Constitucional) e com os princípios gerais do Direito Público, a fim de propiciar subsídios para o magistrado apreciar, no caso concreto, a culpabilidade e os fins preventivos da pena emoldurados pelo princípio da proporcionalidade em sua feição trina.

1. Dimensão da Adequação

Enquanto a tipicidade e a antijuridicidade[10] veiculam juízos de reprovação sobre o fato, a *culpabilidade* representa "juízo de reprovação sobre o autor do fato",[11] avaliação judicial "que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável".[12]

Se ausente a culpabilidade, não há delito (crime ou contravenção penal),[13] nem se justifica, por conseguinte, impor-se a sanção penal[14]. A culpabilidade, tal quais a tipicidade e a antijuridicidade, configura pressuposto da pena, haja vista que esta é conseqüência da patente presença daquelas três no caso concreto.[15] "A culpabilidade pressupõe o injusto"[16], sintetiza Günther Jakobs e, ao mesmo tempo, consigna Claus Roxin não apenas que "toda pena pressupõe culpabilidade",[17] como também que "aquilo que limita uma pena é, obviamente, também seu pressuposto".[18] Em outros termos, pontifica Cezar Roberto Bitencourt:

> Ora, na medida em que a sanção penal é conseqüência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade são pressupostos da pena, que é a sua conseqüência.[19]

---

[10] De acordo com o magistério de Hans Welzel, enquanto o tipo alude "à descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma)", a antijuridicidade consiste na "contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto". Cf. Welzel, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: RT, 2001, p. 51.

[11] Brandão, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131.

[12] Bitencourt, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: 2003, p. 53.

[13] Por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), o Direito Penal Positivo pátrio adota divisão bipartida do gênero *infração penal*, bifurcado nas espécies *crime* e *contravenção*. Cf. Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93.

[14] Jakobs, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 588.

[15] Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 52.

[16] Jakobs, Günther. Op. cit., p. 598.

[17] Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155.

[18] Ibid., p. 95.

[19] Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., loc. cit.

A infração penal, seja crime, seja contravenção, caracteriza-se pela comprovada prática de fato típico e antijurídico, por agente em relação ao qual recaia juízo de culpabilidade "emitido pela ordem jurídica".[20]

A reprovação penal se mostra presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de essa pessoa, por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado por contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo[21] e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica.[22]

Na formulação ora proposta do exame da necessidade concreta da pena pautado pelo princípio tridimensional da proporcionalidade, o critério da adequação absorve a concepção de culpabilidade abraçada pelo finalismo, segundo a qual, explica Hans Welzel, se trata da "reprovabilidade da resolução de vontade"[23], porquanto teria o autor "podido adotar, em vez da resolução de vontade antijurídica – tanto se dirigida dolosamente à realização do tipo, como se não correspondente à medida mínima de direção final exigida –, uma resolução de vontade conforme a norma".[24] Posto de outra forma: em sede do estudo da necessidade concreta da pena, o critério da adequação do princípio tridimensional da proporcionalidade, ao introjetar o conceito finalista de culpabilidade, ocupa-se da "capacidade de obrar de outro modo"[25], isto é, da "capacidade de adotar uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico"[26] – resplandece André Luís Callegari –, considerando, por um lado, o "desenvolvimento ou maturidade da personalidade"[27] e, por outra banda, "determinadas condições biopsíquicas que permitam ao sujeito conhecer a licitude ou ilicitude de suas ações ou omissões e agir conforme a esse conhecimento".[28]

Desse modo, no tocante à análise da necessidade concreta da pena, o critério da adequação expressa a culpabilidade penal e, em conseqüência, radica seu cerne no dever jurídico inarredável de que o sujeito ativo do fato típico e antijurídico se eximisse de executá-lo, se, observadas pelo julgador as nuanças do caso concreto, percebe que o réu, na dicção de Luiz Regis Prado, "devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita".[29]

---

[20] Welzel, Hans. Op. cit., p. 66.

[21] Brandão, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 131-132.

[22] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 651.

[23] Welzel, Hans. Op. cit., p. 93.

[24] Ibid., loc. cit.

[25] Callegari, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

[26] Ibid., loc. cit.

[27] Ibid., loc. cit.

[28] Ibid., loc. cit.

[29] Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 276.

Ventríloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque deste critério da adequação reside na *exigibilidade de conduta diversa* e, por conseguinte, no *poder-agir-de-outro-modo*, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana,[30] conjugados com as "circunstâncias concretas do fato, que condicionam seu comportamento [o do autor] ou nele exercem substancial influência",[31] a fim de se saber se "o agente era capaz e poderia ter agido concretamente de conformidade com a proibição e determinação contidas no tipo do injusto"[32]. Alerta Selma Pereira de Santana:

> A reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor houvera podido formar sua decisão ilícita de ação em forma mais correta, adequada à norma, e isso não é no sentido abstrato do que houvera podido fazer um homem qualquer, em lugar do autor, senão, e muito concretamente, de que esse homem, nessa situação, houvera podido formar sua decisão de vontade na forma adequada à norma.[33]

Antes de prosseguir, cabe um parêntese. Reputando empiricamente indemonstráveis o *poder-agir-de-outro-modo* e o *livre-arbítrio* (ou *liberdade da vontade*[34]), Claus Roxin avulta, em lugar daqueles, respectivamente, o "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas"[35] e "a capacidade de livre autodeterminação",[36] que, ao contrário daqueles, seriam acessíveis "à comprovação forense",[37] uma vez que verificáveis por meio de "métodos psicológicos ou psiquiátricos".[38] Destaque-se o escólio de Santana:

> Para essa concepção, há que se afirmar a culpabilidade de um indivíduo quando ele, em razão de sua constituição mental e psíquica, estava, ao tempo da ocorrência, disponível para o apelo da norma, isto é, quando tinha ele condições de decidir-se pelo comportamento orientado no sentido da norma.[39]

Para Roxin, infere-se, bastaria indagar se a capacidade de autodeterminação do agente lhe teria facultado condições psíquicas suficientes para se estimular a se pautar pelo *dever-ser* emanado da disposição normativa que acabou sendo violada. Posto de outra forma: a culpabilidade não estaria alicerçada na constatação de que

---

30 Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244, 328.

31 Tavares, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 148.

32 Ibid., p. 378.

33 Santana, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: *contributo para uma construção no direito penal brasileiro.* São Paulo: RT, 2005, p. 213.

34 Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 18.

35 Id. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 57.

36 Ibid., loc. cit.

37 Ibid., p. 60.

38 Ibid., p. 58.

39 Santana, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: *contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, p. 219.

o autor tinha "à sua disposição várias modalidades de ação",[40] e, sim, na percepção de que o agente possuía a faculdade psíquica de se motivar ante o teor do comando normativo. Reconhece Juarez Tavares que a *idoneidade para ser destinatário das normas* aventada por Roxin em verdade encarta "conclusão de um juízo sobre a capacidade de agir do sujeito em face da norma, o que, no fundo, pressupõe uma liberdade de vontade, desde que motivada pela própria norma"[41]. Esse questionamento acerca da plausibilidade do efeito motivacional da norma sobre a psique do autor significa perquirir, em essência, se havia condições psíquicas para o indivíduo se adequar à conduta incensada pela ordem jurídica, o que retorna o cerne da discussão para o *poder-agir-de-outro-modo*, agora voltado à "acessibilidade normativa"[42], "dirigibilidade normativa"[43] ou à eficácia, na circunstância concreta, do "apelo normativo"[44], a qual, a fim de ser aferida, requer, a nosso tino, a prévia existência do livre-alvedrio – implica o ser humano se encontrar, à época, apto, do ponto de vista psíquico, a administrar a própria conduta, sem o que não há, desnecessário frisar, "permeabilidade [psíquica] ao apelo normativo"[45], nem capacidade de autodeterminação. Ao se "verificar se, nas circunstâncias em que agiu, o agente poderia conformar sua personalidade de acordo com o determinado pelo sistema jurídico-penal (*dirigibilidade normativa*)"[46], realiza-se exame minudente acerca da possibilidade de o autor ter obrado de forma diversa (Jorge de Figueiredo Dias considera a "permeabilidade do agente ao apelo normativo"[47] outra forma de se referir ao "poder de agir de outra maneira na situação"[48]). Tal alternativa doutrinária contemporânea (lastreada na *idoneidade para ser destinatário das normas*) ao tradicional conceito de *poder-agir-de-outro-modo*, em realidade não resulta na eliminação deste, e, sim, na salutar tendência dogmática atual de se incentivar que a aferição de culpabilidade se aproxime mais da realidade fática da circunstância concreta (tendo em conta fatores exógenos e condicionamentos psíquicos a influenciarem, à época, o autor), distanciando-se do idealizado ser humano médio como parâmetro comparativo com o caso concreto[49]. Por isso, encerramos este parêntese vislumbrando na formulação

---

[40] Tavares, Juarez. *Direito penal da negligência*: *uma contribuição à teoria do crime culposo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 185.

[41] Ibid., p. 190.

[42] Ibid., loc. cit.

[43] Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2000, p. 212. Apud Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 87.

[44] Santana, Selma Pereira de. Op. cit., p. 220.

[45] Ibid., loc. cit.

[46] Nahum, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa*: *causa supralegal excludente de culpabilidade.* São Paulo: RT, 2001, p. 18.

[47] Dias, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 275.

[48] Ibid., loc. cit.

[49] Critica Reale Jr.: "Considero ser impossível a construção de um homem médio, no que concorda a maioria dos autores. O critério do 'homem médio' não é necessário, nem suficiente. Não é

de Roxin o enfoque de mais uma faceta inerente ao poder-agir-de-outro-modo que deve ser analisada pelo julgador ao questionar, no caso concreto, se podia o réu administrar a si mesmo em direção a comportamento lícito – apreciação, se necessário, municiada de avaliações técnicas de profissionais da Psicologia ou da Psiquiatria.

Isso posto, saliente-se, a propósito, que o juízo de reprovação penal alcança apenas os imputáveis, aqueles, nas palavras de Gonzalo Quintero Olivares, "dotados de capacidade para orientar livremente seus atos de acordo com o conhecimento da significação destes"[50]. Em concepção mais elaborada, a imputabilidade expressa "a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos)"[51], informa o magistério de Prado, que arremata: "Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: *cognoscitivo* ou *intelectivo* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e *volitivo* ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão)."[52]

A possibilidade de se portar em consonância com o Direito implica a possibilidade de *conhecimento prévio da antijuridicidade* (do caráter ilícito da conduta); é dizer: importa se evidenciar presente a *potencial consciência da ilicitude*[53], resultado da existência, na situação concreta, de condições cognoscíveis mínimas de o agente compreender o respectivo múnus jurídico a que deveria se curvar por força

---

necessário, visto que cada um de nós fabrica o seu tipo de homem médio, cuja figura muitas vezes não será sequer a imagem de nós mesmos. A média é possível ser fixada acerca da causalidade material, assim como sobre a normal previsibilidade nos delitos culposos mas, em termos de reprovação, de juízo de valor, é impossível encontrar a média humana, com o grave perigo de se cair na irrealidade, através da soma de qualidades muitas vezes inconciliáveis ou de se efetuarem generalizações com base em dados estatísticos. O homem médio é um homem impossível, formado por qualidades e defeitos desconexos, distante da situação concreta na qual se realizou a ação que se julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de um *ente ideal*, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do *agir concreto* do agente. Tal operação resultaria em um abstracionismo, passando por várias etapas, o que inevitavelmente desfigura o real." (grifos do autor) Cf. Reale Júnior, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 182. Comenta Juarez Tavares: "Relativamente ao conceito de *homem médio*, pode-se notar que ele deriva do raciocínio positivista do estímulo-resposta: o homem mediano é aquele que puder, segundo um juízo hipotético, reagir conforme os estímulos (bons estímulos). Em oposição a esse conceito, entendido por alguns como insustentável [...], os autores modernos orientam-se pelo agente individual, tomado segundo suas condições favoráveis e desfavoráveis, inatas e adquiridas, de modo que seus defeitos, para os quais não tenha contribuído diretamente, não podem ser levados em conta como fatores de aumento de culpabilidade." Cf. Tavares, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

[50] Quintero Olivares, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 376. (Tradução livre nossa.)

[51] Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: *parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 271.

[52] Ibid., loc. cit.

[53] Ibid., p. 275.

do *princípio da legalidade* (no sentido amplíssimo de que, em Estado de Direito, todos: pessoas físicas e jurídicas, se submetem ao jugo da ordem legal e dos deveres dela emanados[54]), ou, ao menos, de condições cognoscíveis mínimas de o autor compreender o desvalor da conduta praticada, ainda que essa ilação venha à tona de forma intuitiva, estribada na sujeição a normas comportamentais extrapenais e até não-estatais, de cunho meramente social, religioso ou moral[55] – mormente o plexo normativo básico imposto pela convivência social (o que houver de manifesta e consensualmente inolvidável como sendo parte do código de conduta essencial sufragado pelo senso coletivo de moralidade[56]). Prelecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: "A culpabilidade se conforma com uma possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade, não requerendo uma efetiva compreensão do injusto, que, na maioria dos casos, não existe ou é imperfeita."[57] Consonante clarifica Francisco Muñoz Conde, é suficiente, em relação ao autor, "que, de acordo com sua formação, nível, cultural, etc., se figure a ilicitude como possível, e, ainda assim, ele continue a agir"[58]. A par da apreciação quanto aos valores éticos que, à época,

---

[54] Observa Afrânio de Sá que o Estado de Direito, " surgido ao influxo dos Direitos do Homem, pela primeira vez configurados na declaração francesa", tem como princípio informador de sua estrutura a legalidade, "à qual estariam submissas as partes envolvidas em qualquer querela, tanto autoridades como indivíduos". Cf. sá, Afrânio. *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. 58. Essa acepção clássica de legalidade reflete o axioma de origem britânica, deveras comezinho no Direito Constitucional e no senso crítico da sociedade democrática, de que "nenhum homem está acima da lei" (*no man is above the law*). Cf. Dicey, Venn Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: 1895. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm>. Acesso em: 24 set. 2006. Tal obra de Dicey, cuja edição inaugural data de 1895, compõe a consuetudinária Constituição britânica. Cf. Preece, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3, p. 530.

[55] Brandão, Cláudio. *Introdução ao direito penal*: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 147-149. Nesse sentido: "Segundo Mezger, chega-se ao conceito de consciência de antijuridicidade através de uma valoração paralela na esfera do profano. Para o penalista alemão, o profano é o extrajurídico; dessarte, se o agente conseguir, v.g., através de normas sociais, morais, religiosas, apreender o desvalor de sua conduta, ele terá a consciência da antijuricidade." Cf. ibid., p. 148. Maria Helena Diniz recorda o magistério de Miguel Reale, segundo o qual "são valores religiosos, morais, estéticos, econômicos, sociais etc., que conduzem o ser humano à obediência da norma jurídica". Cf. Diniz, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976, p. 108-109.

[56] Perlustra Enrico Ferri: "Nos casos ordinários, será também impossível ao acusado provar a sua absoluta boa fé, mesmo se materialmente não conhecer as disposições da lei, não só porque as experiências da vida quotidiana (e tanto mais as da própria e específica atividade profissional) fazem tomar conhecimento das proibições e restrições legais, mas também porque depois a consciência dos homens normais adverte da ilicitude de certas ações dolosas, culposas ou contravencionais." Cf. Ferri, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996, p. 422.

[57] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 621.

[58] Muñoz Conde, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 158.

se encontravam internalizados na psique do agente, avalia-se a disposição do autor, na ocasião da prática do injusto, de ajustar seu proceder (e de se informar quanto) às exigências da vida em sociedade.[59] Examina-se se defluiu do agente "*ponto de vista de valor juridicamente aceitável*"[60] (grifos do autor) – acentua Jorge de Figueiredo Dias –, "produto de um esforço continuado de correspondência às exigências do direito"[61]. Embora haja "um grande número de ilicitudes cuja existência só é do cabal conhecimento de algumas pessoas particularmente especialistas"[62], adverte Gonzalo Quintero Olivares, muitos delitos positivados correspondem ao que o magistério de Rafaele Garofalo nomina *delitos naturais*, "cuja reprovabilidade integra a *cultural social*"[63] (grifos nossos), a exemplo de homicídio, lesão corporal, roubo e furto. Nesse diapasão, infere Francisco de Assis Toledo, a consciência da ilicitude, atual ou potencial, se atinge mediante reflexão "sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio".[64] Prossegue Toledo:

> Assim, não aproveita ao agente a falta da consciência da ilicitude quando: *a*) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; *b*) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; *c*) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má interpretação, para o exercício de atividades regulamentadas. (grifos do autor). [65]

Destarte, declara-se culpável quem executa fato típico e antijurídico, apesar de ter condições suficientes para atuar em consonância com a ordem jurídica[66], caso

---

[59] Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 624. Apud Silva Franco, Alberto. Erro sobre a ilicitude do fato. In: Silva Franco, Alberto; Stoco, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1. p. 346.

[60] Dias, Jorge de Figueiredo. *QuAestões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 308.

[61] Ibid., loc. cit.

[62] Quintero Olivares, Gonzalo. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 408. (Tradução livre nossa.)

[63] Ibid., loc. cit. (Tradução livre nossa.)

[64] Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262.

[65] Ibid., loc. cit.

[66] Consoante Luiz Flávio Gomes, "culpabilidade, hoje, é juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso, conforme o Direito." Cf. Gomes, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 543-544. O mesmo autor explica que a culpabilidade penal "conta com três requisitos: (a) a capacidade de querer e de entender (imputabilidade); (b) a consciência da ilicitude (consciência real ou potencial da ilicitude), assim como (c) a normalidade das circunstâncias (exigibilidade de conduta diversa)". Cf. ibid., p. 581.

essa deferência ao Direito não lhe imponha "sacrifícios extraordinários"[67]. Justifica Luís Augusto Freire Teotônio:

> Isto porque o Direito pode exigir de todos os cidadãos o cumprimento de preceitos normativos para uma harmônica convivência, desde que não imponha comportamentos heróicos, em sacrifício da própria vida ou mesmo integridade física do indivíduo, que aí, certamente, não agirá em consonância com a norma, dada a situação extrema.[68]

Quando o agente comete injusto em circunstância onde, do ponto de vista do Direito Penal, se evidenciam ausentes condições bastantes para se reclamar dele conduta diversa e jurídica, estamos perante *causas excludentes da culpabilidade*, assim exemplificadas por Luiz Flávio Gomes:

(a) inimputabilidade por doença mental;
(b) inimputabilidade por menoridade;
(c) inimputabilidade por embriaguez fortuita completa;
(d) erro de proibição invencível;
(e) coação moral irresistível;
(f) obediência hierárquica;
(g) inexigibilidade como causa supralegal de exclusão de culpabilidade [...].[69]

Em suma, a culpabilidade se condiciona à *exigibilidade de conduta diversa e lícita*,[70] caso se denote razoável tal exigência, uma vez detectadas aos olhos do Direito, com firme assento na circunstância concreta, condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar-se a presença de condições cognoscíveis mínimas para que o autor, à época, tivesse (e antes houvesse buscado obter) a consciência da ilicitude do fato, tendo-se por parâmetro a análise conjunta das peculiaridades do sujeito ativo do injusto, da situação com a qual deparou e das balizas da experiência social.

---

[67] Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 218.

[68] Teotônio, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade*: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas: Minelli, 2002, p. 86.

[69] Gomes, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, nº 107, out. 2001, p. 10.

[70] Bitencourt, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

3 Dimensão da Necessidade

Depois de certificada a presença, no caso concreto, da culpabilidade, importa perquirir, com arrimo na *prevenção geral positiva limitadora* (modelada pelo *princípio da intervenção mínima*), se a sanção penal resta imprescindível e, em caso afirmativo, até que ponto ela o é, observado o teto inexcedível da culpabilidade.

Ao se nortearem pelo *princípio da prevenção geral positiva limitadora*, as necessidades preventivas da pena traduzem (entrevê a própria nomenclatura da subespécie preventiva em tela) "sentido limitador"[71] do *dever-poder*[72] punitivo do Estado,

---

[71] Id. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150.

[72] Os poderes estatais não são meras *faculdades*. Representam deveres – *deveres-poderes*, na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Eros Roberto Grau, ou *poderes-deveres*, segundo a ótica majoritária na Ciência do Direito Público, a exemplo do magistério de José Cretella Júnior. Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69; Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209; Cretella Júnior, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 18. Assiste razão aos magistérios de Bandeira de Mello e de Grau. O *dever* estatal *condiciona* o *poder* estatal. Este *decorre* daquele. "Quem quer o fim dá os meios", recorda o Ministro Paulo Brossard. Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 71.039/RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996, p. 48708. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 jul. 2004. Diante do exposto, em vez da típica expressão publicista *poder-dever*, adota-se neste estudo a locução *dever-poder*. Esclarece Bandeira de Mello: "Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de 'poder'. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade." Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., loc. cit. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Público e da Teoria Geral do Direito Penal, preferível a expressão inusual e de duvidosa sonoridade *dever-poder estatal punitivo* à clássica e elegante locução *jus puniendi*. Não se trata de o Estado-juiz aplicar a pena no caso concreto apenas quando e se lhe aprouver fazê-lo, como se fosse direito subjetivo sancionatório de âmbito penal, inerente a exercício arbitrário ou incondicionado da função jurisidicional. O Poder Judiciário não dispõe a seu talante do interesse de impor sanção penal. Subordinam-se os agentes, os órgãos e as entidades do Poder Público aos *princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público*. Inadmissíveis quer a renúncia ao poder punitivo pelo Estado, quer o predomínio de interesses segmentados (seja o interesse estatal secundário, específico do Estado, seja o interesse de amplos ou restritos setores privados) sobre o interesse estatal primário, o *interesse público*, manifestação da soberania popular e das aspirações da coletividade de superior relevo, entalhadas no ordenamento jurídico. Nessa senda: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62-65, 88-90. Aprofunda Manoel Pedro Pimentel: "Hoje não é correto falar-se na existência do *jus puniendi*. O Estado não é titular de um *direito subjetivo de punir*. Segundo o ensinamento de Santi-Romano, o que existe realmente é um *poder-dever de punir*. O Estado tem o *poder* de punir, em razão de ser soberano e esse poder constituir-se em um atributo da soberania. E, ao mesmo tempo, tem o *dever* de punir, que o Estado mesmo se impõe pela exigência de cumprir uma obrigação decorrente das suas finalidades. O *jus puniendi* seria renunciável, entretanto o Estado não pode renunciar ao exercício da punição. É verdade que o *poder-dever* de punir pode sofrer derrogação, pela prescrição ou outras causas extintivas de punibilidade. Todavia, essa perda de condição não sig-

ancorado nos princípios garantistas do Direito Penal e nos direitos fundamentais dos seres humanos (todos provenientes do *princípio da dignidade da pessoa humana*, no qual se agasalham, esclarece a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão – a exemplo de *BVerGE* 25, p. 269 *et seq.*; 45, p. 187 *et seq.*, p. 259; 57, p. 250 *et seq.*, p. 275[73] –, adepta do entendimento de que "a proibição de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena"[74]). A amálgama de tal arquétipo normativo (que tem na culpabilidade sua coluna vertebral) constitui barreira intransponível ao dever-poder punitivo estatal – ainda que mitigada, jamais desnaturada, inclusive porque cabe ao exegeta infligir aos princípios jurídicos, inclusive aos direitos fundamentais[75], o mínimo de sacrifício, preservando sobremaneira a essência daqueles, sob pena de maltrato à dignidade da pessoa humana, máxime à integridade física, moral e psíquica do indivíduo.[76]

---

nifica renúncia do Estado, mas limitação de ordem pública traçada por ele próprio no interesse dos cidadãos. O *poder-dever* de punir é o que convém ao caráter público do Direito penal." (grifos do autor) Cf. Pimental, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983, p. 177. A exemplo das demais atividades estatais, cumpre ao múnus judicante penal aplicar concretamente a pena emoldurado e norteado pelo arquétipo normativo do Direito Positivo, mormente pelo princípio da legalidade, conciliando o atendimento dos anseios maiores da sociedade com a preservação da dignidade da pessoa humana, mediante atuação razoável e proporcional, pautada pelos condimentos materiais e formais do devido processo legal. Também a exemplo das demais atividades estatais, o *princípio tridimensional da proporcionalidade* deve servir de baliza à incumbência judicial de se aplicar a sanção penal no caso concreto.

73 Jakobs, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 12.

74 Ibid., loc. cit.

75 "O trabalho de balanceamento entre direitos fundamentais consagrados na Constituição é o que se espera, pois, do mandado de ponderação, próprio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo mandamento diga respeito a outro direito, igualmente fundamental. Isto se dá uma vez que *ambas constituem princípios jurídicos*, e como tais, quando colidem, está ordenada uma ponderação." (grifos nossos) Cf. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 171.

76 Com suporte no magistério de Vitalino Canas, nota-se que os princípios, por terem assento constitucional, devem ser conciliados de modo que, de preferência, haja o mínimo de atrito entre tais normas e, em todo caso, não se atinja o núcleo essencial das mesmas, a fim de que não se alveje, por conseqüência, o valor da dignidade da pessoa humana. Recorda José Roberto Pimenta Oliveira: "Vitalino Canas, enfaticamente, preleciona, sem rejeitar a ligação aos direitos fundamentais, que 'o princípio da proporcionalidade ancora-se em última análise nos valores da dignidade da pessoa, *via* valores da liberdade, autonomia e livre expressão e desenvolvimento da personalidade'. A presencialidade dos princípios mantém, com efeito, direta referência à persecução da 'finalidade maior de um sistema jurídico-democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana'. A razoabilidade/proporcionalidade, em face de situações em que se contrapõem bens, interesses, princípios jurídicos constitucionalmente acolhidos com repercussões diretas ou indiretas para o valor da dignidade, encarece a doutrina, 'determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu 'núcleo essencial', onde se acha insculpida a dignidade humana'." (grifos do autor) Cf. Canas, Vitalino. Princípio da proporcionalidade. In: Fernandes,

Assevera Bitencourt: "A principal finalidade, pois, à que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores –, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinqüente."[77] Por intermédio da *prevenção geral positiva limitadora*, anela-se por síntese ponderada dos fins preventivos, de forma que a culpabilidade e os demais princípios humanistas imiscuídos na Teoria Geral do Direito Penal burilem as funções preventivas da sanção penal e condicionem, nas palavras de Winfried Hassemer (citado por Cezar Roberto Bitencourt), a "reação estatal ante fatos puníveis"[78] a se direcionar à "proteção da consciência social"[79] (prevenção geral positiva *stricto sensu*[80]) e à intimidação geral dos delinqüentes efetivos e em potência (*prevenção geral negativa*[81]), assim como à sadia reinserção na sociedade do condenado (*prevenção*

José Pedro (Dir.). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1994, v. 6, p. 597. Apud Oliveira, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 222.

[77] Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151-152.

[78] Ibid., p. 151.

[79] Ibid., loc. cit.

[80] A prevenção geral positiva *stricto sensu*, incondicionada ou propriamente dita, plasma a perspectiva de teoria da prevenção geral positiva mais notória, planteada por Günther Jakobs, conforme a qual a pena "deve garantir a segurança das expectativas dos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade". Cf. Jakobs, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20. Cônsono o escólio de Cristina Zackseski, a prevenção geral positiva "insiste claramente na afirmação simbólica da validade das normas, no que esta afirmação favoreceria o processo de integração social em torno dela, e restabeleceria a confiança institucional que brada pela percepção do desvio". Cf. Zackseski, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 174. O magistério de Tatiana Machado Corrêa agremia diversas facetas relevantes da prevenção geral positiva delineada por Günther Jakobs: (1) "deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade"; (2) "restaurar a configuração normativa da sociedade"; (3) "a pena se dirige a todos os membros da sociedade, posto que necessária à reafirmação da vigência da norma infringida"; (4) o "que se previne é a erosão da configuração normativa real da sociedade"; (5) o "fim da pena é o de garantir a vigência da norma, promover a confiança na norma, a fim de que isto repercuta em todos os sujeitos"; (5) "a pena demonstra que o autor não se organizou corretamente, significa que o comportamento infrator não é determinante, a norma é que continua sendo o determinante"; (6) "a sociedade deve então exercer legítima defesa ao infrator da norma, anulando a conduta contrária à norma, mediante pena, cuja medida será regida pela medida de denegação da personalidade objetiva no fato e não para intimidar"; (7) a "pena significa a permanência da realidade da sociedade sem modificações, a confirmação da sua identidade normativa, podendo produzir outros efeitos de caráter não essencial ao seu fim, tais como a intimidação e o exercício de fidelidade ao direito". Cf. Corrêa, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 51, nov.-dez. 2004, p. 222-224.

[81] A teoria da *prevenção geral negativa* – originalmente ideada pelo penalista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) sob o nome *teoria da coação psicológica ou teoria do constrangimento psicológico* – enxerga na pena, quando aplicada ao caso concreto ou apenas comi-

especial positiva[82]) e à sua sujeição a sanções penais de efeito intimidativo individual, por meio de *penas restritivas de direito* ou de *penas privativas de liberdade*, ocorrendo, neste caso, sua temporária, de preferência, retirada do convívio social (*prevenção especial negativa*[83]).

---

nada em abstrato, efeito intimidatório sobre o corpo coletivo e fator de desestímulo para delinqüentes da atualidade ou eventualmente daqueles do porvir, conscientizando ambos de que a prática do delito é contraproducente (desfavorável do ponto de vista da *relação custo-benefício).* Nesse sentido: Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal:* introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49; Schecaira, Sérgio Salomão; Corrêa Junior, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 131; Toron, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal; um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996, p. 113; Bitencourt, Cezar Roberto. T*ratado de direito penal:* parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 113-116; Teles, Ney Moura. *Direito penal.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 2, p. 31; Jakobs, Günther. *Derecho penal:* parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26-29. No dizer de Cristina Zacksescki, a prevenção geral negativa, "centrada na intimidação pela cominação da pena em abstrato", semeia "contramotivação aos comportamentos ilegais" ou "dissuasão dos infratores potenciais". Cf. Zackseski, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 8, no 29, jan.-mar. 2000, p. 169. Ponderada a posição de Francisco de Assis Toledo: "Se, de um lado, não se deve generalizar a eficácia do caráter intimidativo-pedagógico da pena, pela simples existência da cominação legal, de outro, parece-nos igualmente irrealístico deixar de admitir que a prevenção geral do crime, por meio da elaboração dos tipos e da cominação das penas, é algo, do ponto de vista do Estado e do indivíduo, bem mais concreto do que meros artigos de lei colocados sobre o papel. É, com efeito, uma autorização para agir, passada em favor dos órgãos estatais; é, em suma, ameaça bem real que se exterioriza e se prolonga, no meio social e comunitário, pela presença física e atuante dos vários organismos empenhados na *persecutio criminis."* Cf. Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4-5.

[82] O magistério de Zaffaroni *et alii* clarifica que a prevenção especial positiva engloba série de propostas atinentes à integração do egresso ao seio do corpo coletivo, ao fagocitar esta subespécie preventiva as chamadas "ideologias *re*": "ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação." Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 126. De acordo com a prevenção especial positiva, sumariza Reinhart Maurach, "o autor deve ser preparado pela execução [da pena] para a futura vida em sociedade". Cf. Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 65. (Tradução livre nossa.)

[83] Em sede pena de prisão, esclarece Alberto Zacharias Toron, a prevenção especial negativa "pode ter caráter temporal, quando com a pena se aparta o sentenciado de forma perpétua, ou por um determinado período da vida social, custodiando-o", mas também pode "ter um caráter absoluto (definitivo) quando se trata da pena de morte (não se conhece nesta hipótese nenhum caso de reincidência) ou relativo quando destrói parcialmente a pessoa e, por exemplo, castra-se o estuprador ou cortam-se as mãos do assaltante ou, ainda, as pernas do trombadinha etc". Cf. Toron, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal; um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996, p. 199. Assere Cristina Zackseski que a prevenção especial negativa contempla a "neutralização ou intimidação do criminoso". Cf. Zackseski, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 173. Com efeito, entre as modalidades da prevenção especial, Reinhart Maurach elenca a prevenção especial *por intimidação* ("o autor deve ser intimidado, pelos efeitos da pena executada, a não praticar delitos no futuro") e *por asseguramento* ou *inocuização* ("pela execução da pena na pessoa

No campo da *prevenção geral positiva*, à sanção penal cabe, assinala Oswaldo Duek Marques, "reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infligida e que deve seguir como modelo idôneo de orientação"[84]. Seu efeito secundário reside na *prevenção geral negativa*, ao servir de desincentivo à prática delituosa em parcela da criminalidade sensível ao efeito dissuasório da pena[85] e, em idêntico sentido, ao inibir parte dos delinqüentes *em potência* permeável à influência inibitória daquela[86].

Assim sendo, a *prevenção geral positiva* almeja (1) deflagrar o "restabelecimento do equilíbrio emocional da sociedade"[87] e (2) "preservar a confiança das relações sociais"[88], reforçando, sobretudo, a credibilidade do sistema penal[89], ao suscitar apaziguamento psicológico na sociedade, transmitindo a percepção de que o Estado, apesar de suas deficiências, ainda possui na Justiça Criminal órgão atuante por meio do qual assegura um mínimo de paz coletiva e ordem pública. Resulta em indireta oxigenação da *prevenção geral negativa*, ao utilizar a pena – mesmo indiretamente – como instrumento de coercibilidade (coatividade psicológica)[90] sobre

---

do delinqüente, a sociedade quedará assegurada, permanente ou provisoriamente, frente ao mesmo"). Cf. Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 65. (Tradução livre nossa.)

[84] Marques, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 105.

[85] Duvidoso, infere-se do magistério de Zaffaroni *et alii*, o efeito dissuasório da pena, a título de prevenção geral, sobre homicidas passionais (e demais criminosos envoltos em "circunstâncias pouco propícias à reflexão sobre a ameaça penal"), bem assim como sobre infratores motivados por patologia ("semi-imputáveis"), fanatismo (*v.g.*, político ou religioso), crença na própria invulnerabilidade ao controle penal (*e.g.*, os chamados "criminosos do colarinho branco") e perspectiva de lucros vultosos ("*crime as business*"). Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 118-119. Nessa toada, Esteban Righi reputa impassíveis de intimidação os "deliqüentes habituais" e os criminosos passionais. Cf. Righi, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 43. Ainda nessa direção, Cezar Roberto Bitencourt aventa também como exemplos "os delinqüentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais". Cf. Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 115.

[86] Marques, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 105.

[87] Ibid., p. 109.

[88] Ibid., p. 116.

[89] Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*. Op. cit., p. 121.

[90] Para o magistério de Maria Helena Diniz, *coação* alude à aplicação de sanção jurídica e *coerção* concerne à *coação psicológica*, isto é, à pressão psicológica anterior à *coação* (isto é, prévia à execução da sanção jurídica): "Há, realmente, uma diferença entre essas três expressões: a 'coerção', apesar de se definir como ato de coagir, reside na consciência e exerce pressão sobre a vontade livre do obrigado; a 'sanção' já existe na norma: é uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica através dos órgãos competentes, e a 'coação' consiste na aplicação dessa sanção; é um ato de coagir, mas que se exerce sobre uma ou várias pessoas para levá-las a agir de determinada maneira." Cf. Diniz, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976, p. 106-107. Com fincas no ensinamento de Diniz, optamos por

a população, tornando manifesta "a disposição [estatal] de cumprir a ameaça"[91] de punição penal.

A *prevenção geral positiva fundamentadora* (a *prevenção geral positiva* propriamente dita, incondicionada, formulada em sua pureza, sem estar a reboque do princípio da culpabilidade) tem em Günther Jakobs seu maior ideólogo da atualidade. Para Jakobs, "a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas",[92] isto é: "a culpabilidade de um autor não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social"[93] (estabilização que consubstancia justamente a função de *prevenção geral positiva* da pena preconizada por Jakobs). Já a *prevenção geral positiva limitadora*, tem em Claus Roxin sua principal (apesar de *indireta*) inspiração doutrinária – conquanto Santiago Mir Puig tenha sido o identificador original da existência desta modalidade de prevenção geral positiva, bem assim de sua distinção da vertente fundamentadora[94], e, além disso, não haja necessariamente integral coincidência entre os magistérios de Mir Puig e Roxin[95], a nosso juízo se revela apropriado que o cerne da concepção de *prevenção geral positiva limitadora* repouse, primeiro, na exigibilidade de

---

considerar *coatividade psicológica* sinônimo de coercibilidade e de coatividade em sentido técnico-jurídico propriamente dito a capacidade da sanção jurídica, quando imposta, no caso concreto, suscitar a coação jurídica e o conseqüente adimplemento do dever jurídico até então desatendido.

[91] Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

[92] Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

[93] Ibid., loc. cit.

[94] Mir Puig, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 55-56.

[95] Na ótica de Gamil Föppel el Hireche, a concepção preventiva de Mir Puig, comparada com a de Roxin, possui caráter demasiado retributivo: "Efetivamente, um dos aspectos mais importantes da Teoria Dialética Unificadora foi a limitação às penas impostas por Roxin, com fundamento na culpabilidade. Entretanto, se existe este elo de aproximação com a prevenção geral positiva limitadora – a teoria de Roxin desta se afasta quando se vê que, para Mir Puig, a retribuição ganha muito mais importância que em Roxin. Desta maneira, a par da semelhança efetivamente existente, não se pode considerar que Roxin é partidário da prevenção geral positiva limitadora, quando considerada isoladamente, mesmo porque ele mesmo teceu críticas à prevenção geral, conforme se vê: 'A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado em seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências; é político criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.' Roxin, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa:Vega, p. 25." Cf. Föppel El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37. Para Santiago Mir Puig, o magistério de Claus Roxin admite a prevenção geral positiva se esta respeitar o limite da culpabilidade (a nominada *prevenção geral compensadora* ou *integradora socialmente*) e repele a prevenção geral negativa, porque seu efeito intimidatório, para o Mestre de Munique, tende a ultrapassar o limite da culpabilidade. Por outro lado, Roxin, lembra Mir Puig, permite que se fixe pena abaixo do adequado à culpabilidade, a fim de evitar efeitos contraproducentes do ângulo preventivo-especial (efeito dessocializador, por exemplo), contanto que a pena seja suficiente para a defesa da ordem jurídica. Cf. Mir Puig, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la

culpabilidade, e, segundo, na indispensabilidade preventiva como fatores limitantes à atuação do Estado, tornando-se inafastável sua vinculação ao magistério de Roxin. Para este, as exigências preventivas são consideradas *após* constatada a culpabilidade e servem de freio ao dever-poder punitivo estatal: o mestre de Munique reconhece que "toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida" [96] e permite à sanção penal "ficar aquém da medida da culpabilidade se as exigências de prevenção fizerem desnecessária ou mesmo desaconselhável a pena no limite máximo da culpabilidade" [97]. Enquanto Jakobs *fundamenta* a culpabilidade nas exigências de prevenção geral positiva (para o Mestre de Bonn, a culpabilidade constitui "déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico"[98] – dessa forma, a culpabilidade é *longa manus* da prevenção geral positiva), Roxin *limita* a aplicação da pena à presença, primeiro, da culpabilidade, e, segundo, da "*indispensabilidade preventiva*" (grifos nossos[99]). Enquanto a prevenção geral positiva *fundamentadora* torna exigível a imposição da sanção penal mesmo quando desnecessária "a proteção dos bens jurídicos"[100] (Direito Penal *hipertrofiado*[101]), a prevenção geral *limitadora* gradua a pena abaixo do teto inexcedível da culpabilidade, acaso ausente *imprescindibilidade preventiva* a justificar se atingir o máximo permitido pela culpabilidade, ao aplicar e dosar a sanção penal tão-somente na medida do *indispensável* às *necessidades preventivas da pena*, respeitada a medida da culpabilidade (Direito Penal *mínimo*[102]).

Em sentido semelhante se situa o magistério de Luiz Flávio Gomes, para o qual, após o julgador detectar a culpabilidade do agente, deve o magistrado trazer a

---

prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 56-57.

[96] Roxin, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 65-66.

[97] Ibid., loc. cit.

[98] Jakobs, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 43.

[99] Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157.

[100] Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 124.

[101] "A principal crítica à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora refere-se à possibilidade de ela ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais, sendo, portanto, contrária ao Direito Penal mínimo postulado pelas correntes mais progressistas, dentre as quais a Nova Defesa Social [...]. Além disso, a teoria fundamentadora, conduzida ao extremo, nega o critério de proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma." Cf. Marques, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 106.

[102] "A despeito de não se declarar expressamente minimalista, pode-se inferir do ideário de Claus Roxin uma série de princípios relacionados também com o minimalismo. De fato, ao se alinhar favoravelmente a um Direito Penal subsidiário, reconhece que a sanção jurídico penal é a última *ratio* do controle, a última forma de solução do conflito. Assim sendo, manifesta-se contrário 'à criminalização de qualquer bagatela'. Demais disso,constata-se que a teoria formulada é eminentemente garantista, de modo a impedir as violações injustificadas à liberdade dos cidadãos, estabelecendo uma pena limitada pela culpabilidade." Cf. Föppel El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

lume o *princípio da necessidade concreta da pena*, isto é, ao juiz "cabe analisar se o interesse estatal em punir o delito tem pertinência ou não".[103]

> Exemplo: agente que pratica roubo de um real valendo-se somente de ameaça. A jurisprudência não admite, nesse caso, a aplicação do princípio da insignificância. Logo, o agente é processado normalmente. Se foi preso em flagrante, tem bons antecedentes, já está preso há alguns meses, houve arrependimento, é trabalhador, tem família constituída, etc., pode ser que a pena se torne desnecessária. Sendo assim, com fundamento no art. 59 do CP, cabe ao juiz dispensar a pena, com fundamento no princípio da sua (des)necessidade concreta.[104]

Em verdade, os magistérios de Luiz Flávio Gomes e Claus Roxin possuem entendimento *semelhante* (ambos os doutrinadores acolhem o critério da *indispensabilidade preventiva*), mas não *idêntico*. Gomes entende cabível, depois de constatada a culpabilidade do autor do fato punível, "fazer esse juízo de necessidade nas situações especificamente definidas na lei (casos de perdão judicial, *v.g.*)"[105] e "em outras hipóteses" [106], com fulcro no art. 59 do Código Penal brasileiro. Roxin divisa no critério das *necessidades preventivas da pena* o segundo componente da categoria da *responsabilidade*, cujo primeiro elemento é a *culpabilidade* no sentido de – frisou-se alhures – "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas"[107] e "a capacidade de livre autodeterminação".[108]

A nosso sentir, a análise da necessidade concreta da pena se torna mais coesa à luz do *princípio tridimensional da proporcionalidade*, em que o juízo de reprovação penal consubstancia a *dimensão da adequação*, a imprescindibilidade preventiva repousa na *dimensão da necessidade* e a relação custo-benefício da pena radica na *dimensão da proporcionalidade em sentido estrito*. De todo modo, as três visões acerca da indispensabilidade preventiva propiciam efeito limitador ao dever-poder punitivo estatal, em apreço aos princípios garantistas do Direito Penal e, por conseguinte, em deferência ao *princípio da dignidade da pessoa humana* e aos direitos fundamentais do réu[109], além de louvar o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, porque, pondo em segundo plano o clamor por justiça da vítima e dos grupos de pressão (a exemplo de setores da comunidade jornalística, jurídica e política adeptos da máxima repressão penal), em prol de criteriosa análise da neces-

---

[103] Gomes, Luiz Flávio; García-Pablos De Molina, Antonio. *Direito penal*: *parte geral.* São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 574.

[104] Ibid., p. 575.

[105] Ibid., p. 574.

[106] Ibid., loc. cit.

[107] Roxin, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 57.

[108] Ibid., loc. cit.

[109] O princípio da dignidade da pessoa humana "fundamenta e confere unidade" aos direitos fundamentais e à ordem econômica. Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 70.

sidade concreta da pena, reduz o contingente populacional exposto ao elevado *fator criminógeno* do sistema de execução penal, em particular das assoberbadas unidades penitenciárias, o que resulta em salvaguarda dos anseios maiores da sociedade por paz social e ordem pública.

Relativamente a *penas restritivas de liberdade*, despiciendo frisar, deve-se averiguar a indispensabilidade de que o sentenciado seja, durante determinado lapso temporal, afastado do convívio social, sob a custódia do sistema de execução penal. É de suma importância cotejar-se a gravidade da afronta a bem jurídico basilar com os efeitos físicos, morais e psíquicos a serem propiciados pelo aprisionamento. Ilustra Zaffaroni *et alii*:

> Os riscos de homicídio e suicídio são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios.[110]

A Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede do Agravo em Execução nº 70015235948 (Relator, Desembargador Amilton Bueno de Carvalho), conferiu indulto humanitário, com fincas no *princípio da humanidade das penas*, a apenado soropositivo e tuberculoso, tendo em vista a consecução da "finalidade segregacional da pena privativa de liberdade"[111], "por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS"[112], isto é, "além de estigmatizado pelo sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a 'liberdade'"[113] (dicção da ementa). Compulsando-se o eminente voto-condutor, infere-se que o apenado em questão contava, à época do julgamento do referido Agravo em Execução, com trinta e seis anos de idade, era portador de HIV "desde o ano de 1993"[114], havia cumprido "m ais de 12 anos de pena (início em 29/01/1994), apresentado boa conduta no decorrer da execução"[115], tendo trabalhado "durante aproximadamente 1.413 dias, o que perfaz um total de 471 dias remidos".[116]

Em sintonia com a *prevenção geral positiva limitadora* se revela a jurisprudência do Poder Judiciário de Portugal, ao se apoiar, sobretudo, no magistério de Jorge de Figueiredo Dias (notadamente em suas obras "Direito Penal Português – As

---

[110] Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 126.

[111] Rio Grande Do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Criminal). Agravo em Execução nº 70015235948 (Comarca de Porto Alegre). Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 14 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 23 out. 2006.

[112] Ibid., loc. cit.

[113] Ibid., loc. cit.

[114] Ibid., loc. cit.

[115] Ibid., loc. cit.

[116] Ibid., loc. cit.

Conseqüências Jurídicas do Crime" e "Temas Básicos de Direito Penal"), por meio do qual a judicatura lusitana consolidou o entendimento, sobremaneira explícito no Acórdão de 2 de janeiro de 2002 (Relator, Juiz Conselheiro Pereira Madeira), do Supremo Tribunal de Justiça, de que a finalidade precípua da pena se situa na *prevenção geral positiva*, orientada para o "reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida"[117], ou, reprisando o magistério de Günther Jakobs, "como estabilização contrafáctica[118] das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma infringida"[119]. A princípio, pode-se passar a impressão de que Figueiredo Dias e, em conseqüência, a jurisprudência portuguesa estariam alinhados com a *prevenção geral positiva fundamentadora* de Jakobs. Entretanto, os ensinamentos do Mestre de Coimbra, encapsulados no apontado aresto da Suprema Corte lusitana, logo clarificam sua afinidade com a *prevenção positiva limitadora*, ao sublinhar que a "medida da culpa"[120] (no Direito português, entre as acepções de *culpa*, figura a de culpabilidade[121]) traduz

---

[117] Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§ 55). Apud Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 02P1232. Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de Maio de 2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2, p. 72-73.

[118] Manteve-se a redação original, em português europeu.

[119] Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2, p. 73.

[120] Dias, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 109.

[121] A sinonímia, na linguagem do Direito português, entre "medida da culpa" e "medida da culpabilidade" se nota sobressalente neste trecho da ementa do Acórdão de 4 de novembro de 2005, do Tribunal da Relação de Guimarães (Relator, Juiz Desembargador Anselmo Lopes): "I – A culpa é o juízo de censura que se faz ao agente por não se ter comportado, como podia e devia, de acordo com o direito; está ligada ao princípio do respeito pela dignidade da sua pessoa e limita de forma inultrapassável as exigências de prevenção (a pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa, sendo esta o pressuposto e limite daquela, falando-se, então, em moldura da culpa." (grifos nossos) Cf. Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 385/05-1). Relator: Juiz Desembargador Anselmo Lopes. Guimarães, 11 de Abril de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesta senda, reportemo-nos à jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora (Relator, Juiz Desembargador Alberto Mira), na passagem a seguir reproduzida do Acórdão de 6 de dezembro de 2005. Em relação ao referido julgado, cotejem-se as considerações do próprio TRE com aquelas à época colhidas de tradução portuguesa, consignada pelo voto do eminente Relator, de estudo de Claus Roxin publicado na Espanha ("Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Tradução da 2.ª edição Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas), págs. 99/101 e 103"): "Dito de uma outra forma, a função primordial de uma pena, sem embargo dos aspectos decorrentes de uma prevenção especial positiva, consiste na prevenção dos comportamentos danosos incidentes sobre bens jurídicos penalmente protegidos. O seu limite máximo fixar-se-á, em homenagem à salvaguarda da dignidade humana do condenado, em função da medida da culpa revelada, que assim a delimitará, por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que social e normativamente se imponham. O seu limite mínimo é dado pelo quantum da pena que em concreto ainda realize eficazmente essa protecção dos bens jurídicos. Dentro destes dois limites,

"incondicional proibição de excesso"[122], o "limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas"[123], portanto, "sejam de prevenção geral positiva ou antes negativa, de integração ou antes de intimidação, sejam de prevenção especial positiva ou negativa, de socialização, de segurança ou neutralização".[124]

De acordo com o mencionado julgado do STJ lusitano, esteado no magistério de Figueiredo Dias, a medida da pena deve, primeiro, respeitar as balizas da culpabilidade, e, segundo, ater-se ao raio da prevenção geral positiva (limitadora),

---

situar-se-á o espaço possível para resposta às necessidades da reintegração social do agente. Como refere Claus Roxin, em passagens escritas perfeitamente consonantes com os princípios basilares no nosso direito penal, «a pena não pode ultrapassar na sua duração a medida da culpabilidade, mesmo que interesses de tratamento, de segurança ou de intimidação revelem como desenlace uma detenção mais prolongada. A sensação de justiça, à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídico-penal, exige que ninguém possa ser castigado mais duramente do que aquilo que merece; e "merecida" é só uma pena de acordo com a culpabilidade. Certamente a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mas pode não alcançá-la, sempre que isso seja permitido pelo fim preventivo. Nele radica uma diferença decisiva frente à teoria da retribuição, que também limita a pena pela medida da culpabilidade, mas que reclama em todo o caso que a dita pena àquela corresponda, com independência de toda a necessidade preventiva. A pena serve os fins de prevenção especial e geral. Limita-se na sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode fixar-se abaixo deste limite em tanto quanto o achem necessário as exigências preventivas especiais e a ele não se oponham as exigências mínimas preventivas gerais»." (grifos do autor) Cf. Portugal. Tribunal da Relação de Évora (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo nº 1247/05-1). Relator: Juiz Desembargador Alberto Mira. Évora, 6 de Dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 14 out. 2006. Comparando-se a citação do magistério de Jorge de Figueiredo Dias registrada no corpo deste artigo com outra obra de sua autoria, vertida para o português brasileiro, corrobora-se o indício fundado de que, de fato, no contexto em estudo, medida da culpa corresponde à medida da culpabilidade: "Num Estado de Direito, de cariz social e democrático, a função do direito penal só pode consistir, não na realização de qualquer idéia absoluta de retribuição, mas no propósito de constituir uma ordem efetiva (se bem que subsidiária) de proteção de bens jurídico-penais; é dizer, das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Conseqüentemente, o momento inicial e decisivo de fundamentação da pena deve residir na necessidade de estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, pela reafirmação das orientações culturais e dos critérios ético-sociais de comportamento que naquela se contém. Por outro lado, sendo a pena aplicada a uma pessoa humana, aquela não pode deixar de respeitar o 'axioma antropológico' da eminente dignidade desta e, por isso, de ser fundamentada e medida pela culpabilidade do agente." (grifos nossos) Cf. Dias, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999, p. 267. As transcrições desta nota de rodapé acabam por servir de achegas ao exame da culpabilidade e das finalidades preventivas da pena.

[122] Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§ 55). Apud Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 02P1232. Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de Maio de 2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 109.

[123] Ibid., loc. cit.

[124] Ibid., loc. cit.

a definir o "espaço de liberdade ou de indeterminação"[125] correspondente à "moldura de prevenção"[126], em que atuam "considerações extraídas das exigências de prevenção especial de socialização"[127]. Em outras palavras, a medida da pena se atinge traçando-se, de início, o âmbito da culpabilidade na circunstância concreta em apreço. Observado o teto da culpabilidade, projeta-se o espaço, no caso concreto, da prevenção geral positiva limitadora, onde, por conseguinte, se estabelecem os "limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração"[128], fixados "entre o ponto óptimo e o ponto ainda comunitariamente suportável da medida da tutela dos bens jurídicos"[129]. Entre tais pontos "podem e devem actuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que vão determinar, em último termo, a medida da pena"[130]. Meditando acerca dessa faceta do pensamento do Mestre de Coimbra, deduziu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 2 de fevereiro de 2005 (Relator, Juiz Conselheiro Henriques Gaspar):

> A medida da prevenção, que não pode em nenhuma circunstância ser ultrapassada, está, assim, na moldura penal correspondente ao crime. Dentro desta medida (protecção óptima e protecção mínima – limite superior e limite inferior da moldura penal), o juiz, face à ponderação do caso concreto e em função das necessidades que se lhe apresentem, fixará o *quantum* concretamente adequado de protecção, conjugando-o a partir daí com as exigências de prevenção especial em relação ao agente (prevenção da reincidência), sem poder ultrapassar a medida da culpa. Por seu lado, a finalidade de reintegração do agente na sociedade há-de ser, em cada caso, prosseguida pela imposição de uma pena cuja espécie e medida, determinada por critérios derivados das exigências de prevenção especial, se mostre adequada e seja exigida pelas necessidades de ressocialização do agente, ou pela intensidade da advertência que se revele suficiente para realizar tais finalidades.
>
> Nesta dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 71° do Código Penal têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente; a idade, a confissão; o arrependimento), ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.[131]

---

[125] Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2, p. 229.

[126] Ibid., loc. cit.

[127] Ibid., loc. cit.

[128] Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 230.

[129] Ibid., loc. cit.

[130] Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 231.

[131] Portugal. Supremo Tribunal de Justiça (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo nº 04P4107). Lisboa, 2 de Fevereiro de 2005. Relator: Juiz Conselheiro Henriques Gaspar. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

A fim de facilitar a compreensão do posicionamento da jurisprudência portuguesa, ancorado no magistério de Figueiredo Dias, propugnamos visualizá-la na forma de três círculos concêntricos, camadas dentro de camadas, que limitam a medida da pena: em primeiro plano, o círculo da culpabilidade, no qual se encastoa o círculo da prevenção geral positiva limitadora, em que, por sua vez, se abriga o círculo da prevenção especial de socialização, cujo alcance, no caso concreto, determinará, por derradeiro, a medida da pena.

Em retrospecto à perspectiva construída pelo Mestre de Coimbra, acolhida pelo Tribunal da Relação do Porto no Acórdão de 17 de novembro de 2004 (Relator, Juiz Desembargador Borges Martins), pode-se assim bosquejar:

(1) Cabe à culpabilidade "determinar o limite máximo e inultrapassável da pena";[132]

(2) Importa à prevenção geral positiva limitadora esboçar a "moldura de prevenção"[133], norteada por limites máximo e mínimo. O limite máximo advém da "medida óptima de tutela dos bens jurídicos"[134], respeitado o teto intransponível da culpabilidade. O limite mínimo exsurge das "exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico";[135]

(3) Cumpre à prevenção especial "encontrar o *quantum* exacto da pena"[136], que, observada a "moldura de prevenção"[137], melhor atenda aos imperativos socializadores "ou, em casos particulares, de advertência ou segurança"[138] do réu.

Almejando dissipar quaisquer dúvidas remanescentes quanto ao cerne da concepção de culpabilidade e da finalidade da pena albergada pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias e pela jurisprudência portuguesa, denota-se conveniente a leitura do parágrafo adiante reproduzido, pronunciado pelo Tribunal da Relação de Coimbra no Acórdão de 5 de novembro de 2005.

> Passando à determinação da medida da pena, dir-se-á que a determinação da medida concreta da mesma faz-se com recurso ao critério geral estabelecido no artigo 71º, do Código Penal, tendo em vista as finalidades das respostas punitivas em sede de Direito Penal, quais sejam a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade – artigo 40º, n.º1, do Código Penal –, sem esquecer, obviamente, que a culpa constitui um limite inultrapassável da medida da pena – artigo 40º, n.º 2.
>
> Efectivamente, a partir da revisão operada em 1995 ao Código Penal, a pena passou a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a

---

[132] Dias, Jorge de Figueiredo. O código penal português de 1982 e a sua reforma. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 3, nº 2-4, abr.-dez. 1993, p. 186-187. Apud Portugal. Tribunal da Relação do Porto. Recurso Penal (Processo nº 0415662). Porto, 17 de Novembro de 2004. Relator: Juiz Desembargador Borges Martins. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[133] Ibid., loc. cit.

[134] Ibid., loc. cit.

[135] Ibid., loc. cit.

[136] Ibid., loc. cit.

[137] Ibid., loc. cit.

[138] Ibid., loc. cit.

> culpa um papel meramente *limitador da pena*, no sentido de que, em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, sendo que dentro desse limite máximo a pena é determinada dentro de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, só então entrando considerações de prevenção especial, pelo que dentro da moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de so cialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais. É este o critério da lei fundamental – artigo 18º, n.º 2 – e foi assumido pelo legislador penal de 1995 (-Vide Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal – 3º Tema – Fundamento Sentido e Finalidade da Pena Criminal* (2001), 104/111.).[139]

Retomando-se a apreciação da necessidade concreta da pena, é pertinente a opinião de Jorge de Figueiredo Dias, chancelada pelo Tribunal da Relação de Guimarães no Acórdão de 11 de julho de 2005 (Relator, Juiz Desembargador Nazaré Saraiva), pela primazia das "considerações de prevenção especial de socialização"[140]. Impende à prevenção geral se restringir ao "conteúdo mínimo de prevenção de integração indispensável à defesa do ordenamento jurídico, como limite à actuação das exigências de prevenção especial de socialização" [141]. Cabe ao Poder Judiciário recusar a aplicação de pena alternativa ou substitutiva quando, inadequadas e insuficientes às finalidades preventivas da pena[142], a pena de prisão se evidencia, "do ponto de vista da prevenção especial de socialização, necessária ou, em todo o caso, provavelmente mais conveniente"[143], acaso, sopesando-se "o já tantas vezes referido carácter criminógeno da prisão, em especial da de curta duração"[144], a pena privativa de liberdade se revele indispensável para "a necessária tutela dos bens jurídicos e a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias"[145]. Observa Figueiredo Dias que a cul-

---

[139] Portugal. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Penal (Processo nº 1056/05). Relator: Dr. Oliveira Mendes. Coimbra, 5 de Novembro de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[140] Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 331-332. Apud Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 1545/04-1). Relator: Juiz Desembargador Nazaré Saraiva. Guimarães, 11 de Julho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[141] Ibid., loc. cit.

[142] Id. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime (§§ 497 e 498). Apud Portugal. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Criminal (Processo nº 336/06). Relator: Dr. Luís Ramos. Coimbra, 14 de Junho de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. Coimbra, 2005, v. 2, p. 331-332.

[143] Id. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 331-332, § 500. Apud Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 1545/04-1). Relator: Juiz Desembargador Nazaré Saraiva. Guimarães, 11 de Julho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[144] Ibid., loc. cit.

[145] Ibid., p. 333.

pabilidade "nada tem a ver com a questão da escolha da pena"[146], posto que, cônsono o ensinamento do Mestre de Coimbra, a esta incumbe tão-somente atuar como "limite inultrapassável do *quantum*"[147] da sanção penal, ao se estipular seja a "medida da pena de prisão (necessária como pressuposto da substituição)"[148], seja a "medida da pena alternativa ou de substituição"[149]. Suspende-se a execução da pena aplicada em medida não superior a três anos (art. 50º[150] do anterior Código Penal português, o Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro de 1982, *Codex* cuja vigência cessou com a entrada em vigor do novo Estatuto Penal lusitano, em 15 de setembro de 2007), "sempre que o julgador puder formular um juízo de prognose favorável, à luz de considerações de prevenção especial sobre a possibilidade de ressocialização"[151] do agente, esteada em "razões fundadas e sérias a acreditar na capacidade do delinquente[152] para a auto-prevenção do cometimento de novos crimes, devendo-se negar a suspensão sempre que, fundadamente, seja de duvidar dessa capacidade"[153], com base na "análise da personalidade"[154] do autor do fato punível, "das suas condições de vida, da conduta que manteve antes e depois do facto e das circunstâncias em que o praticou".[155]

Caso de estudo (*case study*) acerca da influência a ser desempenhada pela *indispensabilidade preventiva* sobre o dever-poder estatal de concretamente aplicar a pena repousa nos autos do Processo Judicial nº 2004.03.99.023468-2, a tramitar no Tribunal Regional Federal da Terceira Região[156]. Relata-se abaixo a circunstância em testilha, colhendo-se subsídios e reproduzindo-se trechos de matéria jornalística da *Revista Consultor Jurídico* de 29 de agosto de 2006, a qual, por sua vez, menciona trechos colhidos do respectivo caderno processual:

---

[146] Id. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime" (§§ 497 e 498). Apud Portugal. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Criminal (Processo nº 336/06). Relator: Dr. Luís Ramos. Coimbra, 14 de Junho de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. Coimbra, 2005, v. 2, p. 331-332.

[147] Ibid., loc. cit.

[148] Ibid., loc. cit.

[149] Ibid., loc. cit.

[150] Preservou-se o estilo de enumeração próprio da linguagem forense portuguesa.

[151] Portugal. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso Penal (Processo nº 4604/2005-3). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima. Lisboa, 15 de Junho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[152] Manteve-se a redação original, própria do português europeu.

[153] Portugal. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso Penal (Processo nº 4604/2005-3). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima. Lisboa, 15 de Junho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[154] Ibid., loc. cit.

[155] Ibid., loc. cit.

[156] Brasil. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Consulta processual. Disponível em: <http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=26&op=Consulta&Processo=200403990234682&TFases=1>. Acesso em: 3 out. 2006.

Denunciado e vítima se encontravam a bordo do navio *Rio Grande do Norte*, aproximadamente às 17h:30min. Final de tarde de terça-feira, 20 de julho de 1976. Alto-mar. O denunciado, 33 anos, cozinheiro do navio. A vítima, 46 anos, imediato da embarcação, "hierarquicamente superior"[157] (dicção da matéria jornalística), portanto, ao denunciado. O imediato pediu ao cozinheiro que preparasse bife em vez "da dobradinha servida à tripulação"[158] (*loc. cit.*). O cozinheiro se negou a atendê-lo. "Só recebia ordens do comandante."[159] (*loc. cit.*) Após o entrevero, o cozinheiro procurou o imediato, munido de faca de cozinha. Ao encontrá-lo, "desferiu-lhe, de surpresa, duas facadas na região abdominal, sem lhe possibilitar a defesa, jogando a faca ao mar logo em seguida"[160] (dicção do relatório da sentença). O imediato sobreviveu "por circunstâncias alheias à vontade"[161] do cozinheiro (*loc. cit.*). "A denúncia foi recebida no dia 17 de março de 1977"[162], aduz o relatório da sentença. Conflitos de competência entre as Justiças Federal e Estadual, somados "à dificuldade de localizar o réu"[163] ("Ele forneceu um endereço inexistente"[164], informou o Ministério Público Federal), retardaram em vinte e nove anos a apreciação pelo Tribunal do Júri Popular. Segunda-feira, 28 de agosto de 2006. O réu, 63 anos. A vítima, 76 anos. As testemunhas, falecidas. O ex-cozinheiro, já aposentado. Na Primeira Vara Criminal Federal, do Júri e das Execuções Penais da Primeira Subseção Judiciária de São Paulo, o Conselho de Sentença se posicionou pela ocorrência de tentativa de homicídio privilegiado (sob domínio de violenta emoção) e a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, reconhecendo, ao mesmo tempo, "a existência de circunstância atenuante"[165] (a sentença não a especificou).

Em seguida à decisão do Conselho de Sentença, a Juíza Federal Substituta a presidir o feito, Dra. Paula Mantovani Avelino, considerou o réu "culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação"[166]. Arremata sua fundamentação quanto à culpabilidade, ao asseverar:

> Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a menciona-

---

[157] Pinheiro, Aline. Veredicto sem fim: marinheiro espera 30 anos para ir a Júri popular. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/47816,1>. Acesso em: 3 out. 2006.

[158] Ibid., loc. cit.

[159] Ibid., loc. cit.

[160] Ibid., loc. cit.

[161] Ibid., loc. cit.

[162] Ibid., loc. cit.

[163] Ibid., loc. cit.

[164] Ibid., loc. cit.

[165] Ibid., loc. cit.

[166] Ibid., loc. cit.

> da culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determinem acentuação.[167]

À vista disso, restou "condenado a cinco anos de reclusão em regime semi-aberto, com direito a apelar em liberdade" [168], esclarece a reportagem da *Revista Consultor Jurídico*, a qual esclarece: "Se transitar em julgado, a pena não será executada porque está prescrita. Para penas inferiores a oito anos, a prescrição ocorre em 12 anos".[169]

A sobredita causa simboliza um *case study* pertinente porque espelha a relevância de se conjugar, no caso concreto, o estudo da culpabilidade penal com o exame da *imprescindibilidade preventiva*. Em sintonia com o juízo de reprovação penal abraçado pela indigitada magistrada, notam-se condições bastantes para que o autor, na ocasião, se abstivesse de se vingar do interlocutor com quem tivera acalorada discussão, embate já exaurido quando se materializou a tentativa de homicídio – avulta o caráter frívolo da altercação verbal e, sobretudo, a motivação fútil da tentativa de assassinato, de agressividade claramente injustificada e desproporcional. Por outro lado, discutíveis as necessidades preventivas da pena, decorridos mais de vinte e nove anos de espera, pelo réu, de julgamento pelo Tribunal do Júri Popular, desde o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público. As finalidades preventivas da sanção penal, voltadas "a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do fato (*prevenção especial*)"[170], transcorridos quatro decênios, tendem a se mostrar demasiado esmaecidas, posto que a exorbitante demora do Poder Judiciário em submeter o caso à apreciação do Tribunal do Júri Popular possivelmente exerceu – caso o réu não tenha voltado a manifestar postura violenta, nem tenha fornecido endereço inexistente, com a intenção de se esquivar da persecução criminal ou, ao menos, procrastiná-la – nítido e eficaz mecanismo sancionatório, demonstração cabal à sociedade e ao réu dos efeitos daninhos, de longo prazo, a incidirem sobre o agente, ocasionados pela própria conduta criminosa de quatro decênios atrás, na medida em que as décadas mais expressivas da existência do réu (mormente de sua vida adulta) foram marcadas pela dor moral e pelo tormento psíquico perenes de se ver sob a constante ameaça de condenação penal, em função de ilícito praticado no começo da idade adulta – situação talvez tão ou mais dramática para sua família, em particular seus filhos e netos. Em outras palavras, é de se indagar se, *in casu*, a excessivamente desarrazoada morosidade da Justiça Criminal não acarretou, pela via oblíqua, punição estatal suficiente quer para tornar o agente exemplo dissuasório para si e para sua comunidade, quer para defen-

---

[167] Ibid., loc. cit.

[168] Ibid., loc. cit.

[169] Ibid., loc. cit.

[170] Greco, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 32, out.-dez. 2000, p. 132.

der valores, interesses e bens fundamentais da sociedade, além de patentear a atuação dos órgãos de controle penal, ainda que sem a devida celeridade. *Caso na causa penal em exame não estivesse extinta a punibilidade pelo advento da prescrição*, questionar-se-ia, ainda, que função ressocializadora, reeducadora ou intimidatória o cárcere teria para um réu idoso, notadamente se atestada a ausência de personalidade delinqüente e de condenações penais antes e, principalmente, após a prática de tal injusto penal. Por derradeiro, perquire-se que sensação de apaziguamento social traria, na situação em comento, a aplicação de pena de prisão ao envelhecido réu – circunstância muito diferente seria se fosse *serial killer*, narcotraficante, integrante de esquadrão da morte, genocida ou contumaz autor de crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo ou a Administração Pública.

No litígio penal acima aludido, um réu idoso foi tardiamente julgado por crime doloso contra a vida praticado por ele no princípio da idade adulta. Entendemos que, nessa situação, afigura-se oportuno questionar se realmente subsiste a indispensabilidade preventiva da sanção penal, considerando os efeitos preventivos suscitados pela constante ameaça de ser apenado a que foi exposto o réu ao longo de quatro décadas à espera de julgamento pelo Tribunal do Júri Popular. No entanto, a idade avançada *per se* não tem o condão de afastar a necessidade preventiva da pena, em particular se a infração penal foi executada já na velhice. "A idade avançada, só por si"[171] – frisou o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em sede do Acórdão de 22 de abril de 2004 (Relator, Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa) – "não pode servir de fundamento à atenuação especial da pena, na base da consideração de que as necessidades de prevenção geral se esbatem acentuadamente, por norma, com o avançar da idade"[172], embora "as exigências de prevenção geral"[173] cedam "ante o avançar da idade" [174], do agente, "reduzindo o perigo que, para a ordem jurídica e para a estabilidade social, sempre representa a comissão de um crime"[175] – pontua a Suprema Corte lusitana, ao reproduzir a dicção do Acórdão de 11 de dezembro de 2003 (Processo nº 2152/03-5) –. Segundo o referido precedente invocado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, "a idade avançada e um longo passado sem mácula criminal não são garantia suficiente de que um cidadão não possa perpetrar um acto[176] dos mais desvaliosos e ético-juridicamente dos mais censuráveis"[177] (ho-

---

[171] Portugal. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Secção). Recurso Penal (Processo nº 04P224). Relator: Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa. Lisboa, 22 de Abril de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

[172] Ibid., loc. cit.

[173] Ibid., loc. cit.

[174] Ibid., loc. cit.

[175] Ibid., loc. cit.

[176] Manteve-se a redação original, em português europeu.

[177] Portugal. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Secção). Recurso Penal (Processo nº 04P224). Relator: Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa. Lisboa, 22 de Abril de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

micídio simples consumado, cuja prática se concretizou em idade provecta). Para o STJ, a longa idade do réu quando da realização do ilícito penal, combinada com a ausência de antecedentes criminais, não elimina a necessidade concreta da pena, porém acarreta "abaixamento sensível das exigências de prevenção geral"[178], de modo que se revela "exagerada e desproporcionada"[179], *in casu*, graduar-se a pena rente ao máximo legal, devendo aproximar-se, isto sim, do *quantum* mínimo "irrenunciável"[180] sob a ótica preventiva. Na circunstância em exame, o Tribunal Coletivo da Comarca de Baião condenara o réu a onze anos de prisão. O Supremo Tribunal de Justiça reduziu a sanção para nove anos de prisão. Sendo homicídio simples, art. 131º[181] do anterior Código Penal português, previa pena de prisão de oito a dezesseis anos.

Em síntese, a nosso pensar, no âmbito do exame da necessidade concreta da pena, a *dimensão da necessidade* perscruta a *indispensabilidade preventiva da sanção penal*. Emoldurado pela *medida da culpabilidade*, o campo de incidência da *prevenção geral positiva limitadora* se delineia, tendo como máximo o *teto inexcedível* da culpabilidade e como mínimo o *estritamente essencial* ao resguardo de bens, valores e direitos fundamentais (não apenas de estatura constitucional, como também de extrema relevância jurídico-penal) violados. Dentro de tais limites, ou seja, circunscrita às balizas da prevenção geral positiva limitadora, atua a *prevenção especial*, que definirá, por último, a *medida da pena*, devendo conferir preponderância à *prevenção especial positiva* (voltada à *harmônica integração social do delinqüente*), salvo quando a ausência de perspectivas fundadas do *potencial ressocializador* da pena permitir apenas se ponderar quanto à *indispensabilidade* quer da *intimidação do apenado*, quer, em caso de pena de privativa de liberdade, de sua *temporária retirada do convívio social*. Reconhece-se que, dentre os plausíveis efeitos da aplicação da pena ao caso concreto, pode, de fato, haver efeito intimidativo geral, ainda que parcial.

3. Dimensão da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Em sede do estudo acerca da necessidade concreta da pena, o critério da *proporcionalidade stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação concreta da pena trará ou não benefícios à sociedade superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal – máxime em caso de pena de prisão. Indaga-se, em outras palavras, se os plausíveis efeitos sociais benfazejos da aplicação concreta da pena sobrepujariam os possíveis efeitos

[178] Ibid., loc. cit.
[179] Ibid., loc. cit.
[180] Ibid., loc. cit.
[181] Preservou-se o estilo de enumeração próprio da linguagem forense portuguesa.

deletérios à saúde física, psíquica e moral do apenado, a virem à tona ao longo do cumprimento da pena. No caso da pena privativa de liberdade, tem-se em conta os possíveis custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão.

São compatíveis (a nosso sentir) com o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, 2ª parte, da CF/88), a parcela das finalidades de cunho preventivo da pena (1) voltadas a retirar o delinqüente, por determinado intervalo de tempo, do convívio social e assim desencorajá-lo a delinqüir (*prevenção especial negativa*)[182], (2) a viabilizar a harmônica integração social do apenado e a disponibilizar a este meios dignos para tornar sua mentalidade, conduta e valores ajustados aos elementares padrões ético-jurídicos albergados pela coletividade e pelo Direito Positivo (*prevenção especial positiva*)[183], (3) a convertê-lo em exemplo dissuasório para os que violam ou desejam violar a ordem penal (*prevenção geral negativa*)[184] e (4) a reforçar a confiança da opinião pública na eficácia do sistema penal e a defender os valores ético-sociais basilares[185], bem assim os direitos, bens e interesses fundamentais da sociedade democrática (*prevenção geral positiva*).

Urge averiguar se, em função da gravidade do delito, todas as indicadas aspirações ponderáveis possuem tamanha relevância a ponto de compensarem (ou não), sob o ângulo do princípio da supremacia do interesse público (máxime no que concerne ao resguardo da segurança individual e coletiva, nos termos do *caput* dos arts. 5º, 6º e 144, todos da CF/88), a redução de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em face das agruras por que passará o autor do fato punível no sistema penitenciário e suas futuras dificuldades para se (re)integrar à sociedade.

> 1. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente[s]) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode[m] obter). Os bens em conflito devem ser sopesados.[186]
>
> 2. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso.[187]

---

[182] Toron, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos:* o mito da repressão penal. São Paulo: RT, 1996, p. 119.

[183] Ibid., loc. cit.

[184] Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 117.

[185] Ibid., p. 116, 121.

[186] Gomes, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral: introdução. 3. ed. São Paulo: RT/LFG, 2006, v. 1, p. 107.

[187] Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* nº 38131/RN (Processo nº 200401273352). Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 19 de abril de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1º jul. 2005, p. 629. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2006.

Não se ignoram as preciosas lições de Jorge de Figueiredo Dias, agasalhadas pela jurisprudência portuguesa (consonante ressaltado ao cabo da seção anterior), ao encontro do magistério de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques[188], ambos os penalistas a vislumbrarem unicamente na prevenção geral positiva (limitadora) e na prevenção especial positiva as finalidades da pena idôneas em Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a nosso parecer, na aplicação da sanção penal deve, em regra, predominar, no tocante aos fins da pena, a defesa, na proporção do essencial, dos valores, bens e direitos fundamentais (destarte, de estatura constitucional) de suma importância sob a ótica jurídico-penal, secundada pela busca da harmônica integração social do delinqüente[189]. No entanto, em relação à prevenção geral negativa, é plausível supor que a pena propicie efeito intimidativo geral, embora indireto, secundário ou residual, mesmo que nem sempre eficaz e ainda que não seja esta a precípua finalidade preventiva geral, dada a propensão da prevenção geral negativa de instrumentalizar o ser humano[190]. Já quanto à prevenção especial negativa (em sede da finalidade preventiva especial da pena privativa de liberdade), considerando-se o quadro caótico, violento e criminógeno em que se encontram inseridos não apenas o sistema penitenciário do Brasil, mas também a própria sociedade brasileira, nota-se, invariavelmente, a ausência de fundado embasamento fático e de efetivas condições gerais para que a passagem pelo cárcere tenha o condão de proporcionar a adequada inserção social do apenado – à luz da conjuntura penitenciária e social

---

[188] Para o magistério de Junqueira e Marques, apoiado no Direito Constitucional Penal, a finalidade da pena de *reprovação* do crime, prevista no art. 59, *caput*, *in fine*, do Código Penal brasileiro, traduz o "limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator", ao passo que a finalidade da pena de *prevenção* do crime, contida no mesmo dispositivo legal, se cinge à prevenção geral positiva ("reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção deva encontrar limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição") e à prevenção especial positiva (recordam os autores que, segundo preceitua o art. 1º, 2ª parte, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, a execução penal deve proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado). Cf. Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz; Marques, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, out. 2006, p. 18.

[189] O magistério de Jurandir Sebastião observa, com lucidez, que os instrumentos de prevenção à delinqüência de maior eficácia radicam fora da seara penal (aspecto ainda não considerado, de modo suficiente, pelos elaboradores do Direito Legislado, formuladores de políticas públicas e formadores de opinião): "Ao lado do cumprimento da pena, ao Estado *social* cumpre manter e adotar *políticas* públicas de *prevenção* geral contra a criminalidade, como, por exemplo e dentre outras, através de assistência, de educação e de atividades para ocupação sadia do *menor de idade*, para evitar que este fique ocioso e seja atraído para a senda do crime. No âmbito dessa *prevenção* geral também se encontra o dever de implementação de política pública de assistência ao ex-presidiário, para *evitar* o seu retorno à criminalidade." (grifos do autor) Cf. Sebastião, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, mai. 2005, p. 20.

[190] Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz; Marques, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, out. 2006, p. 18.

brasileira da atualidade, muitas vezes, do ponto de vista da prevenção especial, resta aos órgãos de controle penal e à coletividade a modesta expectativa de que a pena de prisão suscite efeito dissuasório sobre o apenado (temor de retornar ao cárcere) ou, ao menos, durante o período no qual estiver encarcerado, a sociedade seja poupada de sua conduta criminosa.

A respeito dos empecilhos fáticos para se implementar a prevenção especial positiva, sublinhe-se o escólio de Luiz Flávio Gomes:

> A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuizadora (isolamento), visto que, com freqüência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso).[191]

Pertinentes as achegas de Marcos Francisco Pereira:

> No atual sistema penitenciário, o Estado, ao executar a pena, só se faz presente para desempenhar uma função meramente simbólica, dando à sociedade a impressão de que, como parte de seu papel de controle social, puniu o infrator. Embora o encarceramento tranqüilize boa parte da sociedade, aumentando seu sentimento de segurança e pacificando-a quanto ao seu senso de justiça, do ponto de vista do combate à criminalidade é totalmente ineficaz. O Estado faz que cumpre seu papel de garantidor da segurança pública e a sociedade finge estar mais segura. Nesse ambiente de *faz-de-conta* vão sendo aprimorados os mecanismos geradores de aumento da criminalidade e da prática de crimes cada vez mais violentos.[192] (grifos do autor)

Acentua Roxin:

> Não se pode castigar – por falta de *necessidade* – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente[193] garantam uma protecção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponha de meios mais suaves, há que renunciar – por falta de *idoneidade* – à pena quando ela seja politica e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.[194]

Em que pese à lucidez e à propriedade do supracitado magistério do Mestre de Munique, sobremaneira pertinente ao exame da necessidade concreta da pena,

---

[191] Gomes, Luiz Flávio. *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23 out. 2006.

[192] Pereira, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, nº 11, nov. 2006, p. 189.

[193] Manteve-se a ortografia original, própria do português europeu, utilizada durante a tradução, oriunda da língua alemã, da obra acima transcrita.

[194] Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 57-58.

convém, no bojo na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito ora analisada, sopesar os eventuais efeitos nocivos ao interesse público provenientes, quer da aplicação, quer da não aplicação da pena ao caso concreto (cotejo cuja complexidade se acerba quando se trata de pena privativa de liberdade), porquanto "o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais –"[195], alerta Ingo Wolfgang Sarlet, "na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio"[196]. Pode ocorrer de a pena não possuir efeito educativo, sequer intimidativo, sobre o apenado, mas se revelar imprescindível a título de medida estatal que resguarde direitos, bens e valores elementares à sociedade democrática e, ao menos, assegure, durante determinado interregno, o isolamento do delinqüente do convívio social – seria o caso, por exemplo, de homicidas e estupradores contumazes que se mostram indiferentes aos efeitos dissuasórios e socializadores da prevenção especial.

Considerações Finais

1. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Público, o princípio tridimensional da proporcionalidade assim se compõe:

1.1 *Dimensão da adequação*. Cogita-se o ato estatal, em dada situação, apto ao alcance ou fomento de determinada finalidade legal de interesse público;
1.2 *Dimensão da necessidade*. Dentre os atos estatais adequados, escolhe-se o menos ofensivo aos bens, interesses e direitos sacrificados em certa circunstância;
1.3 *Dimensão da proporcionalidade em sentido estrito*. Avalia-se se, em dado contexto, os benefícios aos bens, interesses e direitos lícitos priorizados superam os efeitos nocivos sobre os bens, interesses e direitos lícitos preteridos.

2. Ao orientar o julgador acerca da necessidade concreta da pena, as dimensões da proporcionalidade adquirem tonalidades peculiares à ambiência da dogmática penal, matizando a apreciação da *culpabilidade* (*critério da adequação*) com o posterior exame da *indispensabilidade preventiva* da pena (*critério da necessidade*) e, em seguida, com a análise da *relação custo-benefício*, por meio do contraste entre os

---

[195] Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 47, mar.-abr. 2004, p. 122.

[196] Ibid., loc. cit.

efeitos positivos e negativos da imposição da pena (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*).

3. Em sede do estudo da necessidade concreta da pena, a dimensão da adequação expressa o juízo de reprovação penal na ótica da culpabilidade finalista, presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de essa pessoa (um imputável), por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica. Ventríloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque deste critério da adequação reside na *exigibilidade de conduta diversa* e, por conseguinte, do *poder-agir-de-outro-modo*, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana, conjugados com a análise do caso concreto, averiguando-se se havia condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar-se a presença de condições cognoscíveis mínimas para que o autor, à época, tivesse (e antes houvesse buscado obter) a consciência da ilicitude do fato, tendo-se por parâmetro a análise conjunta das peculiaridades do sujeito ativo do injusto, da situação com a qual deparou e das balizas da experiência social.

4. No âmbito do exame da necessidade concreta da pena, a *dimensão da necessidade* perscruta a *indispensabilidade preventiva da sanção penal*. Emoldurado pela *medida da culpabilidade*, o campo de incidência da *prevenção geral positiva limitadora* se delineia tendo como máximo o *teto inexcedível* da culpabilidade e como mínimo o *estritamente essencial* ao resguardo de valores, bens e direitos fundamentais (não apenas de estatura constitucional, como também de extrema relevância jurídico-penal) violados. Dentro de tais limites, ou seja, circunscrita às balizas da prevenção geral positiva limitadora, atua a *prevenção especial*, que definirá, por último, a *medida da pena*, devendo conferir preponderância à *prevenção especial positiva* (voltada à *harmônica integração social* do delinqüente), salvo quando a ausência de perspectivas fundadas do *potencial ressocializador* da pena permitir apenas se ponderar quanto à *indispensabilidade* quer da *intimidação do apenado*, quer, em caso de pena de privativa de liberdade, de sua *temporária retirada do convívio social*. Reconhece-se que, dentre os plausíveis efeitos da aplicação da pena ao caso concreto, pode, de fato, haver efeito intimidativo geral, ainda que parcial.

5. Na análise acerca da necessidade concreta da pena, a dimensão da proporcionalidade *stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação da pena trará ou não à sociedade benefícios superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal, máxime em se tratando de pena privativa de liberdade, considerando, neste caso, os eventuais custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão. Ao sopesar os aspectos

favoráveis e desfavoráveis da execução da sanção penal, o julgador deve conferir primazia (peso maior) à necessidade (ressaltada amiúde pela jurisprudência penal portuguesa e pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias) de tutela dos bens jurídicos violados e de se estabilizarem, de forma contrafática, as expectativas da sociedade na vigência das normas jurídicas ofendidas, de modo que, respeitada a barreira intransponível da culpabilidade, a punição penal contenha (sirva de última barreira de contenção de) o ímpeto extra-estatal (da sociedade, da vítima e dos afetos de sua alma) de praticar a vingança, de arrogar para si a incumbência de "fazer justiça" à sua maneira[197]. Não se deve ignorar, no caso concreto, a freqüente necessidade, por vezes premente, de defender a ordem jurídica afrontada, máxime na atual sociedade brasileira, onde existe clamor popular acentuado pela atuação diligente do dever-poder punitivo do Estado, em meio à crença generalizada (por vezes, catalisada pela desinformação jurídica e sensacionalismo da mídia) de que predomina no País a impunidade – percepção coletiva (incentivada pelos "formadores de opinião") a fomentar e legitimar socialmente os procedimentos ilícitos de repressão à criminalidade (a exemplo de milícias, de "esquadrões da morte", de "matadores de aluguel" e do porte de armas por empresários e profissionais liberais), os quais acabam por galvanizar o fator criminógeno do caldo cultural das metrópoles brasileiras, um movimento de retroalimentação da violência. Em todo caso – cabe enfatizar–, denota-se inultrapassável a muralha da culpabilidade.

---

[197] Sebastião, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica* UNIJUS, Uberaba, v. 8, nº 8, mai. 2005, p. 18.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARRUDA, Élcio. O princípio da proporcionalidade no processo penal: punibilidade extinta com base em certidão de óbito falsa. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 9, p. 125-128, nov. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

— 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: 2003.

— *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

— BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

— *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 51, p. 207-235, nov.-dez. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2.

— *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

— *Temas básicos da doutrina penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

DICEY, Venn Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: 1895. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm>. Acesso em: 24 set. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 352, p. 151-165, out.-dez. 2000.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral: introdução. 3. ed. São Paulo: RT/LFG, 2006, v. 1, p. 107.

— *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23 out. 2006.

— *Princípio da ofensividade no direito penal*: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2001. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6)

— Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, nº 107, p. 10-12, out. 2001.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: RT, 2007, v. 2.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 32, p. 120-163, out.-dez. 2000.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

— *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, p. 18, out. 2006.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 49-58, ene.-abr. 1986.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa*: causa supralegal excludente de culpabilidade. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, nº 11, p. 189-202, nov. 2006.

PIMENTAL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.

PINHEIRO, Aline. Veredicto sem fim: marinheiro espera 30 anos para ir a Júri popular. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/47816,1>. Acesso em: 3 out. 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1.

PREECE, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica:* Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2001.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, p. 46-72, jan.-fev. 2004.

— *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

— *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SÁ, Afrânio. *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.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, p. 11-40, mai. 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. Erro sobre a ilicitude do fato. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1. p. 345-354.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 2.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade*: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas: Minelli, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos:* o mito da repressão penal. São Paulo: RT, 1996.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral (aspectos fundamentais). Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, p. 167-191, jan.-mar. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1.

— PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

José Daniel Cesano (Argentina)*

Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en busca de los límites del legislador y de la administración

1. Los derechos fundamentales y las garantías de legalidad ejecutiva y tutela judicial efectiva

Uno de los pilares del Estado constitucional y democrático de derecho consiste en reconocer a cada individuo un ámbito de libertad que le es inherente, y que está protegido contra las intervenciones provenientes del Estado y de las demás personas.

De acuerdo con ello, si entendemos que la libertad es —en una aproximación general y sin ánimo de adentrarnos en la riqueza del debate filosófico desarrollado en derredor de este concepto—[1] la aptitud de la persona para obrar sin coacciones, resulta plausible afirmar que ella puede manifestarse de diversas formas. En este

---

* Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro del Comité Científico de L'altro Diritto, Centro di Documentazione su Carcere, Devianza e Marginalitá, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto, Universitá degli Studi di Firenze. ‹cesano@ciudad.com.ar›

[1] Para una síntesis de algunas cuestiones vinculadas con el concepto de libertad, cf. Carlos Bernal Pulido: *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 248 ss.

sentido, es razonable decir que, según el ámbito de autodeterminación que proteja la inmunidad de coacción, la libertad puede adquirir expresiones físicas o sociales.[2]

En el orden físico, la libertad de la persona es su capacidad de autodeterminarse en el tiempo y en el espacio sin restricciones que no provengan de justa causa. Desde esta perspectiva, ser libre equivale a no hallarse sometido a ninguna forma de impedimento para disfrutar de autonomía con el fin de moverse y de pleno arbitrio para escoger las opciones materiales de cotidianidad. La libertad física garantiza a toda persona el derecho a buscar el lugar donde permanecer y a escoger los sitios donde no quiere hallarse. En esta esfera se desenvuelven la libertad personal, la libertad de circulación y la libertad de residencia.

En su proyección social, la libertad es la potencia de la persona para decidir su particular proyecto de vida y para adoptar, entre las más amplias opciones legítimas, los comportamientos y actos que estime conformes a ese proyecto e idóneos para lograrlo. Asociados a este plano de la autodeterminación se encuentran, entre otros, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a las libertades de conciencia y religión, el derecho a la libertad de información, opinión, expresión, etcétera.

Quienes se encuentran cumpliendo una pena de prisión están sometidos a un régimen que restringe de manera rigurosa la libertad *en su proyección física*. Más específicamente: lo que ven afectado es —en palabras de Posada Segura— la *libertad de abandono del centro penitenciario donde se está cumpliendo la condena*.[3]

El problema más grave, sin embargo, se vincula con la posible afectación de las demás proyecciones sociales de la libertad. Recuérdese que hemos mencionado, entre los derechos que pueden ejercitarse en ese ámbito (proyección social de la libertad), el derecho a un desarrollo personal. Este derecho ha sido caracterizado en la doctrina italiana reciente por Ruotolo, como un valor que "permite interpretar correctamente el catálogo constitucional positivo individualizando, en la parte relativa a las libertades, su tendencial omnicomprensividad".[4] Ello así, por cuanto "el concepto de libertad previsto en la Constitución se presenta en los términos de

---

[2] Seguimos aquí la caracterización que efectúa Carlos Augusto Lozano Bedoya: *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, Bogotá: Defensoría del Pueblo y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006, pp. 77-78.

[3] Cf. Juan David Posada S.: "La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal", en *Nuevo foro penal*, n.º 64, tercera época, año 1, enero-abril 2003, Universidad EAFIT, Medellín, p. 124. La doctrina, sin realizar mayores distingos, suele afirmar que el encierro carcelario restringe la libertad de locomoción. En rigor, esta proyección de la libertad física, entendida como la libertad de moverse o caminar dentro de un área determinada, no debería verse afectada por la prisión. Quizá la modalidad más próxima de cercenamiento estaría dada por los casos de imposición de la sanción disciplinaria de permanencia en alojamiento individual. Empero, ni aun así sería legítima su cancelación *absoluta*, por cuanto la ejecución de dicha sanción, a partir de la vigencia de la ley 24660, debe hacerse en celdas "cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención".

[4] Cf. Marco Ruotolo: *Derechos de los detenidos y Constitución*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, pp. 99-100.

una libertad positiva, entendida como autodeterminación del individuo en todas las direcciones posibles (civiles, ético-sociales, económico-políticas, etcétera)".[5] De allí que a su amparo se desarrollen dimensiones tan variadas como la de la libertad de crear una familia, la opción de ejercer la maternidad, el derecho a la sexualidad, etcétera.

En el ámbito penitenciario, frente a la posible afectación de estas expresiones sociales de la libertad, se hace indispensable construir mecanismos de protección que eviten desbordes ilegítimos. Y es aquí donde cobran relevancia dos garantías esenciales: la de legalidad ejecutiva y la tutela judicial efectiva.[6]

En efecto, el estado de encarcelamiento "no significa que los derechos de la persona puedan ser totalmente descuidados, sino que […] las respectivas manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas"[7] en caso de que no resulten contrarias a la esencia de la pena que se ejecuta. Como lo sostiene, en la literatura jurídica portuguesa, Pinto de Miranda Rodríguez:

> […] el recluso mantiene, durante la ejecución de la pena, la titularidad de los derechos fundamentales; […] la restricción de […] [esos] derechos, libertades y garantías […] tiene que operarse por vía legal […] y […] la ley solo puede restringir esos derechos cuando la limitación sea "inherente al sentido de la condena" o "impuesta en nombre del orden y seguridad del establecimiento"[…].[8]

Por su parte, la vigencia de la garantía de legalidad requiere del fortalecimiento de la tutela judicial. Como tempranamente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español:

> Es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados al constituir un medio efectivo del control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.[9]

---

[5] Cf. Ruotolo: o. cit., p. 100.

[6] Cf. José Daniel Cesano: "Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un 'trato humano' en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, Nueva serie, año XXXVII, n.º 111, septiembre-diciembre 2004, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 777-799.

[7] Cf. Ruotolo: o. cit., pp. 101-102.

[8] Cf. Pinto de Miranda Rodrigues: "Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión", en Ignacio Muñagorri Laguía, Anabela María Pinto de Miranda Rodrigues e Iñaki Rivera Beiras: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 56.

[9] Cf. STC de 30 de junio de 1983. El criterio ha sido reiterado con posterioridad, por ejemplo, a través de la sentencia de fecha 21 de enero de 1987. Para estos criterios jurisprudenciales, cf. Julio Fernández García: "Hacia la nueva reforma del Derecho penitenciario", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Nieves Sanz Mulas: *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Granada: Comares, 2005, p. 198 y nota 76.

2. En busca de criterios para limitar la actividad legal y reglamentaria

2.1. Introducción

Ahora bien, el principio de legalidad, en tanto exige que la limitación de un derecho fundamental emane de una norma del congreso, sin duda representa un avance. Empero, este criterio de validez *formal* no es, todavía, suficiente. Y no lo es por cuanto, como ha sostenido Ferrajoli:

> El sistema […] sobre la producción de normas […] no se compone solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.[10]

Esta distinción es relevante por cuanto la ley —y no pocas veces la actividad reglamentaria que a partir de ella se construye— limita derechos de los internos apelando a expresiones cargadas de vaguedad.

---

[10] Cf. Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 1999, pp. 20-21. En forma reciente, Alfonso Ruiz Miguel ha expresado que los términos *validez formal* y *validez material* se corresponden con la díada *vigencia* y *validez*, respectivamente. Según este autor, el concepto de *vigencia* se puede identificar con la noción de pertenencia y el de *validez* con la de conformidad con las normas jerárquicamente superiores. En su análisis, Ruiz Miguel llega a la conclusión de que la distinción formulada por Ferrajoli —y que nosotros hemos utilizado en el texto— no resulta "tan innovadora" como podría parecer a simple vista. Lo explica de esta manera: "¿Qué ocurre con la idea de obligatoriedad o aplicabilidad en la concepción de Ferrajoli? Como se verá, depende de la pertenencia y no de la conformidad, de manera que una norma es jurídicamente obligatoria mientras pertenece al sistema y, por tanto, no deja de ser obligatoria mientras no cese su pertenencia, sea por anulación por falta de conformidad o sea por simple derogación, en uno y otro caso por parte de un órgano competente en el sistema" (cf. "Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar [eds.]: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta, 2005, pp. 213-217). Por su parte, el propio Ferrajoli respondió a estas críticas afirmando: "Es, […] [al] contrario, la tesis kelseniana de la identidad entre vigencia y validez la que carece de capacidad explicativa en las actuales democracias constitucionales, en las que la prescripción normativa y la actividad concreta de las jurisdicciones constitucionales muestran cotidianamente la existencia de normas legislativas vigentes pero inválidas. En definitiva, la distinción entre el concepto de 'vigencia', vinculado exclusivamente a las formas del acto normativo, y el de 'validez', vinculado además a sus contenidos o significados prescriptivos, aumenta la complejidad conceptual de la teoría de acuerdo con la mayor complejidad estructural de los estados constitucionales de derecho, de tal forma que la primera logra explicar el fenómeno de la invalidez de las leyes vigentes a partir de su incoherencia con las normas constitucionales, sin que ello disminuya en absoluto su capacidad explicativa en relación con lo que sucede en los estados legislativos de derecho, en los que validez y vigencia de las leyes coinciden a causa de la ausencia de normas de grado superior a las leyes. De aquí surge una teoría dotada de un mayor grado de intención, pero no de menos extensión, a la que servía para dar cuenta únicamente de los estados legislativos de derecho" (cf. Luigi Ferrajoli: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid: Trotta, 2006, p. 60).

En efecto, ¿cuándo una restricción resulta "inherente al sentido de la condena"?; ¿cuándo puede considerarse "impuesta en nombre del orden y seguridad del establecimiento"?

Estas preguntas no son en absoluto ingenuas, desde que su formulación se corporiza en conceptos que se caracterizan por su notoria *indeterminación.* Máxime teniendo en cuenta que, en no pocos casos, sectores corporativos (representados por los funcionarios penitenciarios) actúan como grupos de presión expertos que —al decir de Díez Ripollés— pueden "realizar importantes manipulaciones de los hechos a analizar y […] de las propuestas a formular, que pueden determinar notablemente el ulterior devenir legislativo"[11] y —agregamos nosotros— reglamentario.

Esta última apreciación es muy relevante desde que, en el ámbito penitenciario —y a pesar de las críticas tanto doctrinarias como de los innegables avances que se vienen plasmando en los desarrollos de los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos—,[12] tiene todavía un fuerte arraigo la teoría administrativista de las relaciones especiales de sujeción. ¿Y cómo no ha de tener predicamento en la praxis penitenciaria esta doctrina —elaborada en Alemania a partir de las obras de Laband y Mayer—[13] si, como lo refiere Reviriego Picón recordando las enseñanzas de Martínez Escamilla, a través de su actuación "le aflojamos el corsé […] [al] principio de legalidad, de la reserva de ley y del respeto a las garantías de los derechos de los administrados?".[14]

Por eso resulta tan importante buscar criterios que permitan limitar la actividad legislativa y reglamentaria en la medida en que, bajo la vaguedad y la imprecisión que subyacen a la invocación de razones de orden y seguridad, o de que determinada restricción resulta inherente al sentido de la condena, puedan afectarse derechos fundamentales de los internos.

2.2. El marco general de análisis

Para quienes admiten la posibilidad de limitar legalmente el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, constituye una preocupación recurrente la búsqueda de condiciones precisas que den un marco a esta actividad limitadora.

---

[11] Cf. José Luis Díez Ripollés: *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, Madrid: Trotta, 2003, p. 34.

[12] Al respecto, cf. Cesano: o. cit., pp. 783-784 (con referencias a precedentes de la Corte Constitucional alemana, italiana y el Tribunal Constitucional español) y 784-786 (analizando los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

[13] Ibídem, p. 782.

[14] Cf. Fernando Reviriego Picón: "Los derechos de los reclusos", en Santiago Sánchez González (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 453.

Con tal propósito, durante mucho tiempo, la teoría constitucional desarrolló la denominada *cláusula del contenido esencial.*[15] De hecho, diversos textos constitucionales europeos aluden expresamente a este criterio. Así lo hacen, por ejemplo (y aun cuando con ciertos matices diferenciales), la Ley Fundamental alemana de 1949 (artículo 19, incisos 1.º y 2.º) y la Constitución española de 1978 (artículo 53, apartado 1.º).

El funcionamiento de este principio se articula sobre la distinción entre un núcleo esencial del derecho, resistente a cualquier transformación y, por tanto, beneficiario de ese efecto específico de protección, y una zona exterior a él que sí está expuesta a la evolución y al cambio, por lo que en ella no es aplicable el efecto específico de protección.[16]

Sin duda, uno de los problemas más arduos que ofrece esta cláusula se vincula con el método de determinación del contenido esencial.

Los esfuerzos desarrollados en este sentido han sido muy variados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en algunos de sus fallos, explicó este concepto indeterminado graficando la situación mediante dos círculos concéntricos; con el más oculto o interno se corresponde el contenido esencial o el ámbito nuclear de protección, y con el círculo exterior, el contenido periférico o accidental del derecho. Respecto del primero (contenido esencial), se prohíbe cualquier afectación por cuanto significaría el vaciamiento de ese derecho; hipótesis que no se verificaría si la intervención legislativa se vincula con el círculo exterior.

El concepto recién ensayado nos conduce, en forma inevitable, a plantear las dos teorías desenvueltas en derredor a esta categoría: las tesis absoluta y relativa. La diferencia principal entre las teorías absolutas y relativas reside en que:

> Desde un entendimiento relativo de la garantía, no hay distinción entre esta y el principio de proporcionalidad, toda vez que el contenido esencial queda reducido peligrosamente al hacerse depender de la justificación de la limitación. Por el contrario, desde una concepción absoluta, el contenido esencial permanece a toda costa inalterable con independencia de la justificación de la limitación, pues esa parte del contenido del derecho siempre es la misma, esto es, absoluta.

Si se repasa la doctrina judicial de algunos tribunales constitucionales europeos —siguiendo sus líneas maestras y con el consiguiente riesgo que entraña toda generalización—, podría decirse que, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán como el Tribunal Constitucional español se han pronunciado a favor de la teoría absoluta. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha expresado, por ejemplo:

---

[15] Para una introducción general sobre este concepto, cf. Juan Carlos Gavara de Cara: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

[16] Está de acuerdo con esta caracterización Ana Aba Catoira: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español,* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 198.

> Ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; ni cabe una ponderación de acuerdo con el criterio de proporcionalidad.[17]

No obstante lo dicho, Prieto Sanchís ha señalado que "en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora" se orienta "más bien a la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva";[18] con lo cual, y sin hacer abandono de la cláusula de contenido esencial, actualmente parecieran imponerse ciertas concepciones que tratan de armonizar las diferencias entre las teorías absolutas y relativas. En esa dirección, Häberle se ha mostrado partidario de la conjunción de ambas técnicas, pues considera que se ha de estudiar la garantía del contenido esencial abandonando posturas extremas; es decir: poniendo en relación la denominada teoría absoluta, para lo cual lo importante es un núcleo mínimo intangible de las libertades jurídico-fundamentales, con la teoría relativa basada en la indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican la limitación de los derechos fundamentales.[19] Esta propuesta, por lo demás, aparece ya con cristalización positiva en algunos textos constitucionales, cual es el caso del artículo 18, apartados 2.º y 3.º, de la Constitución portuguesa de 1976.

En lo que hace al ordenamiento jurídico argentino, si bien no encontramos una cláusula tan explícita como la ofrecida por los sistemas extranjeros ya citados (esto es: Alemania, España y Portugal), esto no significa que aquellos desarrollos argumentativos no puedan ser aquí aplicados.

En este sentido, como lo ha demostrado Cianciardo,[20] ya antes de la reforma constitucional de 1994, el principio de proporcionalidad se lo hacía reposar en el texto de los artículos 28 y 33 de la Constitución histórica; fundamentación que, con la incorporación de los distintos instrumentos de derechos humanos que mienta el artículo 75, inciso 22, 2.ª cláusula, CN, se torna aún más visible a través del artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica.

Hasta aquí nos hemos ocupado de los límites del legislador, pero ¿qué sucede con la actividad reglamentaria de la administración?

En virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 2.º, de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo expide los "reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones

---

[17] Cf. Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (sentencia de la Corte Constitucional Federal, en adelante, BVerfGE) 34, 238 (245), citado por Aba Catoira: o. cit., p. 206 y nota n.º 248.

[18] Cf. Luis Prieto Sanchís: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima: Palestra, 2002, p. 62.

[19] Cf. P. Häberle: "El legislador de los derechos", en A. López Pina (dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, pp. 120-122.

[20] Cf. Juan Cianciardo: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, 2004, p. 38.

reglamentarias". La última precisión de la norma constitucional importa afirmar —en palabras de Fernández Salmerón— que "el reglamento, en tanto que producto normativo esencialmente subordinado, debe respetar una serie de límites como requisito inexcusable para su validez",[21] límites que, precisamente, se vinculan con el respeto a la jerarquía normativa y a la adecuación a los derechos fundamentales que surgen de la parte dogmática de nuestra Ley Fundamental y de los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.[22]

De tal manera, como principio general resultará inadmisible, desde una perspectiva constitucional, que a través de un decreto reglamentario se restrinja un derecho fundamental cuando la ley no lo ha hecho.

Igualmente, si una ley —respetando los criterios ya trazados (esto es, la conjunción entre el respeto al núcleo esencial y a la proporcionalidad)— restringe un derecho fundamental, la norma reglamentaria no podrá intensificar aún más la limitación del derecho ya afectado. En tal sentido, quizá uno de los aspectos más interesantes sea el de analizar si tales reglamentaciones se adecuan o ajustan a la ley o si, por el contrario, la facultad reglamentaria, en algunos casos, la desborda en perjuicio de los derechos del interno.

El tema planteado no es, por cierto, patrimonio exclusivo del derecho de ejecución penal. Es por ello que, antes de tratarlo desde la perspectiva estrictamente penitenciaria, se hace necesario describir mínimamente esta problemática desde la óptica más general del derecho constitucional y administrativo.

Ha sostenido Bianchi que un análisis de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación permite apreciar que el máximo Tribunal Nacional ha redactado algunas fórmulas generales a las cuales acude cuando tiene que resolver la validez constitucional de un reglamento de ejecución. La más frecuente dice así: el Poder Ejecutivo no excede en su facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución Nacional por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquella o

---

[21] Cf. Manuel Fernández Salmerón: *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona: Atelier, 2002, p. 208.

[22] Como podrá advertirse, la caracterización realizada supone aplicar también a este producto normativo (reglamento) las categorías de validez formal y sustancial (o material) que elabora Ferrajoli respecto de la ley. Coincide con la posibilidad de utilizar estos conceptos con relación a los reglamentos Riccardo Guastini. Sin embargo, este autor no condiciona su aplicación al hecho de que el sistema constitucional en el que se dicte el reglamento sea rígido o flexible: "Así, por ejemplo, también en un régimen de constitución flexible es inválido por razones sustanciales el reglamento del ejecutivo que esté en conflicto con la ley. Véase, en tal sentido, el artículo 4, párrafo primero, de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano —'Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes'— adoptado en 1942, o sea, justamente en un régimen de constitución flexible" (cf. "Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica", en Carbonell y Salazar (eds.): o. cit., p. 246).

constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajusten, en definitiva, a su espíritu.[23]

Obviamente, puede ocurrir que el decreto no utilice idénticas expresiones que la ley que reglamenta, pero no por ello habrá un exceso si ha respetado el espíritu del texto legal. Sin embargo, es posible que haya en las normas reglamentarias una auténtica incompatibilidad con los preceptos legales o que establezcan excepciones irrazonables, frustratorias de los fines perseguidos por el instituto legal. Tales casos conforman las hipótesis de exceso a las que aludimos.

Es claro que, en caso de verificarse un desborde en la reglamentación, dicho acto deviene inconstitucional. Ello así, por cuanto, de esta manera, el Poder Ejecutivo se está arrogando potestades legislativas y conculcando la división de poderes que debe ser asegurada en un Estado republicano.

2.3. Una construcción con relación al ámbito penitenciario

Enmarcada la discusión en sus límites teóricos y normativos generales, corresponde ahora focalizar el objetivo en el ámbito penitenciario.

Desde nuestra perspectiva, cualquier ley que pretenda restringir un derecho en función del orden y la seguridad del establecimiento debe quedar subordinada a los dos principios limitativos de la actividad del legislador que anunciamos más arriba y que, de acuerdo con la concepción que reputamos como más favorable para la plenitud de los derechos, funcionarán de manera complementaria*:* el de *proporcionalidad* (en el sentido de que el sacrificio que supone la restricción del derecho debe estar justificado en atención al mayor valor del interés que se pretende resguardar a través de la limitación)[24] y el de *preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos* (definido sobre la base de que, aun cuando exista un interés razonable, este no puede llegar a esterilizar en forma absoluta el derecho amparado).

---

[23] Cf. Alberto Bianchi: "El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario", *ED*, t. 108, p. 826.

[24] Sobre el principio de proporcionalidad, en particular, cf. Nicolás González-Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, pp. 29 ss. Recientemente, Martín Borowski: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 129-131) ha realizado un interesante análisis de este principio, distinguiéndolo, a su vez, en tres subprincipios: a) idoneidad (una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado); b) necesidad (una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor), y c) proporcionalidad en sentido estricto (que exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican).

Veamos un ejemplo desarrollado a partir de un sistema legislativo *hipotético*. Es evidente que, pese a la condena, el interno no puede ver afectado su derecho a comunicarse libremente en forma epistolar. Esta comunicación supone tanto el derecho a recibir como enviar correspondencia.

Supongamos que recibe una carta. Es razonable que, en estos casos, la misiva sea revisada por la autoridad administrativa a través de sensores u otros medios eficaces para detectar la posible introducción de objetos o sustancias no autorizadas, e incluso que se exija su apertura, por el destinatario, en presencia de un funcionario.[25] Es posible que esta circunstancia pueda ser entendida como una restricción a la expectativa de intimidad del interno; empero, la limitación de tal derecho pareciera ser proporcionada frente al interés que se quiere salvaguardar (piénsese, por ejemplo, en que a través de ese control pretenda evitarse la introducción de sustancias prohibidas [verbigracia, estupefacientes]).

Imaginemos ahora que en esa carta recibida, efectivamente, se intentó introducir una sustancia prohibida. A partir de la constatación de esta circunstancia, el director del establecimiento suspende el ejercicio del derecho del interno a recibir comunicaciones escritas. Supongamos que el modelo legislativo en cuestión establezca una suspensión *sine die* del derecho.[26]

No hay duda de que tal actitud sería legal, pero ¿sería constitucional desde una perspectiva de validez sustancial, de acuerdo con la terminología utilizada por Ferrajoli?

Consideramos que no, por cuanto la autorización legal terminaría neutralizando un derecho constitucionalmente amparado. En otras palabras: si existe un mecanismo específico con la finalidad de evitar el ingreso de sustancias prohibidas (revisión de la correspondencia y apertura ante el funcionario), ¿cuál sería el sentido de tolerar una suspensión a un derecho tan elemental? Pareciera que aquí el contenido esencial de un derecho constitucional quedaría vacío frente a una consecuencia poco flexible de la ley, la que, en este caso hipotético, contaría con instrumentos menos lesivos para resguardar los fines de seguridad que se persiguen.

Vayamos ahora, dentro del mismo derecho que venimos tratando (derecho a la comunicación), a analizar la cuestión de los límites en la actividad reglamentaria. Detengámonos en una manifestación particular de este derecho; concretamente, el secreto de las comunicaciones. Aquí nuestro desarrollo partirá de un caso real; esto es, no hipotético como el anterior.

---

[25] Como de hecho ocurre con el artículo 135 del decreto nacional 1136 de 1997.

[26] En el caso de la legislación Argentina (ley 24660) esto no es así por cuanto la suspensión, aunque prevista, solo puede ser con carácter transitorio (artículo 161). Empero, no se crea que la disposición en cuestión no sea susceptible de objeciones. En efecto, ¿qué se entiende por *transitorio*?; ¿quién determina la duración de esa suspensión? La legalidad ejecutiva, tal como la entendemos, exigiría una mayor precisión en esta previsión limitativa.

En el año 1979 se dictó en España la Ley Orgánica General Penitenciaria. Dicha ley no excepcionaba del régimen general el tratamiento de las comunicaciones postales entre internos de diversos establecimientos. Antes bien, las previsiones de la ley "parecían acoger bajo su tenor todo tipo de comunicaciones […] No en vano la misma rúbrica del Capítulo VIII del Título II […] no era otra que 'Comunicaciones y visitas'. Sin mayores precisiones o acotaciones".[27] La citada ley orgánica determina, como primera providencia, que los internos en los centros penitenciarios se encuentran autorizados para comunicarse periódicamente, bien de forma escrita, en su propia lengua —con el máximo respeto a la intimidad—, tanto con sus familiares o amigos como con los representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria. Ello, lógicamente, en el supuesto de que no se hubiera producido su incomunicación judicialmente. Las eventuales restricciones que mienta la ley encuentran justificación en razones de seguridad y buen orden del establecimiento. Esta potestad está atribuida al director del centro penitenciario, que habrá de hacerlo en forma motivada, por causas concretas que justifiquen la medida restrictiva y dando cuenta siempre a la autoridad judicial competente.

Dos años después de la sanción de la ley, en 1981, se dictó el real decreto 1201, conocido como Reglamento Penitenciario. Este decreto optó por singularizar las comunicaciones escritas que pudieran cursarse entre sí los internos alojados en distintos centros penitenciarios, y lo hizo en una forma sensiblemente restrictiva (en comparación con el texto de la ley), al establecer que "*[e]n todo caso*, la correspondencia entre los internos de distintos Establecimientos se cursará a través de la Dirección y será intervenida". De hecho, los juzgados de vigilancia penitenciaria advirtieron el desborde reglamentario. Y así, a título de ejemplo, por auto del 12 de agosto de 1992, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria estimó procedente la queja de un interno al que se le habían intervenido las comunicaciones con otra interna de otro centro penitenciario, con invocación al texto del decreto, "señalando que las previsiones del Reglamento vulneraban el principio de jerarquía normativa y no tutelaban de manera efectiva el secreto de las comunicaciones".[28] Igual posición adoptó el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla, en auto de fecha 13 de octubre de 1995.[29]

Como producto de esta situación, casi tres lustros después, con el nuevo Reglamento Penitenciario dictado en 1996, se enmendó esta situación: se exige resolución motivada del director que justifique la medida e inmediata comunicación al juez. De esta manera —y como lo advirtió la más calificada doctrina española— la restricción "ya no era '*en todo caso*' sino que nos encontrábamos ante una mera habilitación, a

---

[27] Cf. Fernando Reviriego Picón: "El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas 'entre' reclusos", en *Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2.ª época, n.º 26, Madrid, 2005, p. 578.

[28] Cf. ibídem, p. 580, nota n.º 11.

[29] Ibídem.

la que lógicamente habrían de dar contenido los principios antes referidos por la Ley para las limitaciones genéricas".[30]

3. Algunas tensiones entre los derechos fundamentales y la actividad legislativa y reglamentaria en el ámbito penitenciario

Precisados ciertos criterios y vinculados ya con la cuestión penitenciaria, en esta parte de la exposición intentaremos poner de relieve ciertas áreas en las que las fricciones pueden hacerse más evidentes. Para ello nos referiremos no solo la situación Argentina, sino que además nos detendremos en algunos casos de los que da cuenta la doctrina judicial comparada.

Refiere el destacado constitucionalista colombiano Carlos Bernal Pulido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad —que en nuestro sistema positivo encuentra fundamento en los artículos 20, apartado 1.º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y XXIX de la Declaración Americana, ambas integrantes, a partir de la reforma de 1994, del bloque de constitucionalidad federal—[31] representa una suerte de cláusula general residual de libertad que no se superpone con los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas con reconocimiento expreso (verbigracia: expresión, conciencia, intimidad, etcétera). Por tal razón, dentro de su ámbito —y como ya lo anticipamos— se enmarcan asuntos tan diversos como la posibilidad de contraer matrimonio, ser madre, definir la apariencia, la clase de educación que se quiera tener, el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo, etcétera.[32]

Precisamente dentro de este ámbito se han provocado algunas tensiones con la actividad legislativa y reglamentaria en cuanto se pretendió limitar los derechos de los internos. Veamos algunos ejemplos.

Un caso interesante es el que tuvo que conocer el Tribunal Constitucional español a través de la sentencia n.º 49/1996. Entre las hipótesis de hecho que se habían planteado en el amparo, se encontraba la siguiente situación: la administración penitenciaria, invocando la norma legal que dispone velar por la salud del interno (artículo 3.º, apartado 4.º, Ley Orgánica General Penitenciaria), pretendió imponerle al amparista (que padecía de una grave dolencia) un tratamiento médico forzoso. El Tribunal acogió la acción favorablemente, afirmando que el derecho a la integridad física no consiente la imposición de una asistencia médica contra la voluntad del interno —especialmente razonable a la vista de las discrepancias entre los propios especialistas sobre la operación—, y así declaró que "la decisión de permitir una

---

30 Ibídem, p. 581.

31 Sobre la incidencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos constitucionalizados sobre el derecho de ejecución penal, cf. José Daniel Cesano: *Estudios de Derecho penitenciario*, Buenos Aires: Ediar, 2003, pp. 22-25.

32 Cf. Bernal Pulido: o. cit., p. 250.

agresión de esa envergadura aunque con la finalidad curativa es personalísima y libérrima […]".[33] Debe destacarse que, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema positivo, ni aquella norma legal ni la reglamentación entonces vigente (dictada en 1981) poseían una disposición específica como la del artículo 149 de la ley 24660, por la que expresamente se requiere, además de la autorización del juez, el consentimiento expreso del interno o de su representante legal. El fallo también resulta importante por cuanto demuestra la pervivencia, en la mentalidad de los funcionarios de prisión y en la propia legislación específica, de proyecciones derivadas de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción. Ello, sobre todo, si se tiene presente que, no obstante el silencio de dichas disposiciones (que fueron interpretadas en el sentido de una habilitación para imponer el tratamiento), dentro del ordenamiento jurídico español existía ya una clara disposición contenida en la Ley General de Sanidad (artículo 9.º) que tutelaba la libertad de tratamiento de los enfermos en general, con excepción de aquellos casos en que existiera un peligro para la salud o incapacidad del paciente. Aclaramos, sin embargo, que el Reglamento Penitenciario vigente (que data de 1996), en su artículo 210, se ha ocupado expresamente del problema del consentimiento en lo que concierne al tratamiento.

Otro ámbito que resulta muy prolífico para estas fricciones está constituido por el ejercicio de la sexualidad; derecho que no ha sido abordado desde la óptica constitucional con uniformidad, ya que para algunos autores constituye una de las facetas del derecho a la intimidad y para otros conforma una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad.[34] Sea cual fuese su encuadramiento, las tensiones que pueden provocarse en este ámbito resultan paradigmáticas. Desde nuestra perspectiva, tesis que también ha sido admitida por la jurisprudencia nacional, pareciera más adecuado enmarcar el derecho como parte de aquel que garantiza el libre desarrollo de la personalidad. Pero veamos cómo puede manifestarse esta tensión. De acuerdo con el artículo 167 de la ley 24660, la persona legitimada para la visita íntima es el cónyuge o, a falta de este, la persona con quien el interno mantiene vida marital permanente. Tal disposición excluye, al menos a partir de un canon interpretativo lingüístico, la posibilidad de que el penado o la penada mantengan la visita con una persona de otro sexo cuya vinculación afectiva fuese posterior a su privación de libertad. Obviamente, tal situación resultaría frustratoria de determinados derechos fundamentales. Y sostenemos esto toda vez que, cuando el legislador estableció un régimen diferenciado, limitativo del ejercicio de este derecho, utilizó un criterio no razonable. Es que la posibilidad de recibir visitas íntimas no solo ha

---

[33] Cf. Reviriego Picón: o. cit., p. 460.

[34] Se muestran partidarios de la primera tesis Reviriego Picón (o. cit., p. 465) y Luis Fernando Fortich y Verónica Paola Gröer: "El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas", en *Más Derecho*, año 2, n.º 2, diciembre de 2001, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, p. 392. Por el contrario, considera este derecho como una faceta del libre desarrollo de la personalidad Lozano Bedoya: o. cit., p. 129.

sido consagrada como un medio para fomentar la continuidad de una relación afectiva estable que ya existía en el momento de la detención, sino que (y sin dejar de reconocer la importancia de este aspecto) la finalidad de la norma debe ir más allá de ese interés, para tutelar de manera integral otros derechos que integran el desarrollo de la personalidad, como es, por ejemplo, el derecho a la maternidad. Pensemos en el caso de una mujer condenada que en el momento de disponerse su encierro carecía de cónyuge y tampoco mantenía una unión de hecho subsumible en las exigencias de la ley. Si a esta persona se le ha impuesto una pena privativa de libertad muy extensa, es posible que vea frustrado aquel derecho.

En esta dirección resulta ilustrativo mencionar el siguiente caso resuelto por nuestros tribunales antes de la sanción de la ley 24660, pero utilizando un fundamento normativo similar al que recepta el artículo 167. En efecto, una interna condenada a la pena de reclusión perpetua solicitó a la autoridad penitenciaria autorización para acceder al régimen de visitas íntimas. La autoridad administrativa denegó dicho pedido sobre la base de que la norma reglamentaria correspondiente (a la sazón, la resolución n.º 162/93 del Ministerio de Justicia de la Nación) solo permitía esa posibilidad a los internos que fueran casados o que se encontraran, antes del ingreso a la institución penitenciaria, en una relación de concubinato; extremos estos que no se cumplimentaban en el caso por tratarse de una relación de amistad que había nacido entre la interna y un miembro de un organismo de derechos humanos que efectuaba visitas de carácter institucional. Ante la negativa, la peticionante solicitó a la Cámara Federal que, como tribunal de ejecución, revisara la medida. La Cámara hizo lugar a la autorización entendiendo que las exigencias de las normas reglamentarias, al negar el régimen a quien había logrado una relación estable posterior a la detención, implicaba un tratamiento desigual contrario al artículo 16 de la Constitución Nacional. Por otra parte, el tribunal consideró:

> […] atento a la calidad de perpetua de la sanción impuesta a la peticionante […] cerrar la puerta al beneficio planteado implicaría en el caso de "A., C." quien cuenta con 38 años de edad, cercenar de manera definitiva la posibilidad de una eventual maternidad, situación esta que tampoco corresponde ser suplida con la exigencia de una matrimonio civil, toda vez que tal requisito sería violatorio de la norma asentada en el art. 19 C. N.[35]

Y aun cuando no se tratara de una situación tan extrema como la recién analizada, estimamos que la restricción legal afectaría, igualmente, otra arista vinculada con el derecho al desarrollo personal, cual es el ejercicio de la sexualidad como manifestación de la dignidad humana.[36] No en vano la Corte Constitucional colombiana ha expresado:

---

[35] Cámara Federal de San Martín, Sala 1.ª, 15-V-1995, *A., C.*, J. A. 1995-IV, pp. 471-472.

[36] Cf. José Daniel Cesano: *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba: Alveroni, 1997, p. 169.

> La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no la anula. La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aun en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.[37]

No obstante lo dicho, la situación creada por la ley ha sido corregida a través de la actividad reglamentaria. En efecto, el artículo 56, 2.ª parte, del decreto nacional 1136/1997 contempla expresamente la siguiente situación: "Previa evaluación de la calidad del vínculo se podrá autorizar esta modalidad de visita en el caso de una relación afectiva iniciada con posterioridad a la privación de la libertad". Fortich y Gröer, correctamente, advierten que "el reglamento excede sus fines, ya que además de reglamentar los supuestos contemplados en la ley, crea un supuesto nuevo".[38] Si bien la observación es cierta, resulta evidente que, al tratarse de una cláusula que favorece la extensión de un derecho, la situación no tensiona la garantía de legalidad.[39]

También constituye un ámbito muy sensible a esta problemática el derecho a la privacidad de las comunicaciones. En este sentido, la Corte Suprema argentina tuvo oportunidad de pronunciarse, con fecha 19 de octubre de 1995, con relación a un hábeas corpus interpuesto por un interno alojado en la Unidad Penitenciaria Federal N.º 7 (Resistencia, provincia del Chaco), en el que se cuestionaban las facultades de la administración para controlar la correspondencia remitida y receptada por el accionante. Concretamente, el fallo nos informa sobre la situación de un condenado al cual las autoridades del penal donde cumplía su sanción le examinaban y censuraban el texto de las cartas que remitía al exterior de la cárcel y le rechazan las misivas que entregaba en sobre cerrado, basándose para ello en los artículos 91 y 92 del entonces vigente decreto ley 412/58 y en los artículos 3.º, 4.º y 5.º del régimen de correspondencia para los internos condenados.[40] La Corte decidió,[41] por mayoría de votos, que en el caso eran inconstitucionales las disposiciones aplicadas por la autoridad penitenciaria. Los fundamentos de la mayoría pueden ser agrupados en dos bloques:

---

[37] Cf. Corte Constitucional, sentencia T-269 de 2002; citado por Lozano Bedoya: o. cit., p. 129.

[38] Cf. Fortich y Gröer: o. cit., p. 392.

[39] En el mismo sentido, ibídem, p. 392.

[40] En lo específico, tales previsiones reglamentarias disponían: artículo 3.º: "La correspondencia epistolar y telegráfica será objeto de supervisión y censura […]"; artículo 4.º: "Si a juicio de la Dirección del establecimiento resultara inconveniente dar curso —por su contenido— a una carta, se procederá a efectuar la devolución de la misiva al remitente, informándole sobre las causas motivadoras […]", y artículo 5.º: "No se autorizará la entrada o salida de correspondencia en la que se empleen signos o palabras convencionales, se utilice lenguaje obsceno, se haga alusiones o emitan juicios con respecto al régimen interno o al personal de servicio […]" (cf. *Boletín del Servicio Penitenciario Federal*, n.º 1266-1979).

[41] CSJN, *Dessy, Gustavo G.*, 19-X-1995, *La Ley*, Suplementos de Jurisprudencia Penal, a cargo de Francisco J. D'Albora, Buenos Aires, 26 de junio de 1996, pp. 18-38.

1) Por una parte, los doctores Moliné O'Connor, López y Bossert fundaron su decisión sobre la base de:

   a) El régimen de correspondencia para los internos condenados constituye una extralimitación reglamentaria que excede las facultades otorgadas por el artículo 99, inciso 2.º, de la Constitución Nacional, desde el momento en que impone una restricción del secreto epistolar "absoluta y permanente", cuando la ley penitenciaria no establecía la censura para la carta emitida. Por otra parte, el artículo 5.º, para fundar la negativa al envío de la correspondencia del interno, aludía a circunstancias carentes de la más mínima racionalidad. Así, en lo que respecta a la referencia al "lenguaje obsceno", no se advierte cuál sería el interés legitimante del Estado para intervenir la correspondencia privada del recluso a efectos de que este guarde un lenguaje decoroso. Tampoco resulta razonable la prohibición de que las misivas "hagan alusiones o emitan juicios respecto del régimen interno o del personal del Servicio Penitenciario Federal", no solo por no guardar vinculación con los objetivos de seguridad y resocialización previstos en la ley penitenciaria, sino además por cercenar un medio idóneo —tal vez el único— con que cuentan los reclusos para hacer llegar al mundo exterior denuncias o reflexiones sobre el ámbito carcelario, y aun reclamar ayuda ante los abusos de la autoridad.[42]
   b) El propósito de la readaptación del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario, se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad como son los considerados en la causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlo del medio social al que debería reintegrarse tras el cumplimiento de la pena.[43]

2) Por su parte, los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano fundaron su postura, a través de un voto concurrente, sobre los siguientes argumentos:[44]

   a) El ingreso de un individuo en prisión no lo despoja de la protección de la ley y, en primer lugar, de la Constitución Nacional. "Los penados son, no obstante ello, 'personas' titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas

---

[42] Cf. fundamento jurídico n.º 9.

[43] Cf. fundamento jurídico n.º 10.

[44] Por cierto que, en el voto concurrente, se coincidió con los argumentos de los doctores Moliné O'Connor, López y Bossert (cf., en este sentido, los fundamentos jurídicos n.º 13 y 18). Empero, a estos argumentos, los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano añadieron otros nuevos que serán considerados en este apartado.

por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso".[45]

b) El razonamiento esgrimido por las autoridades del Servicio Penitenciario, en virtud del cual las restricciones en materia de correspondencia encuentran su base normativa en el artículo 12 del Código Penal, fue expresamente rechazado. Al respecto se afirmó:

> El argumento planteado encierra, en rigor, una tesis poco menos que alarmante. Por ella, la pena del derecho penal podría en cierta forma ir emancipándose del principio de legalidad. […] Aquella [la pena], de esta manera no se limitaría férreamente a las estrictas previsiones de las leyes punitorias y a los alcances de la sentencia que las aplica, sino que comenzaría a expandirse, por vía de influencia o implicaciones, hacia campos de límites insospechables. El presente caso, visto según la defensa mencionada, sería muestra de ello. Nada hay en el Código Penal, ni en ninguna otra norma, que imponga como pena a un condenado la privación absoluta del derecho constitucional al secreto de sus comunicaciones.[46]

c) La seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas configuran propósitos sustanciales e incuestionables del Estado, a los que debe atenderse con empeño. Sin embargo, y si bien es cierto que la afectación de dichos propósitos estatales podría plantearse a través de la correspondencia, no será a partir de simples probabilidades que la administración penitenciaria pueda cercenar, en la forma en que lo hizo, el derecho a la privación de la correspondencia del interno. Lo contrario importaría afirmar que todos los reclusos son permanentemente sospechosos de dirigir organizaciones criminales y de planear fugas y reincidencias por medio epistolar, razonamiento que conculca el principio de inocencia, cuya garantía (respecto de hechos posteriores a la sentencia) ampara también a los condenados que se encuentran cumpliendo la pena.[47]

d) Por fin, luego de criticar las expresiones utilizadas por el artículo 5.º del reglamento relativo a la correspondencia epistolar de los internos (en donde se coincide con los argumentos de los doctores Moliné O'Connor, López y Bossert), el voto concurrente focaliza su cuestionamiento contra el artículo 92 de la ley penitenciaria. La norma invocada por el Servicio Penitenciario —se afirma— peca, desde el punto de vista constitucional, de una vaguedad inaceptable, incompatible con la terminante manda constitucional que garantiza la inviolabilidad de los papeles privados (una "ley determinará en qué casos y con qué justificativos" podrá procederse a

---

45 Cf. fundamento jurídico n.º 9.
46 Cf. fundamento jurídico n.º 10.
47 Cf. fundamento jurídico n.º 15.

tomar conocimiento de la correspondencia epistolar, expresa el artículo 18 de la Constitución Nacional).

> Es evidente que disponer, como lo hace el art. 92 del decreto ley 412/58, que "la correspondencia […] se ajustará a las condiciones de […] supervisión y censura que determinen los reglamentos" traduce un mandato de una latitud tan extrema que no confiere, al encargado de la reglamentación, estándar objetivos ni precisos.
>
> De allí que se propicie, también, la declaración de inconstitucionalidad de este precepto.[48]

Asimismo, también resulta una garantía respecto de la cual siempre se cierne una tentación reduccionista la vinculada con la tutela judicial efectiva. Todos conocemos que la administración penitenciaria posee potestades de carácter disciplinario.[49] Sin embargo, la misma ley de ejecución establece que la imposición de una sanción resulta jurisdiccionalmente controlable. Ello deriva del artículo 96 de la ley 24660. No obstante, la última parte de dicha disposición prevé un mecanismo de confirmación ficto al disponer que, si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme.

¿Qué opinión nos merece este precepto? Obviamente negativa. Es que una norma como la transcrita tensiona, abiertamente, garantías constitucionales elementales al configurar una suerte de denegación de justicia. Recuérdese, en este sentido, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 25). Al respecto, la Convención regional no solo confiere el "derecho a un recurso sencillo y rápido […] ante los jueces o tribunales competentes", sino que, además, exige a los estados parte "garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal […] decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso" (artículo 25, apartado 2, letra *a*). La garantía en cuestión no hace otra cosa que no sea exigir a las partes signatarias la previsión de un recurso efectivo. Se trata de una auténtica obligación de resultado por cuanto, como apunta Hitters:

> […] no es suficiente con que exista en el derecho interno la posibilidad abstracta de ejercer un carril de este tipo, sino que es necesario que el mismo [el recurso] produzca los efectos deseados, esto es, que sea efectivo para proteger el bien jurídico tutelado.[50]

En otras palabras: el efectivo acceso a la justicia que ampara el pacto regional no se satisface por la simple previsión de una vía recursiva:

---

48 Cf. fundamento jurídico n.º 18.

49 Sobre estas potestades, cf. José Daniel Cesano: *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*, Córdoba: Alveroni, 2002.

50 Cf. Juan Carlos Hitters: *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1993, t. II, pp. 162 y 163.

> […] no basta con legislar el andamiaje adjetivo —que en nuestro caso sería el del artículo 96—, sino que resulta imprescindible que los tribunales produzcan soluciones concretas y fallos justos ante las reclamaciones de los interesados.[51]

Y esta exigencia jamás podrá ser satisfecha con una previsión como esta (la del artículo 96) en la cual el silencio del juez (esto es, la omisión de resolver) es presumido por el legislador como una respuesta confirmatoria del ejercicio de la potestad disciplinaria penitenciaria.

Sobre tal base, no pueden quedar dudas de que la disposición final del artículo 96 de la ley 24660 resulta inconstitucional.[52] Es evidente que dicha previsión se traduce en una inadmisible limitación al derecho que tiene todo interno a una tutela judicial efectiva.

Sin duda podríamos continuar con ejemplos de esta naturaleza. Sin embargo, la muestra nos parece demasiado elocuente y nos autoriza a formular algunas reflexiones finales.

4. Conclusiones

En 1974, un destacado criminólogo, Norval Morris, escribió en las páginas iniciales de su libro *El futuro de las prisiones:*

> La cárcel debería ser, si el mundo no estuviera lleno de paradojas, el verdadero paradigma del reinado de la ley. Hasta hace pocos años era, por el contrario, un territorio reservado a la discrecionalidad incontrolada, un coto de poder personal inmune al proceso legal. Como lo expresó un tribunal, el preso "es, por el momento, esclavo del Estado".[53]

Y esta descripción —que en algunos aspectos tiene cierta vigencia, aun cuando, en estos últimos años, pueda considerarse como un tanto excesiva— resultaba (y resulta, en lo que queda de remanente) un producto de diversos factores. Uno de ellos es la ya mentada teoría de las relaciones especiales de sujeción. Pero, además, la situación se agrava a partir de cierta falta de sensibilidad en lo que atañe a las atribuciones legislativas y reglamentarias que, como acabamos de ejemplificar, en no pocos casos afectan derechos fundamentales de los internos que no deberían verse restringidos o limitados, al no resultar tales limitaciones consustanciales con el contenido de la pena que se está ejecutando.

Obviamente, el hecho de advertir esta situación y ponernos en resguardo frente a sus consecuencias tiene una razón muy comprensible: que la augusta garantía establecida por el viejo artículo 18 de la Constitución Nacional no se convierta —al decir del maestro Ricardo Núñez— en "palabras de buena crianza". Para que

---

51 Cf. Ibídem, p. 163.

52 Cf. Beltrán Gambier y Alejandro Rossi: *Derecho administrativo penitenciario*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 65.

53 Cf. Norval Morris: *El futuro de las prisiones*, México: Siglo XXI, 5.ª ed., 1998, p. 44.

nuestras cárceles no enfermen ni ensucien a los internos alojados en ellas, existen algunos elementos que nos parece necesario enfatizar:

- La restricción de cualquier otro derecho fundamental del interno que no sea el que estrictamente se corresponde con la esencia de la pena de prisión solo puede realizarse por ley.
- La garantía, sin embargo, exige mucho más que respetar un mecanismo constitucional vinculado con el órgano estatal del que debe emanar ese producto normativo. Junto con la validez formal, subrayamos el gran valor del concepto de validez material que predica Ferrajoli.
- Precisamente, para ser respetuosos de esta última exigencia y frente a la amenaza latente que significan las vagas alegaciones de razones de seguridad y orden del establecimiento, nos parece importante apelar a ciertas técnicas desarrolladas en la argumentación de la teoría constitucional; en particular: la cláusula del contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad. En este contexto, para que una restricción sea válida desde una perspectiva material, no puede afectar el núcleo estricto del derecho fundamental de tal suerte que lo vacíe de contenido. Pero, además, aun cuando la limitación se refiera a la periferia de ese derecho, es necesario que sea idónea, estrictamente necesaria y proporcionada, en el sentido de que debe responder a una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican. Como podrá advertirse, estas exigencias respecto de los límites del legislador no se enrolan en teorías absolutas, sino que tratan de aproximar aquellos posicionamientos con las tesis relativas.
- La actividad reglamentaria que puede proyectarse en relación con la legislación también tiene que estar presidida por el principio de legalidad. Nada más que, desde esta perspectiva, la legalidad supone que la ley, válida tanto desde una perspectiva formal como sustancial —siempre utilizando la expresión de Ferrajoli—, debe prevalecer respecto de todos los actos del Estado, es decir, debe ser jerárquicamente superior al resto de las disposiciones administrativas, las cuales deben ajustarse a aquella.
- Por fin, la efectividad de estos conceptos está íntimamente relacionada con el ejercicio de una función jurisdiccional muy atenta. La legalidad, en los diversos aspectos en que la hemos concebido (reserva de ley, validez sustancial y prioridad de la norma legal sobre el resto de las disposiciones administrativas), resulta irremediablemente inviable si no se garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva.

Y volvemos al año con que iniciamos estas conclusiones. En 1974, el juez de la Corte Federal de Estados Unidos Byron White proclamó, al fallar el precedente

Wolf vs. Mc Donnell, la necesidad de que no exista "una cortina de hierro" entre "la Constitución y las cárceles de esta nación".[54] Sirvan, pues, estas reflexiones como un modesto aporte para que, de una vez para siempre, levantemos esa cortina.

[54] 418 U. S. 539 [1974], citado por Edgardo Rotman: "El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en los Estados Unidos)", en *Lecciones y Ensayos*, n.º 66, Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, 1996, p. 152.

Túlio Vianna[1] **/ Geovana Mattos**[2]

A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena

1. Introdução

Dentre as muitas circunstâncias eleitas pelo legislador penal brasileiro como critérios para a fixação da pena pelo juiz, duas delas se destacam no art.59 do Código Penal Brasileiro como um nítido resquício do direito penal de autor[3]: a conduta social e a personalidade do agente.

A majoração da pena em virtude da conduta social do agente pressupõe a análise de condutas não tipificadas pelo legislador e qualquer aumento de pena em virtude desta circunstância equivale à imposição de pena sem prévia cominação legal, em nítida ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Não bastasse, a análise destas condutas incidentalmente durante a fixação da pena, sem garantia ao réu dos direitos ao contraditório e ao devido processo legal, equivale ainda a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos – é bom que se repita – atípicos.

---

[1] Professor de Direito Penal da PUC Minas. Doutor em Direito pela UFPR e Mestre em Direito pela UFMG. Editor do site www.tuliovianna.org.

[2] Professora de Direito Penal da PUC Minas. Mestranda em Direito pela UFMG e Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas.

[3] Resquício este reiterado pela nova lei de drogas, Lei 11.343/2006, que em seu art.42 estabelece: "O juiz na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art.59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Por sua vez, a majoração da pena em virtude da análise da personalidade do agente, pressupõe a valoração, não de condutas humanas, mas essencialmente de uma suposta periculosidade social que o réu representa pelo simples fato de ser quem ele é.

Um simples exemplo ajudará a ilustrar o fato:

> [...]dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um banco em concurso de agentes. Ambos realizam as mesmas condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga.
>
> Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes, tendo inclusive adotado cinco crianças de rua. O outro acusado, porém, tem personalidade e conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários de que trafique drogas.
>
> Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a pena do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenado ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas.[4]

A análise da conduta social e da personalidade do agente na fixação de pena não se coaduna com diversos princípios constitucionais, e o estudo individualizado de cada um deles ajudará a perceber as contradições e omissões da doutrina brasileira no estudo da aplicação da pena.

2. Princípios reitores da fixação da pena

Laicidade e amoralidade

A Constituição da República Federativa do Brasil institui a laicidade e a amoralidade do Estado ao estabelecer expressamente em seu art.5º, VI, que: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias".

Ao garantir a "liberdade de consciência", a Constituição consagra a amoralidade do Estado, separando as normas jurídicas das normas morais e ao garantir a "liberdade de crença", consagra a laicidade, separando as normas jurídicas das normas religiosas.[5]

---

[4] VIANNA, Túlio Lima. Pena – Fixação: Roteiro Didático. p.56.

[5] A este respeito, comenta José Afonso da Silva: "Quanto à relação Estado-Igreja, três sistemas são observados: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações. [...] Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados islâmicos. Na hipótese de união, verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil Império. [...] A República principiou estabelecendo a liberdade religiosa com a separação da Igreja e do Estado. Isso se deu antes

A vedação constitucional ao tratamento desigual em função de preconceito religioso e moral também está prevista no art. 3º, IV, da Constituição, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Garante ainda a Constituição da República, em seu art. 5º, VIII, que: "ningúem será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei".

Destarte, está absolutamente claro na Constituição da República que ninguém poderá ser discriminado, privado de direitos e muito menos apenado em virtude de seus valores morais (consciência) e/ou religiosos (crença).

Não obstante todas estas cautelas do legislador constituinte, são inúmeros os interrogatórios judiciais nos quais se indaga ao réu sobre sua religião, abrindo um flanco para que o juiz possa, na fixação da pena, majorar-lhe a pena, caso este rejeite a crença em um deus ou – pior – afirme adorar o demônio, em uma nítida rejeição dos valores religiosos da maioria.

Não raras vezes também se indaga ao réu sobre o uso de bebida alcoólica, fumo ou mesmo sobre sua orientação sexual e, no caso das rés, número e freqüência de parceiros sexuais em verdadeiras afrontas ao princípio da amoralidade estatal.

Ora, se o Estado brasileiro é laico e amoral, não cabe discutir no processo sobre as crenças do réu, pois ainda que seja ateu ou satanista, tais crenças jamais poderão ser usadas contra ele. Da mesma forma, se o réu é alcoólatra e fumante inveterado ou se é gay, lésbica, bissexual ou, eventualmente, prostituta(o), são todas questões exclusivamente da esfera moral do réu que jamais poderão ser usadas para majorar-lhe a pena e sequer deveriam ser indagadas no interrogatório de um processo judicial laico e amoral.

Vale lembrar a lição de Ferrajoli:

> [...] o princípio normativo da separação (entre direito e moral) impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é.[6]

---

da constitucionalização do novo regime, com Decreto 119-A, de 7.1.1890, da lavra de Ruy Barbosa, expedido pelo Governo Provisório. A Constituição de 1891 consolidou esta separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, §2º; 72, §§3º a 7º; 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas." (Silva, José Afonso, p.247-252)

[6] Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*, p. 208.

O princípio da laicidade e da amoralidade do Estado é, pois, fundamento de um direito penal que puna exclusivamente condutas humanas que lesem, ainda que potencialmente, bens jurídicos de terceiros.

Lesividade e Direito penal de ato

A constitucionalidade do princípio da lesividade é corolário da laicidade e da amoralidade da República Federativa do Brasil.

Como ensina Ferrajoli:

> [...] o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável. Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos, nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros.[7]

Toda lesão a bem jurídico pressupõe uma conduta humana a esta relacionada por um nexo de causalidade. “Matar alguém” lesa o bem jurídico vida; “Subtrair coisa alheia móvel”, o patrimônio; “constranger mulher à conjunção carnal”, a liberdade sexual, etc.

Desta necessária relação existente entre lesão a bem jurídico e uma conduta humana que lhe deu causa, surge a necessidade de que toda criminalização esteja fundada na descrição de condutas humanas (ativas ou omissivas) proibidas, pois só assim se poderá determinar com precisão qual bem jurídico foi lesionado. Pune-se uma conduta por ter lesionado (ou exposto a perigo de lesão) um bem jurídico.

Zaffaroni e Batista alertam, no entanto, para o fato de que:

> Enquanto para alguns autores o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo-se ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena.[8]

Os adeptos do direito penal de autor concebem o mundo a partir de uma moral maniqueísta em que bem e mal são conceitos absolutos e, por conseguinte, o crime é

---

7 Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*, p.208.

8 Zaffaroni, Eugenio Raul. Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, p.131.

concebido como manifestação da maldade do agente e, portanto, deve ser valorado, não na medida de seus atos, mas de sua perversidade.

A antropologia, porém, tem demonstrado que os conceitos de "bem" e "mal" são criações culturais, bastante relativas, variando consideravelmente de cultura para cultura e de pessoa para pessoa. Mesmo um crime grave como o homicídio pode ser valorado positivamente por determinadas culturas em determinados momentos históricos:

> O código moral da tribo tugue, na Índia, considerava como uma virtude o assassinato por estrangulamento de homens não tugues (só os homens, não as mulheres). Um sioux não ganhava seu penacho de adulto antes de ter matado outro homem; um daiaque não desposava uma mulher antes de obter uma cabeça; um naga não obtinha sua tatuagem até possuir um escalpo. Na Alemanha pós-depressão, vários oficiais da SS eram promovidos por suas habilidades genocidas.[9]

Também inúmeras outras condutas consideradas crime em nosso ordenamento jurídico atual reveste-se de valores morais positivos para outros povos:

> A tortura foi praticada em nome do próprio Deus durante a Inquisição Católica e foi usada para extrair confissões ou provas por regimes políticos durante toda a história. A pederastia com meninos de 12 anos era aceitável na Grécia antiga e o casamento forçado de meninas muito novas com homens velhos foi comum em várias sociedades. O estupro de escravas, serviçais, inquilinas e esposas tem sido praticado durante milênios, com absoluta impassividade da sociedade e das autoridades.[10]

O reconhecimento da relatividade de todo e qualquer conceito moral é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que tem por pressuposto o respeito às diferenças e à pluralidade moral e religiosa, que só podem ser garantidos por um Estado amoral e laico.

Assim, é absolutamente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil a adoção de um direito penal de autor, fundado na tutela de valores morais. Todo o Direito Penal Brasileiro deve ser construído exclusivamente com base na estrita observância de um direito penal de ato, fundado na tutela de bens jurídicos.

Vê-se, pois, que a valoração da "personalidade do agente" na fixação da pena fere os princípios constitucionais da laicidade, da amoralidade e da lesividade, pois consagram um inadmissível direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico.

No que diz respeito à análise da "conduta social" do agente como circunstância judicial a ser levada em conta na fixação da pena, certo é que se trata da análise de condutas humanas, muitas das quais podem, inclusive, lesar bens jurídicos. Mas não basta que uma conduta lese um bem jurídico para que seja fundamento de imposição ou majoração de uma pena. É preciso que haja uma lei prévia e taxativa definindo

---

[9] Thomson, Oliver. *A assustadora história da maldade*. p. 22

[10] Vianna, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada*. p. 29-30

os limites da proibição e a quantidade máxima de pena a que o condenado estará sujeito.

Destarte, todo e qualquer incremento de pena em virtude de uma determinada conduta só poderá ser realizado com estrita observância do princípio da legalidade.

Legalidade

O princípio da legalidade não se limita à vedação de criminalizações sem lei prévia, mas limita toda e qualquer imposição ou majoração de pena sem anterior previsão legal. É o que está positivado no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República do Brasil: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Ainda que se trate de um princípio fundamental do Direito Penal exaustivamente estudado por todos que se dedicam à matéria, erros grosseiros continuam sendo praticados diuturnamente por magistrados que insistem em analisar situações atípicas para majorar – e, portanto, impor – pena, com base na análise de condutas sociais atípicas.

Não raras vezes o juiz aumenta a pena pelo simples fato de testemunhas terem afirmado em seus depoimentos que o réu tinha comportamento anti-social, como se houvesse um tipo penal que previsse pena para todo aquele que "deixar de ser bom pai de família", "deixar de ser bom vizinho" ou "deixar de ser bom trabalhador".

Tais tipificações hipotéticas não existem, nem poderiam existir, pois jamais teriam a taxatividade necessária exigida pelo princípio da legalidade.

Nunca é demais lembrar a lição de Batista:

> A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo-se de "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados" ou "ambíguos", equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.[11]

Vê-se, pois, que toda e qualquer conduta que o magistrado considere ser anti-social mas não se encontra tipificada por lei não pode ser usada para impor ou majorar a pena do condenado, por vedação expressa da Constituição da República.

Devido processo legal

Muita vez, no entanto, as testemunhas narram que o réu teria praticado em seu convívio social condutas típicas como "bater na esposa" (art. 129 CP), "maltratar os filhos" (art. 136 CP), "usar drogas" e, conseqüentemente, "portar drogas para consumo pessoal" (art. 28 da Lei 11.343/2006) e tantas outras que estão tipificadas pela lei penal e que poderiam ser consideradas como anti-sociais pelo juiz.

A análise destas condutas na fixação da pena, ainda que não ofenda o princípio da legalidade, em virtude de sua devida tipificação, não se sustenta diante do

---

[11] Batista, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, p. 78.

princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República: "ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Além do mais, é princípio elementar de Direito Processual Penal que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não de eventuais maledicências incorporadas incidentalmente ao processo, seja em depoimentos de testemunhas ou em declarações dos envolvidos. A imposição ou majoração da pena em virtude de tais acusações incidentais equivale a julgamento *extra petitum*.

Tourinho Filho comenta a respeito:

> Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de lesão corporal e, na instrução, apura-se que ele cometeu, também, um crime de furto, a sentença apreciará, apenas, a primeira infração. A outra poderá ser objeto de novo processo. Se apreciasse aquela segunda infração, estaria decidindo extra petitum.[12]

Não obstante, porém, ser um princípio básico do Direito Processual Penal, o devido processo legal muita vez é absolutamente obliterado na aplicação da pena, quando o réu vê sua pena aumentada em virtude de fatos pelos quais não teve a oportunidade de se defender – já que deles sequer foi acusado – em um lamentável resquício do sistema inquisitorial.

2.5. Presunção de não culpabilidade

A Constituição da República Brasileira também é expressa ao consagrar a presunção de não culpabilidade em seu art. 5º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Destarte, ainda que a conduta esteja tipificada como crime em nosso ordenamento jurídico e que haja um devido processo legal para a discussão específica daquela conduta, tal circunstância só poderá ser levada em conta na fixação da pena se – e somente se – houver uma sentença condenatória com trânsito em julgado em desfavor do réu. Entender de forma contrária é admitir a possibilidade de imposição de pena sem culpa, em uma nítida ofensa ao princípio da culpabilidade.

Assim, ainda que o réu possua 30 processos criminais em andamento contra sua pessoa, sendo que metade deles já tenha sido julgada em primeira instância, com condenação pendente de recurso, ele deverá ser presumido primário, de bons antecedentes, de boa conduta social e de boa personalidade, pelo simples fato de que a Constituição da República presume que ele será absolvido das 30 acusações.

Nem poderia ser diferente, pois ao ordenamento jurídico só há duas opções: presumir culpa ou presumir ausência de culpa. A presunção de culpa deixaria o réu sujeito ao alvedrio da acusação, que poderia acusá-lo de inúmeras condutas das quais saberia ser ele inocente, tão-somente para majorar-lhe a pena no processo em que

---

[12] Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 4, p. 247.

supõe ser ele culpado. A presunção de não culpabilidade rejeita esta supremacia da acusação sobre a defesa e consagra a segurança jurídica amparada na condenação transitada em julgado.

A presunção de culpa teria ainda uma dificuldade prática de intrincada solução: um condenado que tivesse sua pena aumentada em virtude de processo criminal em andamento contra si e que, posteriormente, fosse absolvido no processo que justificou o incremento de sua pena, poderia requerer através de Revisão Criminal a diminuição da pena em virtude de sua nova situação jurídica (art. 621, III, do CPP)? Em caso positivo, teríamos um judiciário ainda mais assoberbado com revisões criminais para discutir frações de pena em condenações criminais. Em caso negativo, teríamos réus cumprindo penas em virtude de fatos pelos quais foram absolvidos.

Está claro, pois, que acusações são somente acusações até que eventualmente se tornem sentenças condenatórias transitadas em julgado e em nenhuma hipótese poderão ser utilizadas para majorar pena em outro processo, seja como maus antecedentes ou como "conduta social" e "personalidade" desvalorados.

3. Estado da arte e sua crítica

A doutrina penal, em regra, tem negligenciado o estudo da aplicação da pena. Salvo raras exceções, a matéria tem sido relegada a poucas páginas ao final dos manuais de parte geral.

> Con fundadas razones se sostuvo que en la cuantificación de las penas las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, partiéndose frecuentemente de valoraciones generales que en muy amplia medida dependen de consideraciones morales. Una gran parte de responsabilidad incumbe a las agencias académicas en razón del magro desarrollo dogmático en esta materia, que sólo mereció la atención desde hace escasas décadas, sin que por ello existan hasta el presente demasiados resultados positivos: es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal, al par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva.[13]

No Brasil, a maioria dos autores, não obstante rejeitar veementemente o direito penal de autor nos prolegômenos de seus manuais, quando da análise da aplicação da pena admite que o juiz leve em conta a conduta social e a personalidade do agente para majorar-lhe a pena.

Hungria afirma ser adepto do direito penal de ato, por ser inadmissível que o indivíduo preste conta de sua própria personalidade, e que não há culpabilidade se a conduta praticada não corresponde a um tipo de ilícito penal:

A culpabilidade, em qualquer de suas formas, refere-se a um fato individuado, penalmente típico, não estando condicionado, para seu reconhecimento, ao caráter do agente, ao seu temperamento, à sua conduta anterior ou subsequente ao fato, ou

---

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Derecho Penal*: parte general. p. 992-993.

seja, numa palavra, à sua personalidade, à sua constante ou estável intimidade psíquica. [...] O que pode incidir sob a censura da moral jurídico-social é tão somente o que se realiza no mundo exterior ou objetivo. A repressão penal é como São Tomé: somente crê depois que vê. Só há culpabilidade, e portanto, punibilidade pelo que o indivíduo realmente fez, pelo fato penalmente típico que praticou, e não também pelo que ele possa vir a fazer ou praticar. Somente diz com o "momento" desse fato, e não com a série de momentos que hajam contribuído na formação do caráter ou modo de ser do agente. Não ultrapassa o fenômeno psíco-físico da ação antijurídica in concreto, seja, ou não, o fiel reflexo da personalidade do homem que age. Este é o conceito tradicional da culpabilidade e o único admissível dentro dentro dos princípios gerais do direito penal vigente.[14]

Entretanto, ao descrever uma das etapas para fixação de pena, prescrita no art. 42 do Código Penal de 1940, ainda vigente àquela época, parece se esquecer de todos os fundamentos por ele mesmo defendidos e afirma com veemência a necessidade da análise da personalidade do acusado.

Tôda a vida do réu – individual, familiar, militar, profissional, intelectual, social – deve ser dominada pelo juiz. Qualquer circunstância da conduta em exame será levada em conta, sem demasias nem omissões [...] A apreciação da personalidade do homem, para afeicoar-lhe a sanção, está ao alcance da experiência comum e obedece aos critérios habituais. Todos aprendem a bem distinguir os padrões de honestidade e de bondade, que nenhum homem consegue sonegar às solicitações constantes da vida, cada vez menos hipócrita e fechada [...] Para conhecer uma personalidade, não se limita o magistrado a encarar o indivíduo isolado, e, sobretudo, o considera ser vivo em sociedade [...] Decidida que foi a responsabilidade, não tem razão de ser da perícia psiquiátrica, para os fins do art. 42. Mais do que os subsídios médicos (saúde e higiene em geral), são úteis os pedagógicos (aproveitamento, conduta e necessidades de instrução e educação), administrativos e pessoais (vida profissional e funcional), militares (reação à disciplina de caserna), cívicos, morais, que todos colaboraram para integrar o conjunto na participação da vida, a síntese da atividade. É a conduta como cidadão, filho, pai, espôso, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais beneficientes, recreativos, esportivos, mundanos, etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade.[15]

Percebe-se que o pretenso direito penal de culpabilidade, defendido num primeiro momento, passa a dar toda ênfase à pessoa do acusado no momento da concretização da sua pena, passando a reprovação a ser analisada pelo modo de ser do autor do delito. O que passa a ser censurável não é mais a sua conduta, mas sua personalidade, que será avaliada pelo juiz, podendo indicar um significativo aumento em sua pena.

---

14 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1b, p. 475-476

15 Ibidem, p. 221-225.

Como aceitar que em um momento se afirme a total impossibilidade de se punir o agente pelo que ele é, devendo considerar somente o que ele fez, e, logo em seguida, alegar que toda a vida desse agente deva ser levada em conta para fixar sua pena? Ou defende-se a total inviabilidade de se considerar o ser humano pela sua condição existencial, seus comportamentos e atitudes, ou não. O que não é compreensível é a defesa do direito penal de ato simultaneamente com a aceitação da análise da personalidade e conduta social no momento da concretização da pena.

A análise dos referidos elementos torna-se ainda mais nefasta pelo modo como é realizada, pois é garantido ao juiz o poder de decidir sobre o caráter do agente, sobre sua maior ou menor probabilidade de cometer novos delitos, muitas vezes por eles traduzida como uma "inclinação para o mal" ou "voltada para o crime". Qual a preparação dada ao juiz para garantir-lhe o poder de analisar a personalidade de alguém? Hungria, ratificando esse poder dado ao juiz, afirma ser desnecessário qualquer perícia psiquiátrica para apreensão da personalidade do agente, bastando que o magistrado realize tal análise com base no *"sistema métrico moral"*[16] da sociedade, ou seja, o indivíduo terá sua personalidade considerada desfavorável se porventura o seu modo de vida não coincidir com a moral ditada pela maioria.

> De tudo isso resulta uma subjetivação ética e voluntarista do sistema, tanto penal quanto processual, já que a maldade subjetiva do réu não é perceptível, senão mediante a intuição subjetiva do juiz. [17]

Este fato é uma visível afronta, não somente ao direito penal de ato, mas também ao princípio da lesividade e à separação entre moral e direito, à medida que se incrimina condutas (pois é o que se faz quando as considera para aumentar a pena do agente) por serem desaprovadas pela coletividade, ainda que não lesem qualquer bem jurídico alheio, e que só possam ser objeto de apreciação moral. Esta técnica nada mais é do que uma eliminação dos direitos à diferença, impondo a todos o dever de orientar-se pela ordem social dominante, sob pena de terem sua sanção aumentada se porventura praticarem algum delito.

Hungria, como muitos dos doutrinadores que têm esta ambígua posição de defenderem sistemas de culpabilidade tão distintos, ora focados no fato do agente, ora no agente do fato, se alvoroça em dizer que não se estaria interferindo na exigência de culpabilidade ou punindo o agente pelo que é, mas somente analisando, para aplicação da pena, o seu caráter.

Postula-se que o direito positi vo autoriza a referência da culpabilidade à personalidade, quando, para julgamento do réu, dá relevo a esta, de par com os motivos determinantes, a vida anteacta do réu, a reincidência, a habitualidade no crime, a capacidade de delinquir. Ora, nada disso tem relação com a exigência de culpabilidade,

---

16 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal, vol. 1b,* p. 479.

17 Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão,* p. 455.

mas com o maior ou menor grau de pena a aplicar-se ao réu (o que não se confunde com a punibilidade).[18]

Ora, se para determinar o *quantum* da pena, analisa-se a conduta de vida do acusado, podendo aumentá-la porque seu comportamento não condiz com a vontade da maioria, o que estamos fazendo, senão incriminando tais condutas, utilizando-se, para tanto, da culpabilidade de autor?

Bruno, por sua vez, nota esta contradição do sistema penal brasileiro, que, de um modo geral, tipifica fatos e não autores, e a determinação do legislador ao elencar a personalidade e conduta social como critérios a serem averiguados pelo magistrado para mensuração da pena *in concreto:*

A maioria das verdadeiras circunstâncias modificadoras da pena, de que se ocupa o Código, não se refere propriamente à ação punível no seu aspecto objetivo, mas à culpabilidade do agente em razão da maneira como atuou na realização do crime ou de condições particulares de sua personalidade. À culpabilidade entendida como reprovabilidade, resultante da vontade rebelde do agente, com a sua imputabilidade, o seu dolo ou culpa, a exigibilidade de que se comportasse de maneira conforme ao Direito, em cuja apreciação devem computar-se a sua total personalidade, a sua situação, os seus antecedentes e os motivos que o tenham determinado ao crime. Em regra, dir-se-ia que essas circunstâncias transcendem mesmo da posição do Código em referência ao problema da culpabilidade, parecendo ultrapassar o conceito da culpabilidade em relação ao fato e dirigir-se num sentido que poderia alcançar a chamada culpabilidade de caráter ou pela conduta da vida, em caminho para a consideração da perigosidade do autor. Mas o estado perigoso é coisa diferente, e seria um extravio metodológico fazê-lo influir na pena, que, em nosso Código, continua a ser a punição.[19]

Entretanto, Bruno não leva adiante sua constatação, não afirmando categoricamente o equívoco da opção do legislador, mostrando-a inviável num sistema que proíbe a ação do agente e não sua condição de vida, determinando a impossibilidade de sua aplicação.

Fragoso também percebe a incoerência do legislador, asseverando que embora o ordenamento jurídico brasileiro vigente seja adepto do direito penal de ato, analisa a personalidade do agente no momento da quantificação da pena:

Porque fundamento da pena é aqui a realização da conduta delituosa, a pena deveria, em princípio, medir-se pela gravidade do fato e pela culpabilidade do agente. Na aplicação da pena, no entanto, entram em jogo critérios de política criminal, predominando, como veremos, elementos que se relacionam com a personalidade do agente.[20]

---

[18] Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal, vol. 1b,* p.480.

[19] Bruno, Anibal. *Direito Penal,* parte geral, tomo 3º, p. 109-110.

[20] Fragoso, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal,* p. 347.

Contudo, ao analisar a aplicação da pena chega a lamentar o fato de o juiz não ter mais elementos para analisar a personalidade do agente:

Os antecedentes praticamente se confundem com a conduta social, que se refere às relações do acusado com sua família e sua adaptação ao trabalho, ao estudo e a um estilo de vida honesto ou reprovável. É uma lástima que nos processos penais essas informações sejam em geral fragmentárias e inconcludentes, de modo que faltam ao juiz, via de regra, elementos que lhe permitam avaliar a personalidade do réus e seus antecedentes.[21]

Ainda que o processo tivesse as mais detalhadas e precisas informações sobre a conduta social do agente, um sistema penal que se propõe somente a impedir a prática de ações lesivas ao bem jurídico de outrem não pode intitular-se guardião da moral e dos bons costumes e julgar o caráter e os hábitos do autor do delito. O Direito Penal não tem e não pode ter a tarefa de impor uma moral.

Mesmo que o comportamento ou opiniões do agente pudessem ser averiguados e fossem considerados reprováveis, tais atributos não poderiam ser levados em conta para majorar sua pena, pois contrariam um direito penal de fato, focando o juízo de culpabilidade no autor. Não cabe ao Direito Penal modelar a moral dos cidadãos, não podendo o magistrado julgar o modo de vida do autor do delito, pois seria considerada anormal toda personalidade e conduta social que simplesmente se desviassem do padrão cultural considerado pela maioria como o correto.

À medida que garantimos a todos os cidadãos a liberdade individual, determinando que seus comportamentos só serão criminalizados quando expressamente tipificados, é inadmissível que possamos majorar a pena de um sujeito simplesmente pelo fato de que sua personalidade ou conduta social não se enquadram ao pensamento da maioria, exterminando, assim, o direito à diferença e à tão prezada segurança jurídica, almejada pelo Princípio da Legalidade.

Vale frisar que o referido princípio é uma limitação ao poder estatal, garantindo ao cidadão que ele somente será penalizado pela conduta anteriormente definida como crime. Mas se é certo que o Direito Penal apenas considera ilícito a conduta anteriormente proibida, como admitir-se que uma conduta não proibida seja considerada para majorar a pena de um cidadão pelo simples fato de que o seu comportamento é considerado anormal frente ao padrão moral da maioria?

Assis Toledo afirma que o ordenamento jurídico brasileiro faz parte de um terceiro sistema, representando, portanto, uma espécie de teoria mista, que aceitaria ambas as formas de culpabilidade, que diz ser "um moderado direito penal do fato[22]", que tipifica ações e não seus autores, mas que também não despreza totalmente o autor, aceitando a análise de sua personalidade no momento da quantificação da pena.

---

21 Ibidem, p. 407.

22 Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. p. 251.

Não é viável, porém, a adoção de uma posição dualista ou mista, na qual estariam inseridas as duas espécies de culpabilidade, de autor e de ato. A defesa dessa combinação resulta, inevitavelmente, na legitimação de um direito penal de autor com roupagem democrática e vistosa de um direito penal de ato. Sendo assim, não existe referido sistema moderado. Se este sistema admite a análise da conduta social e da personalidade como elementos capazes de aumentar a pena do réu, ele conduz, inevitavelmente, ao tão abominado direito penal de autor, ainda que se afirme ser um direito penal de ato.

> Estamos completameute ciertos de que 'culpabilidad de acto' y 'culpabilidad de autor' constituyen una opción en la que no cabe transacción alguna. La pretensión de una amalgama de ambas y la presentación de éstas como posiciones extremas, constituye un camino falso y un método encubierto para sostentar la culpabilidad de autor.[23]

Assim, sempre que o julgamento versar sobre a análise de qualquer condição existencial do sujeito, estará se referindo a um direito penal de autor.

Regis Prado também se diz um defensor do direito penal de ato ao analisar a culpabilidade:

Trata-se de uma culpabilidade pelo fato individual (Einzeltatchuld), que repousa sobre a conduta típica e ilícita do autor (Direito Penal do fato), e não uma culpabilidade pela conduta de vida (Lebensfuhrungsschuld) – de caráter ou de autor [...]. O conceito de culpabilidade penal é, portanto, de natureza jurídica (ético-existencial-jurídico) e não ético-moral ou religioso.[24]

No entanto, o aludido direito penal de fato passa a focar-se na pessoa do acusado quando Regis Prado demonstra os critérios a serem observados pelo magistrado no momento de determinar a pena, conceituando e explicando como se deve proceder para fazer a mensuração da conduta social e da personalidade:

> [...] a conduta social, que compreende o comportamento do réu em seu meio familiar e laboral. Cumpre observar que um indivíduo portador de maus antecedentes nem sempre será, necessariamente, portador de uma conduta socialmente desajustada, assim como não é regra que alguém que jamais tenha perpetrado delitos não possa ter uma vida social repleta de deslizes e infâmias.
>
> [...] a personalidade, ou seja, a índole, o caráter do indivíduo, reveladora de suas qualidades e defeitos. Aqui são verificadas, além da índole do sujeito, sua sensibilidade ético-social e a presença de possíveis desvios em seu caráter; [25]

Constata-se que a culpabilidade, que Prado inicialmente afirma ser pautada com base no fato, dilui-se e deixa de referir-se ao ato, para orientar-se diretamente ao autor. A análise do caráter do autor, que é abominada em um primeiro momento, passa a ter relevância ímpar, tendo Prado ressaltado a importância de não se deixar

---

23 Zaffaroni, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal, parte general, tomo IV,* p. 56.

24 Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, p. 421-422.

25 Prado, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, p. 243.

de averiguar possíveis desvios na mesma. O objeto do Direito Penal deixa de ser o fato, e passa a ser o autor.

Bitencourt afirma a necessidade de se respeitar o Princípio da Legalidade:

> O Princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigência de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que pelo princípío da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é: nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.[26]

Ao descrever as fases para aplicação da pena, porém, Bitencourt faz uma descrição detalhada de todos os elementos que devem ser considerados na análise da personalidade e conduta social como critérios definidores da pena *in concreto,* cuja censurabilidade recai justamente em condutas não anteriormente criminalizadas:

Personalidade – Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno, personalidade 'é um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou infuenciam o comportamento humano.' na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.[27]

Os elementos por ele elencados como passíveis de valoração da personalidade do réu pelo magistrado refletem justamente a confusão entre direito e moral, aproximando-se da pretensão kantiana de que o direito deveria castigar a "maldade interna", demonstrando que *el problema de la culpabilidad de acto y de autor está íntimamente conectado con el de su relación con la responsabilidad moral.*[28]

Bitencourt ainda demonstra minuciosamente todos os aspectos que poderão ser considerados como conduta social para quantificação da pena concreta:

Conduta social – Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. Nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu.

No entanto, não se pode ignorar que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta

---

[26] Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral,* v. 1, p. 10.
[27] Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral,* v. 1, p. 555.
[28] Zaffaroni, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal,* tomo IV, p. 52.

socialmente inadequada. Inegavelmetne esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de conduta social, pois primariedade e bons antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime.[29]

Os critérios apontados pelo citado autor passam muito além da reprovação da ação, aceitando a criminalização de comportamentos supostamente considerados pela sociedade como desajustados. Importante ressaltar que ao taxar a conduta social e personalidade do acusado como desfavoráveis, estar-se-ia concebendo a existência de idéias e valores superiores, que são aqueles adotados pela maioria, num verdadeiro atentado contra a liberdade e a identidade do cidadão.

É imprescindível que num Estado Democrático de Direito se respeite a autonomia do indivíduo, que tem direito a liberdade de expressão, opinião, pensamento etc., não tendo que seguir quaisquer regras de comportamento ditadas como corretas, desde que, obviamente, não pratique condutas consideradas ilícitas por lesarem bens jurídicos alheios.

Ademais, além de aceitar a intromissão estatal na autonomia moral de cada cidadão, Bitencourt ainda admite a relativização do Princípio da não culpabilidade, ao afirmar que meras acusações possam ser levadas em consideração para majorar sua pena, pois indicativas de sua má-índole. É importante observar que meras acusações não são capazes de ensejar a valoração sequer no critério "antecedentes", também elencado no art. 59 do Código Penal, sendo imprescindível a existência de condenações transitadas em julgado e inadmissível sua averiguação para fins de constatação da personalidade ou conduta social do agente.

Nucci também afirma a necessidade de se respeitar o Princípio da Legalidade:

> Os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição.[30]

Todavia, ao analisar a aplicação da pena, Nucci concorda com a análise da personalidade e conduta social como elementos que devem orientar o magistrado no momento da concretização da reprimenda.

> Conduta social: É o papel na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí por que a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.
>
> Personalidade: Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. Exemplos: agressividade, preguiça, frieza emocional, sensibilidade acentuada, emotividade, passionalidade, bondade, maldade.[31]

---

29 Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1, p. 556.

30 Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, p. 67.

31 Ibidem, p. 419-420.

Desta forma, Nucci afirma que a pena deveria ser aplicada tendo em vista o caráter, a índole, as idéias, opinões, pensamentos, hábitos e costumes do acusado, que poderiam ser avaliados como desfavoráveis pelo simples motivo do julgador considerar que não se enquadram naquilo que ele concebe como correto, considerando-os imorais ou reprováveis, dentro dos padrões de normalidade impostos pela maioria.

Sendo assim, embora o Princípio da Legalidade garanta que o cidadão só poderá ser penalizado pelas condutas anteriormente previstas como crime, que o Princípio da Lesividade garanta que só será criminalizada a conduta que lesar um bem jurídico de terceiro, o agente que comete um delito perderia todos os direitos que lhe foram assegurados, inclusive o de ter sua própria identidade e continuar a ser ele mesmo, permitindo ao Estado o direito de ditar o que é certo e o que é errado, mesmo que a conduta por ele praticada não seja ilícita.

E ainda que sua conduta seja tipificada penalmente, como o fato de ser um marido violento, é imprescindível que lhe seja garantido o Devido Processo Legal, que está intimamente vinculado à acusação, estabelecendo que ninguém será privado de sua liberdade sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. Assim, o réu só poderá ser condenado pelos fatos que lhe forem imputados formalmente, contra os quais terá o direito de se defender, o que não acontece quando sua pena é aumentada em virtude de a personalidade e a conduta social serem consideradas desfavoráveis com base em supostos crimes cometidos, sem a existência de uma acusação formal, banindo o direito de defesa.

Coadunando o entendimento aqui apresentado, e sendo coerente com o posicionamento firmado ao analisar a culpabilidade, que defende ser de ato, Zaffaroni afirma a impossibilidade da análise da personalidade como critério capaz de prejudicar o acusado:

A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor. A maior ou menor 'adequação' da conduta ao autor, ou 'correspondência' com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.[32]

Vê-se, pois, que Zaffaroni demonstra que não há como adotar critérios como a conduta social e personalidade do agente no momento da quantificação da sua pena, sem, com isso, contrariar a culpabilidade de autor.

Também Teles afirma categoricamente a impossibilidade de se analisar a personalidade e conduta social como elementos para fixação da pena:

---

[32] Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v. 1, p. 710.

> Dispõe o art. 59 que o juiz analisará também a conduta social do condenado em seu meio social: se ele está ou não adaptado em seu ambiente social, vale dizer, se ele é ou não bem aceito por seus concidadãos, seus semelhantes, seus iguais. [...] Essa é uma circunstância que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença [...] a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois que representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez.[33]

Da mesma forma, ao examinar a personalidade reconhece a inviabilidade de sua análise para fins de majorar a pena do acusado, tendo em vista a evidente afronta ao direito penal de ato:

> Aqui, outra circunstância que não tem relação direta com o fato praticado, a personalidade, característica interna do homem, é incluída entre as circunstâncias judiciais. Deve o juiz, a teor do art. 59, considerá-la no momento da fixação da pena base? [...] Ora, a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – Psicologia, Psiquiatria, Antropologia – e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito. Considerá-la no momento da fixação da pena é considerar o homem, enquanto ser, e não o fato por ele praticado. [...] O exame de personalidade, de outro lado, não pode ser feito a contento pelo juiz, no âmbito restrito do processo penal, sem o concurso de especialistas – psiquiatras, psicólogos etc.. O magistrado não é formado e preparado para o exame aprofundado de características psíquicas do homem, e permitir-lhe exame apenas superficial, para um desiderato tão grave – perda da liberdade-, seria de uma leviandade inaceitável num ordenamento jurídico democrático e sério. Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez. [34]

Os posicionamentos minoritários de Zaffaroni e Teles entre os manuais de Direito Penal Brasileiro refletem a incipiente preocupação da doutrina com as inconstitucionalidades na aplicação da pena. Trata-se, porém, de posicionamentos ainda minoritários e esparsos em meio a inúmeros discursos que acabam por legitimar o emprego do direito penal de autor em nosso ordenamento jurídico.

4. Conclusão

Há uma nítida incoerência em se defender um sistema penal fundado no direito penal de ato e ao mesmo tempo legitimar o emprego das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente como critério a ser levado em conta pelo juiz na fixação da pena.

O direito penal de ato é corolário do princípio da lesividade, que por sua vez é corolário dos princípios constitucionais da laicidade e da amoralidade estatais. Em

---

[33] Teles, Ney Moura. *Direito Penal*, p. 105-106.

[34] Ibidem, p. 106-107.

um Estado Democrático de Direito o respeito à pluralidade é incompatível com o exercício de uma ortopedia moral por parte do Poder Judiciário.

Necessário se faz uma interpretação conforme a Constituição com redução de texto do art. 59 do Código Penal para que se declare a inconstitucionalidade das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena, tendo em vista sua afronta aos princípios da laicidade e amoralidade (art. 5º, VI, CR), legalidade (art. 5º, XXXIX, CR), devido processo legal (art. 5º, LIV, CR) e presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CR).

A insistência no uso destes critérios na fixação de pena pela doutrina e jurisprudência brasileiras legitima o uso do direito penal de autor e compromete um dos pilares do Estado Democrático de Direito: a separação entre Direito, moral e religião.

É preciso extirpar de vez de nosso Direito Penal qualquer resquício de valoração moral por parte do magistrado. E assim deve ser, não só pelo fato de critérios morais não serem passíveis de tipificação pelo fato de variarem de pessoa para pessoa e de sociedade para sociedade, mas principalmente pela própria essência do Direito Penal Democrático, fundado na tutela de bens jurídicos e absolutamente incompatível com a imposição de valores morais a quem quer que seja.

5. Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro***.** 5ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: tomo 2 : fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal***:** *parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo II**.** 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. 2**.** 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: *parte geral: parte especial***.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luis Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120***.** 7º ed. Rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral - II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, suspensão condicional do processo, prescrição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

THOMSON, Oliver. *A assustadora história da maldade***.** 2ª ed. São Paulo: Ediouro, 2002.

TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal***.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v.4. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIANNA, Túlio Lima. *Pena - Fixação: roteiro didático***.** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 54-61, abr/mai. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ***Tratado de derecho penal,*** *parte general*, tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- *Jorge Alberto Diegues (Argentina)*
  ¿Es absoluta la prohibición de censura
  en el sistema interamericano?

- *Sergio García Ramírez (México)*
  Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno

- *Diego García-Sayán (Perú)*
  Justicia interamericana y tribunales nacionales

- *Herbert Landau (Alemania)*
  La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Torsten Stein (Alemania)*
  La protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales de los estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿competencia o cooperación?

Jorge Alberto Diegues (Argentina)*

¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?

1. La censura previa en el sistema interamericano de derechos humanos

1.1. Antecedentes normativos

La libertad de expresión, y la censura previa como restricción a ella, ha sido bien tenida en cuenta en el sistema interamericano de derechos humanos. La censura previa se halla reglada en diversos instrumentos normativos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *CorteIDH*, *Corte* o *Tribunal de San José*) asigna una función bifronte a la libertad de expresión: de un lado, representa el derecho de todo ser humano a comunicar el pensamiento (dimensión individual) y, del otro, el derecho de la colectividad a conocerlo (dimensión social). Ese derecho es amplio y comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. De modo que la libertad de expresión puede ejercerse individualmente, por cualquier medio técnico de comunicación social o mediante cualquiera de las formas imaginables de exteriorización del pensamiento.

Empero, como toda libertad, esta no es absoluta, y el sistema interamericano admite que pueda ser restringida, aunque exige para ello límites precisos y que toda restricción se conforme a los principios de legalidad, de razonabilidad y se enderece a "las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".[1] La Conven-

---

* Profesor de Derecho Constitucional de las universidades de Buenos Aires y de El Salvador (Buenos Aires) ‹jdiegues@ciudad.com.ar›.

[1] Corte IDH, opinión consultiva n.º 5-1985 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas, serie A, n.º 5 § 39 y 40 (en adelante, *OC-5-85)*.

ción Americana de Derechos Humanos —en adelante, *Convención* o *CADH*— proscribe asimismo cualquier medio de restricción previa a la expresión, con excepción de las calificaciones de los espectáculos públicos, las que pueden establecerse con el único objeto de la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13, inciso 4). Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores (artículo 13.2) o del derecho de rectificación o respuesta que se le acuerda al ofendido ante una información inexacta o agraviante (artículo 14 CADH).

Empero, las restricciones a la libertad de expresión encuentran un límite propio que es la prohibición de censura previa. A diferencia de lo establecido por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos —en adelante, *Convención Europea* o *CEDH*— y del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante, *Pacto* o *PIDCP*—, en el sistema interamericano se proscribe *prima facie* con carácter absoluto toda clase de interdicción previa a la expresión.

La prohibición de censura previa se halla expresamente inserta en diversos instrumentos del sistema. El primero —y más contundente por los perfiles con que se regula—, es el artículo 13 de la Convención, que en su parte pertinente reza: "El ejercicio del derecho [a la libertad de pensamiento y de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores". Por su parte, el principio n.º 5 de la Declaración de Chapultepec, suscrita el 11 de marzo de 1994, dispone:

> La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

Implícitamente el citado instrumento se ocupa también de la censura en los principios 7 y 8, al proscribir distintas prácticas jurisprudencialmente aceptadas como modos indirectos de censura. En este sentido, el primero de los mencionados dispone:

> Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o a periodistas.

Finalmente, el principio 8 establece:

> El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.

Por su parte, la Declaración de Principios Sobre la Libertad de Expresión suscripta en Washington D. C. en octubre del 2000 —en adelante, *Declaración de Washington*— estipula en su principio 5:

> La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito o artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho ala libertad de expresión

El principio 6 destaca:

> Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

El principio 7 refiere:

> Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

Finalmente, el 13 establece:

> La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

A su vez, la regla n.º 1 de los Principios de Lima, del 16 de noviembre del 2000, establece:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones sin interferencias de las autoridades públicas, *previa censura ni restricciones indirectas por el abuso de controles oficiales*, y sin necesidad de expresar la causa que motive su ejercicio.

Aparte de este acervo normativo, constan las numerosas declaraciones de la relatoría para la libertad de expresión creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, *Comisión* o CIDH.

1.2. Jurisprudencia de los organismos internacionales de control

Con los antecedentes citados, la prohibición de censura ha sido objeto de tratamiento por los organismos internacionales de control que actúan en torno a la Convención Americana, esto es, la Comisión y la Corte. En este sentido, de entre los

pronunciamientos recaídos en materia de libertad de expresión, seis han abordado la temática de la censura previa como cuestión de fondo. Dos de ellos corresponden a la Comisión y cuatro a la Corte, los cuales definieron, estructuraron y desmenuzaron el alcance de la prohibición de censura previa en la Convención.

La primera oportunidad en que le tocó a la Corte examinar la cuestión de la censura previa fue en la opinión consultiva n.º 5, de 1985. En ella, el gobierno de Costa Rica —a solicitud de la Sociedad Interamericana de Prensa— solicitó a la Corte que se expidiera acerca de la compatibilidad de la colegiación obligatoria de los periodistas y de la ley 4420 de aquel país que la establecía. La Corte descalificó la validez de aquella norma con el artículo 13 de la Convención, desde que la colegiación obligatoria de periodistas y la consiguiente limitación del ejercicio de esa profesión a un grupo restringido de personas constituye una restricción no permitida ni justificada por el artículo 13 de la Convención.[2] Con motivo de ello la Corte señaló:

> El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, *la prohibición de la cesura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13*, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. *En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención*.[3]

Destacó a renglón seguido:

> El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido […].[4]

Por su parte, el juez Piza Escalante, en voto separado, agregó sobre el particular:

> La Corte ha utilizado expresamente la palabra restricciones, no en el sentido estricto de limitaciones preventivas al ejercicio mismo de la libertad de expresión, que el artículo 13.2 no permite en ningún caso, sino en el general de conductas preestablecidas taxativamente por la ley como generadoras de *responsabilidades ulteriores*, derivadas del ejercicio de esa libertad, únicas que dicha norma autoriza, dentro de las condiciones formales y materiales que autoriza.[5]

En el año 1996 tocó expedirse a la Comisión en los casos *Grenada* y *Martorell*. En el primero de ellos descalificó la medida, adoptada por ese Estado, de secuestrar una serie de libros ingresados a aquel país, en el entendido de que tal conducta constituía un acto de censura previa vedado por la Convención. En *Martorell*, descalificó

---

2 Ibídem, § 79 y 81.
3 Ibídem, § 38; la bastardilla no corresponde al original.
4 Ibídem, § 39 in límine; la bastardilla no corresponde al original.
5 Ibídem, § 5; el resaltado corresponde al original.

la prohibición judicial impuesta por los tribunales chilenos contra la prohibición de ingresar y vender un libro en aquel país. Refirió en esta última oportunidad:

> El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación.

Y agregó:

> Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el art. 11 de la Convención Americana —y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esta materia— los Estados Partes tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art. 13 de la Convención.

Destacó asimismo:

> Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma. […] La excepción es la norma contenida en el § 4 que permite la censura de los "espectáculos públicos" para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior […].

Recién el 5 de febrero de 2001 la Corte resolvió el primer caso contencioso sobre libertad de expresión, que se conoce como *La última tentación de Cristo*. El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica había rechazado la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*, dirigida por Martin Scorsese y basada en la novela del escritor griego Niko Kazantzakis, ante una petición de la United International Pictures. El film abordaba una historia de Jesucristo paralela a la oficialmente contada por los Evangelios, en la que, tras su resurrección, Jesús y Magdalena se habían casado en secreto, habían tenido hijos y pasado el resto de sus vidas en el anonimato. La empresa apeló la resolución del Consejo, pero esta resultó confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia del 14 de marzo de 1989. El 11 de noviembre de 1996 el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición de exhibición de la película ante una nueva petición de la United International Pictures y autorizó su exhibición para espectadores mayores de 18 años. Sin embargo, la resolución fue impugnada por un grupo de siete personas "por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos". El 23 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 20 de enero de 1997 basándose en lo dispuesto por el artículo 19, inciso 12, de la Constitución chilena de 1980, que autorizaba expresamente al Consejo de Calificación la censura cinematográfica. El Tribunal de San José consideró que el Estado chileno había vio-

lado el artículo 13 de la Convención al impedir la difusión de la película. Señaló allí que la única excepción es la establecida en el inciso 4 del artículo 13, y destacó que "en todos los demás casos, *cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión*".[6] Concluyó:

> [Habiendo quedado acreditado] que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película, [tal prohibición] constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.[7]

Finalmente, el último caso en que se expidió la Corte hasta el presente fue *Palamara Iribarne,* nuevamente contra el Estado chileno, oportunidad en que declaró su responsabilidad internacional por la prohibición impuesta por los tribunales militares de ese país a Enrique Antonio Palamara Iribarne de publicar un libro en el que contaba experiencias vividas como agente de inteligencia militar.[8]

1.3. Características de la censura previa en el sistema interamericano

Del acervo normativo que integra el sistema interamericano, como asimismo de la jurisprudencia que de él han construido los organismos de control, pueden señalarse los siguientes rasgos fijados en torno a la censura:

a. proscripción absoluta de la censura previa;
b. inclusión de la interdicción judicial como censura;
c. prohibición expresa de vías indirectas de restricción.

La Convención recoge la doctrina de la escuela anglicana de la *prior restraint censorship* diseñada por William Blackstone en el siglo XVIII y fundamentada por John Stuart Mill en el siglo XIX. La citada doctrina fue expuesta por el profesor de Oxford en los siguientes términos:

> La libertad de la prensa, es en verdad, esencial a la naturaleza de un Estado libre; pero consiste en la liberación de todo obstáculo previo a la publicación, y no de todo castigo, de toda represión posterior a la publicación, si su fin es criminal. Todo hombre libre tiene derecho perfecto de publicar las opiniones que le agraden; prohibírselo sería destruir la libertad de la prensa; pero, si lo que publica es inconveniente, perjudicial o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad. Someter la prensa al poder restrictivo de un censor (*Licenser*), como se ha hecho otras veces, antes y después de la revolución, es sujetar completamente la libertad de las opiniones, de los pensamientos,

---

6 CorteIDH, *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otro vs. Chile),* sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, § 70. La bastardilla no corresponde al original.

7 Ibídem, § 71.

8 CorteIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile,* sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C n.º 135.

> a las preocupaciones, a las prevenciones de un solo hombre, es constituirlo juez arbitrario e infalible en materia de ciencia, religión y de gobierno.[9]

Por su parte, la jurisprudencia de la Comisión y la Corte ha establecido inveteradamente, como quedó expuesto, el carácter absoluto de la prohibición de censura, no admitiendo cortapisas de ninguna clase más que la excepción legal contenida en el artículo 13, inciso 4 de la Convención. Es obligación de los Estados partes permitir y garantizar la difusión del pensamiento, pudiendo como única medida someter la expresión al régimen de las llamadas *responsabilidades ulteriores.*

De esta forma, la jurisprudencia interamericana ha tomado sobre el asunto de la censura una posición interpretativa con una contundencia pocas veces vista, defendiendo a capa y espada la idea del absolutismo de la prohibición de censura. La interpretación de los órganos del sistema interamericano es la sugerida por la literalidad del precepto.[10] La única forma admisible para levantar la interdicción de censura previa sería al parecer mediante la suspensión de los derechos de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Convención —norma que no menciona a la libertad de expresión entre los derechos no suspendibles—. Y aun así la cuestión sería discutible por cuanto debiera compatibilizarse con las normas de derecho interno de los estados partes, que, de contemplar una situación más favorable que incluya a la libertad de expresión en el catálogo de los derechos no suspendibles, habría de estarse a las normas locales con arreglo a lo establecido por el artículo 29, inciso *b*, de la Convención.[11]

Lo que mediante este trabajo intentaremos establecer es, en primer lugar, si el carácter absoluto de la prohibición de censura emana de la Convención o responde a la interpretación jurisprudencial que han hecho del precepto del artículo 13 sus organismos internacionales de control, y, en caso afirmativo, si los alcances asignados son ajustados.

A fin de desentrañar la inteligencia del precepto habrá que dar respuesta a los siguientes interrogantes:

---

[9] William Blackstone: *Commentaries on the laws of England*, t. 2, p. 152, cit, por Manuel A. Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires: Imprenta La Buenos Aires, 1917, p. 369.

[10] Cf. P. Serna: "La llamada 'censura previa judicial' y el derecho constitucional argentino", en *Liber Amicorum*, en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, vol. 2, p. 1422, San José (Costa Rica): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

[11] Es este el criterio del profesor de la Universidad de Buenos Aires Gregorio Badeni, quien, interpretando el artículo 23 de la Constitución de la Nación Argentina, en cuanto regula la suspensión de los derechos en casos de excepción, arriba a la conclusión de que el único derecho suspendible bajo este es la libertad física con sujeción al control de razonabilidad por los órganos judiciales, con lo que, en consecuencia, la libertad de expresión queda fuera de alcance. Cf. Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, t. II, n.º 426, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 932. Del mismo autor: *Tratado de la libertad de prensa*, n.º 56, p. 230, y nota al pie n.º 8, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

a. ¿Cuál es el concepto constitucional de censura previa?
b. ¿De qué antecedentes emerge el artículo 13 de la Convención?
c. ¿Cómo juega la prohibición en asuntos concernientes a la protección moral de la infancia y la adolescencia?
d. ¿Autoriza la censura la prohibición del inciso 5 del artículo 13?

Al dar respuesta al primero de los interrogantes estaremos en condiciones de precisar qué acciones caen bajo la interdicción de censura previa y cuáles no, y así podremos confrontar la conducta seguida en torno a ellos por la Convención y los organismos de control. Conociendo los antecedentes del artículo 13, se estará en condiciones de conocer la voluntad de los redactores de la norma y determinar qué alcance que han querido asignarle. Finalmente, en los dos últimos interrogantes analizaremos si constituyen actos de censura, dejando en claro que únicamente una respuesta negativa permitirá sustentar el carácter absoluto de la interdicción. Son estos interrogantes los que nos darán la respuesta que estamos buscando y que constituye el objeto de estudio del presente trabajo.

2. Concepto constitucional de censura previa

No hay un solo texto de derecho constitucional y derechos humanos que no se refiera a la censura. Se dice que aquella se halla constitucionalmente proscrita, que es mala, e inclusive algunos autores llegan a enumerar actos de censura. Sin embargo, hasta el presente no se ha trabajado con profundidad el concepto constitucional de censura, a diferencia de lo que ocurre con otros, como el de propiedad, el de igualdad e inclusive el de libertad de expresión mismo. Se observa en doctrina que varios son los autores que se refieren a la censura sin conceptualizarla, pese a que realizan grandes desarrollos en torno a ella. Contamos con definiciones que en mayor o menor medida satisfacen el concepto, aunque considero que no alcanzan a delimitar su contenido constitucional. La censura —como ha quedado expuesto— goza de una fuerte prohibición constitucional. Para dar respuesta al interrogante que motiva este trabajo, lo primero que debemos saber es qué es la censura, cuáles son sus características definitorias.

Con un enfoque puramente semántico, el vocablo *censura* designa un control previo. Empero, el concepto constitucional presenta algunas particularidades que en algunos casos delimitan y en otros amplían la definición castellana del vocablo.

Tradicionalmente, los tribunales judiciales —especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina— caracterizaron a la censura previa como "el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir".[12]

---

[12] Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —en adelante, CSJN—, en su colección oficial de fallos, t. 269, p. 189 —en adelante, *Fallos: 269:189*, como se cita a esta colección jurispru-

Según el criterio de Bidart Campos, se entiende por censura previa "cualquier medida que importa un control o una revisión anticipada de la expresión".[13] En el mismo sentido se expiden Gregorio Badeni y Linares Quintana. Para el primero, "el concepto de censura es sumamente amplio y genérico. Abarca toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, incluyendo a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento".[14] Linares Quintana, por su parte, entiende que el concepto constitucional de censura "designa toda acción u omisión dirigida a dificultar o imposibilitar, en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y la circulación de la palabra impresa".[15]

Ante lo expuesto, entiendo que antes de brindar una definición se hace imprescindible delinear las características definitorias que presenta el concepto de censura de acuerdo con las conclusiones vertidas por los tribunales judiciales y la doctrina sobre la materia.

En primer lugar, la censura importa un *acto de privación.* Supera el mero acto de control, aunque lo contiene. Controlar un acto implica someterlo a la consideración de un tercero a efectos de que examine si daña tales o cuales cosas. En el caso de la censura, importa someter a examen una manifestación a fin de que se otorgue el visto bueno a su exteriorización. En rigor, lo que importa la censura es un acto de privación, de supresión de la publicación. Claro está que la supresión puede ser efectiva o inminente. Una amenaza de supresión encuadra también en el concepto constitucional de censura. Es por ello que el control, desde que representa una amenaza para la publicación del pensamiento, importa una hipótesis de censura. En este sentido Barrancos y Vedia caracteriza a la censura previa como "toda amenaza, advertencia, llamado de atención, etc., que los órganos de cualquiera de los tres poderes del Estado dirijan a los medios de prensa, cuando tengan carácter intimatorio".[16]

En segundo lugar, la restricción tiene que ser *anticipada*. La Constitución Argentina, como así también la Convención, se refieren no a cualquier censura, sino

---

dencial en el país—, considerando 4 (caso *García Mutto*); 269:195 (caso *Calcagno*); 270:268, considerando 3 (caso *Prensa confidencial*); 270:289, considerando 3 (caso *Sánchez Sorondo*); 293:560, considerando 6 y voto concurrente del juez Masnatta, considerando 6 (caso *Editorial Sarmiento*); 321:3596 (caso *Kimel*); 324:2895 (*Menem c/ Perfil*), entre muchos otros.

[13] Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t. II, n.º 15, p. 20, Buenos Aires: Ediar, 2005.

[14] Gregorio Badeni: "Censura periodística y encuestas electorales", en Revista Jurídica Argentina La Ley, año 2005, t. D, p. 800 (en adelante, ll, *2005-D, 800).*

[15] Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IV, n.º 3528, p. 441, Buenos Aires: Plus Ultra, 1977-1987. Esta casi impecable definición motiva una disención personal que gira en torno a limitar el concepto a la "palabra impresa". Con ello, lejos de consagrar el concepto amplio que pretende concebir, la última frase la convierte a mi juicio en una definición restrictiva.

[16] Fernando Barrancos y Vedia: "Censura previa y advertencia previa", *LL*, 1989-D, 183.

a la "censura previa", concepto que comprende solo aquellas restricciones que se ejercen antes de la emisión del pensamiento, dejando fuera la llamada "censura sobreviniente". Desde una interpretación semántica, tanto de la Convención como de la Constitución, las restricciones tienen que ser previas. Los actos que importen un control de la expresión constituyen límites, pero ejercidos con posterioridad a la manifestación del pensamiento y que encuadran por tanto dentro de las reglas impuestas para las restricciones a la libertad de expresión.

La doctrina se muestra mayoritariamente en contra de lo aquí manifestado por cuanto entiende que la censura puede ser tanto anterior como posterior a la expresión. Sin embargo, creemos que esos fundamentos desnaturalizan el concepto constitucional de censura y lo confunden con las restricciones ulteriores a la libertad de expresión. No se entienda que al razonar de este modo convalidamos esas restricciones. En modo alguno esto es así. Lo que debe comprenderse como un concepto previo de categoría lógica es que tanto la censura como las responsabilidades ulteriores constituyen restricciones a la libertad de expresión, pero ambas gozan de regímenes diferentes. Como ha quedado expresado, los diferentes ordenamientos jurídicos tienen una especial aversión por la censura previa, mientras que las limitaciones ulteriores resultan admitidas, aunque quedan sujetas a estrictos controles y condiciones de admisibilidad.

Así entonces, no puede negarse que, tanto la Convención como la Constitución Nacional argentina solamente se han propuesto englobar dentro del concepto de censura a las restricciones previas. De otro modo, la Convención habría consignado laxamente que el derecho de expresión no quedaría sujeto a censura, sin más agregados. Podrá alegarse que, aun cuando por caso ello fuera así, una interpretación dinámica de la Convención podría conducir a la solución de admitir como censura también a las restricciones sobrevinientes. Empero, la interpretación dinámica importa adaptar el texto a las necesidades humanas porque, como decía el juez Marshall, "la Constitución es un instrumento destinado a perdurar durante siglos y por lo tanto destinado a adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos".[17] Pero ello presupone que a la luz de los tiempos actuales la norma se justifique porque conduzca a soluciones más justas, hecho que a mi juicio no siempre se cumple.

Con ello, las medidas de interdicción dispuestas contra publicaciones que ya vieron la luz quedan fuera del concepto constitucional de censura y constituyen restricciones ulteriores a la manifestación del pensamiento. Restricciones que, como es sabido, deberán reunir precisos recaudos para justificar su validez. La medida de secuestro de una publicación, si fue tomada con motivo de la difusión de la expresión, no constituye una medida de censura, sino más bien un límite a la expresión ya difundida. Claro está que lo más probable es que, como importará en la mayoría de

---

[17] Cf. su voto en *McCulloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

los casos, una restricción desnaturalizadora del ejercicio de la libertad de expresión devendrá igualmente inválida.

En tercer lugar, la interdicción debe afectar el *contenido* del pensamiento. La censura implica un acto de privación de contenido. Conviene aquí traer a colación la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en torno a las distinciones de contenido y restricciones de modalidad a la expresión.[18] Por estas últimas, la expresión no se ve impedida de difundirse, sino que está sujeta a condicionamientos de modo, tiempo y lugar. A mi modo de ver, las restricciones que configuran censura son las que se ejercen directamente sobre el contenido de la expresión, privándolo de su difusión bajo cualquier modalidad. Empero, las *restricciones condicionales* —llamémoslas así— no constituyen actos de censura, pues no importan por regla una violación radical de la manifestación del pensamiento. Claro está que la conclusión que antecede está sujeta a la razonabilidad con que sean impuestas las modalidades a la difusión de la expresión. Si únicamente se me autoriza a manifestar en el Polo Sur, quedará claro que es una restricción desnaturalizadora y un acto de censura encubierto cuyo único objetivo es privarme la difusión del pensamiento. Se trata aquí de un acto que implica la aniquilación virtual de la difusión del pensamiento.

La diferencia que puede trazarse entre las restricciones de contenido y las restricciones condicionales radica en la razonabilidad. Una restricción de contenido es siempre un acto de censura, mientras que la validez de las restricciones condicionales está sujeta a que no supongan una aniquilación directa o indirecta del contenido de la expresión. Por ello entiendo que incurre en equivocidad la Convención Americana cuando en el inciso 4 al artículo 13 establece como única excepción aparente a la regla de prohibición absoluta de censura el acceso a los establecimientos públicos, fundado en la protección moral de la infancia y la adolescencia. Las restricciones al acceso a los espectáculos públicos resultan ser calificaciones, y la censura se no se configura porque todos debamos tener acceso al acto, sino que admite que algunas personas puedan no tenerlo. Empero, quienes tengan acceso a él deberán verlo en todo el contenido que fue concebido por el propietario de la expresión.

Finalmente, la restricción tiene que provenir de parte de una *autoridad*. El concepto engloba a las autoridades públicas y las privadas. Dentro de las autoridades públicas penetra aquí la cuestión de la censura judicial. Como es sabido, en un sistema constitucional de división de poderes las autoridades públicas resultan ser el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Así entonces, la censura se configura viniendo de cualquier autoridad. Tradicionalmente el concepto de censura está ceñido al control de parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.[19] Sin embargo,

---

[18] Cf. David Currie: *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires: Zavalía, 1993, pp. 112-119.

[19] Cf. Néstor P. Sagüés: "Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, t. II, p. 955. El mismo trabajo aparece publicado en *LL*, 2005-C, 1279.

ni la Convención ni la Constitución Nacional argentina hacen distingo alguno, por lo que cabe considerar que quedan incluidas también las restricciones de contenido impuestas por la autoridad judicial

Un segunda cuestión es la de si cabe considerar englobados dentro del concepto de censura los actos de autoridades privadas. La censura tiene que emanar de un organismo externo, ajeno a la persona que desea comunicar la expresión. De esta forma, entendemos que la decisión del director de un periódico de impedir la publicación en su diario de una nota periodística no ha de ser entendida como censura.

Con esta caracterización, entendemos que la prohibición constitucional de censura previa:

a. abarca a cualquier clase de expresión;
b. alcanza a cualquier autoridad —pública, privada o particular— e incluye también al órgano judicial;
c. alcanza a los controles directos, como a aquellas conductas que, teniendo por objeto visible un acto determinado, importan una restricción indirecta al control de la expresión.

Con las consideraciones antes expuestas, puede definirse al concepto constitucional de censura como el *acto de autoridad que priva de contenido a cualquier manifestación del pensamiento*.

3. Génesis del artículo 13 de la Convención Americana

El profesor de la Universidad de Granada Pedro Serna afirma:

> La interdicción de la censura judicial en la CADH no se determina tanto por la referencia a la censura previa, sino por la consagración de las responsabilidades ulteriores como vía exclusiva de restricción legitima de la libertad de expresión.

Veamos qué dicen los antecedentes de la Convención.

El texto de la Convención Americana fue el debatido y adoptado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

En lo tocante a la prohibición de censura, constan en las actas y documentos de la Conferencia que República Dominicana propuso que se admitiera la censura.[20] Por su parte, el delegado de los Estados Unidos, Richard Kearney, observó que "debía evitarse la redacción de los derechos en términos absolutos", haciendo referencia a la censura en su país. La afirmación no fue compartida por los delegados de

[20] Cf. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA-Ser. K./XVI/1.2, Washington DC: OEA, Secretaría General, observaciones a la respuesta 12, p. 61.

Guatemala y Argentina, el primero de los cuales manifestó que "no podría votar por algo que restringiera la libertad, como en el caso de la propuesta norteamericana". Finalmente, la moción del delegado de Estados Unidos fue rechazada.[21]

Se discutió también en torno a la redacción del inciso 3.º del artículo 13, la que mereció las objeciones del delegado de Chile por entender que es ajena a un pacto de derechos civiles y políticos, y por entregar "a un órgano internacional la interpretación de términos equívocos como los llamados 'monopolios oficiales no particulares'", lo que podía ser "fuente de dificultades", por lo que solicitó la supresión del inciso.[22]

Con relación al inciso 4, el delegado de Argentina se opuso a su redacción manifestando que su país no admite la censura previa y que no "se considera el aviso en una exhibición de una película para mayores de 18 años una censura previa".[23] Refirió asimismo que "dicho párrafo restringe y limita en exceso el ejercicio de funciones privativas del Estado en el ámbito de la moral pública, la seguridad nacional y el orden público, por lo que se sugiere su supresión o modificación".[24]

Finalmente, en lo tocante al inciso 5, el delegado de Estados Unidos había sugerido su eliminación en la inteligencia de que "este párrafo encerraba ideales que todos deben apoyar, pero que carece de realidad. En cuanto a la propaganda de guerra, "quedarían prohibidas por la ley una serie de obras clásicas, tales como la Ilíada de Homero, buena parte de las obras de Shakespeare y de santo Tomás de Aquino".[25] Tal afirmación mereció la interesante réplica del delegado de Brasil, quien afirmó que "el artículo en discusión no dice que haya que establecer la censura, sino que la ley prohibirá cierto tipo de actividad".[26]

4. La protección moral de la infancia

Un primer asunto que plantea la Convención es el ínsito al inciso 4 de su artículo 13, que dispone: "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2". Esta disposición está sindicada por la Comisión y la Corte como la única excepción prevista por la Convención —y por todo el sistema normativo interamericano— a la proscripción de la previa censura.

---

21 Ibídem, doc. 10.

22 Ibídem, observación del gobierno de Chile, p. 40.

23 Ibídem, p. 214.

24 Ibídem, observaciones del gobierno argentino al anteproyecto, p. 46.

25 Ibídem, p. 215.

26 Ibídem. Pero cabe preguntarse si la prohibición de cierto tipo de actividad —en el caso, la propaganda del odio y de la guerra— no importa, aunque en buena hora, un acto de censura.

Como previo a todo, interesará detenerse en torno a una cuestión colateral. ¿Es realmente un caso de censura la regulación del acceso de los infantes y adolescentes a los espectáculos públicos?

Como se expresó al tratar el concepto constitucional de censura previa, este presupone un acto de privación de contenido, hecho que no acontece con la calificación, la que solo representa cuando mucho una restricción a ciertas personas —en el caso, infantes y adolescentes— del acceso a ciertos espectáculos calificados por la ley para su protección moral. Queda claro, sin embargo, que la calificación que la Convención autoriza a los estados no escapa a la razonabilidad de la medida con que se la adopte.[27]

Una segunda cuestión que instala la norma gira en torno a su alcance. La Convención aquí introduce una norma concreta de protección a los derechos de la infancia y la adolescencia. Empero, existen otros tratados que consagran disposiciones lo suficientemente genéricas como para permitir a priori protecciones todavía más amplias que la que les reconoce la Convención Americana a los derechos de los niños.

El derecho a la intimidad de los niños se encuentra tutelado por el artículo 19 de la Convención y, asimismo, por el artículo 14, inciso 1, del PIDCP, y también por los artículos 3, inciso 1, 16 y 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De conformidad con lo establecido por el artículo 19:

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

A su vez, el artículo 14, inciso 1 *in fine*, del Pacto reza:

> Toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone:

> 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2 El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Por fin, el artículo 3, inciso 1 de la Convención preceptúa:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¿Justificarían legalmente dichas medidas, ese "interés superior del niño", una censura previa en un asunto a ellos concerniente? Tal es a mi juicio el principal inte-

---

[27] De acuerdo con esto: Jorge R. Vanossi: "No a la censura", en *Estudios de Derecho*, n.os 101-102, p. 37, Antioquia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquia, 1982.

rrogante que encierra el sistema interamericano. Lo que las normas convencionales mandan a los estados es ejercer una tutela efectiva en torno a la protección de la intimidad de los niños. Por consiguiente, está claro que en ciertos supuestos la censura puede aparecer como el arma más eficaz para su protección. Empero, ¿puede ser empleado instrumento semejante teniendo en cuenta la categórica disposición del artículo 13 de la Convención Americana? ¿O el límite de la protección está dado por el respeto a la proscripción de la censura previa que ella establece?

Debe precisarse que la jurisprudencia interamericana no ha tenido oportunidad de expedirse sobre una cuestión de estas características. Según el criterio del profesor de la Universidad de Buenos Aires Gregorio Badeni, los deberes que la Convención impone a los estados parte no fijan prohibiciones o límites al ejercicio de la libertad de expresión, tanto en lo atinente al ejercicio del derecho a la información de los niños como de los adultos:[28]

> Si la Convención sobre los Derechos del Niño no contempla la censura, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos la prohíbe, la armonización de ambas disposiciones internacionales debe conducir a vedar la censura previa.[29]

En una primera aproximación, podría afirmarse que, con una interpretación sistemática de la Convención, el niño tiene derecho a todas las medidas de protección inherentes a su condición (artículo 19), con excepción de aquellas que conlleven una restricción previa a la expresión (artículo 13, inciso 2). Y con excepción —claro está— de aquellas medidas que regulen su acceso a los espectáculos públicos (artículo 13, inciso 4). Los niños quedarían protegidos por las medidas represivas que emanen de las responsabilidades ulteriores a que está sujeto el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Asimismo, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño posee una redacción idéntica al 11 de la Convención Americana. Y está claro que los artículos 11 y 13.2 de la citada Convención son armónicamente compatibles. Por tanto, no habría, a mi juicio, justificación alguna para una censura fundada en el artículo 16. La colisión no se patentiza con esta norma sino, más bien, con el inciso 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

[28] Gregorio Badeni: "La interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la censura previa", en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n.º 29-30, p. 166-167, Buenos Aires, 2003.

[29] Ibídem, p. 176. En contra de lo expuesto parece expedirse Sagüés, quien justifica la constitucionalidad de la ley 20056 de la República Argentina que prohíbe la difusión de los nombres de los menores de edad involucrados en delitos. Señala este autor que, aun cuando "impone así una especie de censura", la constitucionalidad de la norma resulta de "una interpretación armonizante de la libertad de expresión, la prohibición de censura y las reglas de la Convención concernientes a menores, todas ellas con rango constitucional", y que "resulta atractiva, dado que al operador jurídico le toca compatibilizar y hacer convivir tanto los derechos de quien expresa ideas como los de los menores". Cf. Néstor Pedro Sagüés: *Manual de derecho constitucional*, § 946, pp. 701-702, Buenos Aires: Astrea, 2007. En el mismo sentido que Sagüés se endereza la opinión de Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: La Ley, 2.ª ed., 2004, p. 291.

Ante un conflicto de normas, el primer mandato es proceder a su integración en cuanto sea lógicamente posible. En el presente caso, estimo a mi juicio que la colisión es insalvable, pues, así como es absoluta la interdicción de censura previa para la Convención Americana, lo es también la protección del interés superior del niño —en las medidas que a ellos conciernan o involucren— para la Convención sobre los Derechos del Niño. La norma dispone "en todas", y es por consiguiente tan absoluta como la regla del artículo 13.

Se ha dicho que la mentada colisión ha de ceder en favor de la libertad de expresión, puesto que el interés superior del niño es una norma interpretativa que no puede autorizar a hacer tabla rasa de una norma legal expresa que prohíba la interdicción de la censura previa. Empero, la norma del artículo 3.1 no tiene un carácter puramente interpretativo. Recuérdese su redacción:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Adviértase que la norma no obliga únicamente a dar sentido a lo ya escrito, sino a adecuar lo actuado en el sentido que ella dispone. Si primara la tesis que inclina la balanza en favor del artículo 13, quedaría inerme la obligación que el artículo 3 impone a los legisladores de adaptar su legislación al interés superior del niño en todo en cuanto a ellos concierna.

La propia Corte está conteste en señalar que el niño es una persona que debe merecer "cuidados especiales". En este sentido, refirió en la opinión consultiva 17:

> Conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.[30]

El niño, desde la antigüedad, no fue considerado como un ser humano titular de derechos,[31] sino sujeto a la patria potestad. Recién en el siglo XX comienza a cobrar fuerza la teoría de la titularidad de derechos gracias en buena medida a la Declaración sobre los Derechos del Niño, de 1959, primeramente, y a la Convención de 1989. No obstante, por su condición intrínseca de debilidad, por su inmadurez, requiere protecciones especiales de las autoridades públicas y privadas. Es en ese contexto que nace la regla del *interés superior del niño,* y es a este que se enfrenta la prohibición de censura previa.

---

[30] Opinión consultiva OC-17-2002: *Condición jurídica y derechos humanos del niño,* serie A, n.º 17, § 60.

[31] Me refiero a la titularidad de ejercicio.

La Corte entendió que "la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[32] —¿en todos salvo en su honra e intimidad?—. Y adunó:

> El principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.[33]

Finalmente precisó:

> La verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos […] Los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.[34]

Ante el elenco normativo y jurisprudencial antes citado, entiendo que la *prior restraint censorship* deberá ser integrada mediante una interpretación acorde con las exigencias del interés superior de los niños, las cuales en determinadas circunstancias podrían justificar la toma de medidas preventivas sobre la expresión, siempre con arreglo a un criterio de razonabilidad dado por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Dicho estándar —ensayado primigeniamente por el Tribunal Europeo y adoptado luego por la Corte para ponderar la validez de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión— permite dar acabada tutela a la libertad de expresión y al mismo tiempo proteger el interés superior del niño, puesto que no cabe duda de que aquel constituye una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática como para fundar la restricción a un derecho a la libertad de expresión.

Si bien la regla del artículo 3 resulta en principio ajena a la Convención Americana, considero que la Corte Interamericana queda condicionada por ella con arreglo a lo establecido por el inciso *b* al artículo 29 de la Convención, que dispone:

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Con tal interpretación se armoniza lo más acabadamente posible el artículo 13, inciso 2, de la Convención con el restante elenco normativo que la integra (artículos

---

32 Opinión consultiva OC-17-2002, cit., § 137.2.
33 Ibídem, § 137.3.
34 Ibídem, § 137.8.

11, 16 y 29 de la Convención) y las demás normas de los tratados internacionales, concordemente con las reglas generales de interpretación y aplicación de los derechos fijadas en los artículos 32 y 25 de la citada Convención y aplicadas por la Corte, y con lo establecido por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

5. La prohibición de la apología del odio y de la guerra

Un segundo interrogante que encierra la doctrina de la *prior restraint censorship* acuñada por el sistema interamericano estriba en la directiva inserta como inciso 5 al artículo 13 de la Convención Americana:

> Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Esta disposición tiene como fuente inmediata el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que textualmente reza:

> Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

¿Qué entraña la prohibición apologética que la Convención impone a los estados? Al respecto, caben dos interpretaciones posibles. Según la primera, la prohibición inserta no implica la imposición de un acto de interdicción, sino que las conductas en ella descritas solo podrían ser reprimidas una vez producidas,[35] lo que determinaría la conminación de una sanción ulterior contra aquellas conductas descritas en la norma. En este sentido se expiden Toller,[36] Asdrúbal Aguiar y Pizzolo.[37] Afirma el primero que, al igual que el artículo 20 del Pacto, la redacción del inciso 5 no establece un permiso de censura previa, sino la obligación para los estados de dictar normas que declaren la antijuridicidad de esas conductas. Aguiar refiere:

---

[35] En este sentido: Augusto C. Belluscio: "La censura judicial", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, t. II, p. 953. El mismo trabajo aparece publicado en *Investigaciones*, año 2003, vol. 3, Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sin embargo, más adelante el autor pone en duda su citada conclusión cuando refiere que "[la Convención] solo admite la censura previa en materia de espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia, aunque podría considerarse otra excepción a este principio el inciso 5, que prohíbe toda propaganda a favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas". Ibídem.

[36] Fernando M. Toller: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 545.

[37] Calógero Pizzolo: "De gritos y silencios. Sobre el ejercicio de la libertad de expresión frente a las creencias religiosas", *LL*, 7/3/2006, p. 1.

> Es de observar que así como la Convención le abre espacio preciso y expreso, como excepción, a la censura previa de los espectáculos públicos en su artículo 13.4, bien pudo haber previsto la figura cautelar o de censura previa o de prohibición anticipada de publicación para la referida propaganda de guerra o para la apología del odio que incita a la violencia por motivos discriminatorios, y no lo hizo. De donde cabe concluir que las mencionadas prohibiciones de ley valen para el establecimiento y eventual agravamiento de las responsabilidades ulteriores […].[38]

La Comisión se pronunció por este criterio en el caso *La última tentación de Cristo* al referir:

> El artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales [y] debe entenderse dentro del principio establecido en el inciso 1 del mismo artículo, es decir, que "quienes hagan apología del odio religioso deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores conforme a la ley".[39]

Para la segunda interpretación, defendida por Sagüés, la norma sí autorizaría la censura. Ello es así —dice este autor— por lo contundente de su redacción, y porque la conclusión se ve reforzada por la circunstancia de que la regla está amparando el derecho colectivo e individual a la paz y a la no discriminación.[40]

De las fuentes de la Convención, tenemos el informe del relator de la comisión de trabajo encargada de revisar el anteproyecto, en el que refiere que "el debate giró sobre aspectos de precisión técnica, más que sobre fondo". Obran asimismo las constancias de los delegados de Honduras y El Salvador "al emitir sus respectivos votos favorables a la prescripción de la guerra y del odio nacional, manifestando ambos las mejores intenciones de sus respectivos gobiernos por consolidar la paz permanente entre todos los países centroamericanos".[41] Finalmente, consta en las actas y documentos de la Conferencia Especializada que la redacción actual del inciso 5 responde a la corrección propuesta por la delegación de los Estados Unidos en la sesión plenaria,[42] criterio concordante con el de su país, que admite la censura contra la propaganda del odio racial o religioso. Asimismo, habiendo reconocido como fuente inmediata el artículo 20 del PIDCP, esta norma se halla inserta en un

---

[38] Asdrúbal Aguiar: "Libertad de prensa y gobernabilidad democrática en la jurisprudencia interamericana", en Jornadas sobre Libertad de Prensa, Ciudadanía y Poder Político, General Roca-Neuquén (Argentina), 6 y 7 de junio de 2006. Hasta donde llega mi conocimiento, es inédita.

[39] Cf. CorteIDH, o. cit., § 61.g.

[40] Cf. Sagüés: o. cit., pp. 955, 973 y 974. En igual sentido: Midón: o. cit., p. 285, aunque este autor admite que la cláusula resulta peligrosa "en un país en sonde los detentadores de turno no reparan en medios a la hora de realizar sus fines".

[41] Cf., *Actas*…, o. cit., pp. 298-299. Presumo que media un error de tipeo en el documento: donde dice "prescripción" debería decir "proscripción".

[42] Cf. "Actas…", segunda sesión plenaria de fecha 20 de noviembre de 1969, doc. 86, p. 444.

instrumento que, al mismo tiempo de limitar la libertad de expresión (artículo 19), no estipula una proscripción para la censura previa.[43]

Un tema que arrastra esta norma es la cuestión atinente a la viabilidad de la tentativa del delito de apología en aquellos países que tipifican penalmente esta clase de conductas, lo que inevitablemente supone una restricción previa a la expresión. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia argentina ha tenido ocasión de expedirse en una oportunidad, en el caso *Verbitsky*,[44] que fue el primer precedente en que el alto tribunal analizó la censura judicial.

En 1989 los diarios de mayor tirada de la ciudad de Buenos Aires[45] se aprestaban a publicar una solicitada suscrita por más de cien personas en la que se expresaba el reconocimiento y la solidaridad para con el ex presidente de facto Jorge Rafael Videla por su actuación durante la denominada *guerra sucia* contra la subversión. Videla y otros jefes militares habían sido juzgados y condenados por la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en pleno por gravísimas violaciones a los derechos humanos durante su mandato. Se los encontró culpables de los delitos de tortura, desaparición forzada de personas y ejecuciones clandestinas, entre otros delitos, pero la condena quedó sin efecto en 1989 y 1990 con motivo del indulto dictado por el presidente de la Nación de aquel entonces.[46]

Ante la inminencia de la publicación, el periodista Horacio Verbitsky solicitó ante los tribunales federales la prohibición de difusión de la solicitada, argumentando que con ese acto se incurriría en la figura de apología del crimen prevista por el artículo 213 del Código Penal argentino. El juez federal de primera instancia hizo lugar al pedido y prohibió la publicación de la solicitada al entender que con ella se estaría consumando el mencionado delito y dictó asimismo el procesamiento de tres de los firmantes. Recurrido el caso, la Sala I de la Cámara Federal de la Capital[47] revocó el pronunciamiento adoptado por entender que, si bien la publicación constituiría el delito de apología, había que dejar que la solicitada se conociera, puesto que

---

[43] Entiendo, en mérito al razonamiento consignado, que es errado el pensamiento de Toller sobre el particular, ya que, del mismo modo que lo establecido por el artículo 10 de la Convención Europea, no existe en el Pacto prohibición alguna de la censura. Tal circunstancia no importa —como entiende el citado autor— una proscripción de la censura, teniendo en cuenta que ambos instrumentos establecen limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, las que no resultan incompatibles con un acto interdictorio, siempre que —claro está— medien circunstancias de excepción que justifiquen su dictado.

[44] CSJN, 13/06/89, *Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen*, Fallos: 312:934.

[45] Los periódicos eran *Clarín, La Prensa, La Nación, Ámbito Financiero y Crónica.*

[46] El artículo 99, inciso 5 de la Constitución de la Nación Argentina autoriza al Poder Ejecutivo a “indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

[47] Integrada por los jueces Ricardo Gil Lavedra y León Carlos Arslanián, quienes —paradójicamente— fueron dos de los magistrados que integraban el tribunal que había juzgado y condenado a Videla en el año 1985, en lo que se conoció como *juicio a las juntas.*

de no hacerlo se estaría censurando la expresión, conducta expresamente vedada por los artículos 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana.

Aun cuando la resolución fue favorable a los recurrentes, estos no quedaron conformes con el fallo de la Cámara y recurrieron a la Corte Suprema, en el entendido de que, "independientemente de que la resolución sería favorable a sus pretensiones, en cuanto ha revocado el auto que impedía publicar la solicitada en cuestión, sus fundamentos involucran no solamente una amenaza cierta de que, en caso de publicarse, los responsables cometerían el delito de apología del crimen, sino que tal delito ya se habría cometido en grado de tentativa".

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, esta por mayoría rechazó el recurso extraordinario incoado, por entender que la amenaza de sometimiento a proceso no causaba un gravamen susceptible de incoar un perjuicio, lo que tornaba inviable cualquier apelación por ausencia de uno de sus requisitos. En este sentido, dijo:

> […] la afirmación del a quo, en el sentido de que los autores de la solicitadas hallarían incursos en responsabilidad penal, no causa a los recurrentes […] gravamen, el cual únicamente se produciría en caso de dictarse una sentencia condenatoria después de la tramitación de un juicio penal en el cual se hubiesen observado las formas relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales […] La afirmación no es más que un "obiter"', es decir, un razonamiento que no es relevante para la solución del caso y que, por ello, carece de todo efecto normativo.

Agregó el tribunal:

> Si bien es cierto que la posibilidad de que los apelantes sean procesados en el futuro por el delito de apología del crimen no es meramente "imaginaria ni especulativa" […], los agravios de los nombrados, en cuanto se dirigen a impugnar la legitimidad constitucional de la censura previa, no guardan relación alguna con aquella eventualidad, por lo cual devienen claramente inactuales […] Desde otro punto de vista, en cuanto buscan equiparar a la amenaza de sometimiento a proceso con la censura previa proscripta por la Constitución, tampoco son atendibles, ya que —como se expresó precedentemente— de aquella no derivaría un gravamen actual y concreto pues no afecta la garantía del derecho de defensa de los recurrentes en el caso eventual de ser procesados.[48]

En disidencia, el juez Carlos Fayt entendió que las garantías que rodean a la libertad de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, como así también toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa. Señaló que, aun cuando la Cámara revocó la resolución que impedía la difusión de la solicitada:

> […] del contenido de la decisión del a quo se desprende que resulta claramente inescindible de la resolución el texto de sus fundamentos, pues aun cuando la pretensión última de los recurrentes —esto es, el levantamiento de la interdicción dispuesta

[48] O. cit., considerando 5 del voto de mayoría suscrito por los jueces Petracchi y Bacqué, y voto concurrente de los jueces Belluscio y Caballero, considerando 6.º.

> por el juez de primera instancia— fue formalmente satisfecha en la parte dispositiva, la Cámara, en sus considerandos, ha sostenido no solo que la publicación de la solicitada constituirá una apología del crimen, sino que tal delito, aun antes de su publicación, ya ha tenido comienzo de ejecución.[49]
>
> […] Tales apreciaciones constituyen un claro prejuzgamiento, absolutamente improcedente a esta altura de la causa, en la que solamente cabía resolver si era posible o no evitar la publicación de la solicitada.[50]

Ello, a su juicio, constituía una amenaza.[51]

A mi criterio, los fundamentos vertidos en uno u otro sentido resultan ser lo suficientemente sólidos para justificar jurídicamente cualquiera de las soluciones propuestas. Empero, entiendo que la norma en comentario solo autoriza la sanción a posteriori de las expresiones descritas. En primer lugar, porque desde una interpretación sistemática de la Convención ha de entenderse que en una misma norma, donde se prohíbe categóricamente la censura previa y se menciona y delimita la única excepción a la mentada prohibición, no puede haber un inciso que a renglón seguido implícitamente la consagre. Con arreglo a ello, una correcta interpretación estribaría en admitir que la prohibición que la norma manda a legislar se hace efectiva únicamente contra la exteriorización del pensamiento, quedando sujeta entonces a responsabilidades ulteriores que estipulen por ley cada uno de los estados partes.

Si bien es cierto que la fuente de la norma abreva en lo dispuesto por el artículo 20 del Pato Internacional de Derechos Civiles y Políticos —instrumento que, aunque no expresamente, admite la censura entre las restricciones a la libertad de expresión—, con las modificaciones introducidas en los debates de la Conferencia Especializada entiendo que el sentido de la norma fue la represión a posteriori, la cual, por supuesto, queda condicionada a la existencia de ley previa.[52]

La interpretación propiciada es conteste con la solución que se viene aplicando en los países que legislaron sobre la cuestión. Valga como ejemplo lo sucedido en Gran Bretaña, donde la Racial and Religious Hatred Hill reprime las conductas que exterioricen odio racial o religioso a través del uso de palabras, comportamientos o exhibición de material escrito con esa intención. Ello al extremo de que el más polémico referente del islam en aquel país, que predicaba el odio entre las religiones, fue condenado a siete años de prisión pero nunca objeto de censura previa. En el mismo

---

49 Voto disidente del juez Carlos Fayt, considerando 15.º.

50 Ibídem, considerando 16.º.

51 Cf. Carlos S. Fayt: *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*, Buenos Aires: La Ley, 1995, p. 171.

52 De acuerdo con esto: Sagüés: o. cit., p. 972. Ello es así porque la norma que incoa una restricción —en este caso la censura previa— tiene que estar expresamente establecida por ley, y por *ley* en sentido formal. Cf. CorteIDH, opinión consultiva OC 6-86 del 9 de mayo de 1986, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, serie A, n.º 6.

sentido, en Alemania, la Ley Constitucional estipula penas de hasta 20 años de prisión para quienes nieguen el holocausto o hagan apología del nazismo.[53]

6. Reflexiones finales y conclusión

Tal como decía Alexis de Tocqueville en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. En una democracia republicana la censura no puede ser tolerada sino en casos de excepción. A esta altura de la civilización, nadie duda ya de los nocivos perjuicios que trae aparejados cuando se ejerce discrecionalmente. Como decía Mill:

> La peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión —y yo agregaría cualquier clase de expresión— es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error.[54]

Por otra parte, debemos subrayar que la conducta del censor se halla plagada de torpeza. Lejos de conseguir su fin, con la censura se logra exactamente lo contrario. La idea del censor es torpe, diáfana, pueril, puesto que, como enseña la experiencia, lo prohibido ejerce sobre las personas una atracción peculiar. Cuando se censura algo, lo único que se consigue es despertar el interés popular de conocerlo. Es por ello que en la generalidad de los casos en que ha habido censura lo único que se consigue es fomentar el deseo del público de conocer lo que se prohíbe, con lo que se logra el efecto opuesto al perseguido.

Sin embargo, existen situaciones de excepción que pueden justificar una medida anticipada sobre la expresión y que me llevan a concluir y defender que la prohibición de censura no debe interpretarse con carácter absoluto. Como afirma Vanossi, “la idea de un derecho ilimitado pertenece a un concepción antisocial”.[55]

El carácter absoluto de la prohibición de censura reside en última instancia en la desconfianza tenida por el legislador constituyente a los órganos gubernamentales encargados de administrar las normas. Ello se da más en la América Latina, y el artículo 13 de la Convención —al contener una disposición no inserta en los demás documentos internacionales— es el fiel testimonio de que nuestro continente ha optado por una fuerte aversión hacia la censura, posiblemente debido a la gran cantidad de abusos que en nombre de ella se han cometido en estas latitudes. Mas ello no

---

53 Cf. Pizzolo. o. cit., p. 1.
54 John Stuart Mill: *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza, 1997, p. 104.
55 Vanossi: o. cit., p. 38.

debe llevarnos hacia una posición dogmática, que es la que parece predominar entre nuestros juristas. Es esta y no otra la tesis del presente trabajo.

Empero, me persuado de que esta regla que aparece hoy como una verdad revelada irá diluyéndose poco a poco con el paso del tiempo —aunque sin saber cuándo— por una concepción más flexible, menos dogmática, como la que rige en los Estados Unidos y Europa, sin que pueda afirmarse con honestidad intelectual que la censura se ejerce indiscriminadamente por aquellos lugares. Se trata a mi juicio de un devenir histórico inexorable.

Hay quienes, como Gregorio Badén o el juez de la Corte Suprema de Justicia argentina Enrique Petracchi, afirman que el propósito de admitir la censura en ciertas circunstancias excepcionales es loable, pero que en este tema "el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones". Cuando se tolera un caso de censura —afirma el primero de los autores—, se abren las compuertas que dan lugar a las más aberrantes violaciones a la libertad. Hay mucho de verdad en esta afirmación, pero el mensaje verdadero es que debemos evolucionar hacia un estudio donde se comprenda cabalmente que la censura es una técnica no recomendable, salvo en casos de excepción, y siempre debe estar acompañada de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, como ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos. Reitero, no obstante, que dicha presunción ha de admitir por la fuerza de las cosas prueba en contrario.

Ilustro con un ejemplo lo que quiero significar. Supóngase que la Secretaría de Inteligencia del Estado infiltra a uno de sus agentes en una célula terrorista de la que tiene indicios que ha colaborado en varios atentados en diversas partes del mundo. La información se filtra a un medio de comunicación, que toma conocimiento de ella y se dispone a publicarla. Advertido de tal circunstancia, el Estado recurre al Poder Judicial solicitando una interdicción al medio de prensa tendiente a que se abstenga de publicar la noticia. El juez niega el requerimiento fundándose en que la prohibición de censura previa —conforme lo establecen el artículo 13, inciso 2, de la Convención Americana y la inveterada jurisprudencia construida en ese sentido por los organismos internacionales de control— es absoluta y no admite en ningún caso restricciones previas, como no sea la calificación de los espectáculos públicos con el único objeto de regular el acceso a ellos de la infancia y la adolescencia. Con ello, el medio queda allanado para dar a conocer la información, y efectivamente lo hace. A los dos días, el cuerpo del agente infiltrado aparece colgado en un puente. ¿Ha de ser absoluta la interdicción de censura? ¿Es este el costo que debemos pagar como Estado en favor de la libertad? Cedo la respuesta a este interrogante a Néstor Sagüés:

> El jurista debe recordar que toda interpretación de la Constitución o del derecho en general jamás debe ser absurda, porque el absurdo […] no debe presumirse querido por el legislador (y menos por el Constituyente). Si en la esfera existencial del mundo jurídico político los hechos desembocasen en una situación cercana a la disolución

> social, la supervivencia del sistema gubernativo [justificaría la toma de medidas de excepción].[56]

La idea de una concepción absoluta de los derechos pertenece ya a otro tiempo. Me recuerda esto a lo que ocurrió en la Francia posrevolucionaria, donde caído el absolutismo de los reyes y a fin de afianzar las ideas de la Revolución Francesa que los jueces de *l'ancien régime* podían empalar, se impidió a los magistrados judiciales realizar cualquier ejercicio interpretativo de las normas, circunscribiéndolos a ser la mera *boca de la ley.* Solo así se podían cumplir cabalmente las leyes que la Asamblea Nacional sancionaba para los ciudadanos de aquella Nación. Por aquellos días Demolombe exclamaba casi como un rezo: "mi divisa, mi profesión de fe, pero los textos ante todo". Se pasó aquí de un absolutismo a otro. Y justamente es este el desafío que enfrentan los gobiernos democráticos en nuestros días: el de cuidarse muy bien de no pasar del despotismo de la autocracia, el absolutismo de la democracia.

---

[56] Néstor P. Sagüés: "La censura previa judicial a la prensa. Problemática constitucional", en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXVII, Córdoba (Argentina), 1988, p. 99.

Sergio García Ramírez (México)*

Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno**

1. Premisas para el examen del tema

1. Se ha construido un orden jurídico internacional de carácter convencional (sin perjuicio de otras fuentes), en el que el individuo figura, en su condición de ser humano, como titular de derechos fundamentales: *derecho internacional de los derechos humanos.*[1]

2. Ese orden jurídico[2] se recoge, principalmente, en instrumentos de diversa

---

* Doctor en Derecho magna cum laude e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores (México). Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2007). ‹sgr@servidor.unam.mx›

** Exposición en el XIV Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina (Lima, agosto de 2007).

[1] Hitters y Fappiano definen al derecho internacional de los derechos humanos como una "rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre". Cf. Juan Carlos Hitters y Oscar Fappiano: *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, vol. 1, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 404.

[2] En este contexto aparece la expresión *corpus juris de los derechos humanos*, la cual, según Daniel O'Donnell, es un aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina internacional. En su opinión consultiva OC-16-99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, del 1 de octubre de 1999, la Corte Interamericana manifestó: "El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)". Cf. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 57 ss.

naturaleza y alcance: declaraciones[3] y tratados,[4] con cobertura universal o regional[5] y distintos contenidos: derechos humanos en general y derechos humanos referentes a ciertas materias o a grupos específicos.[6]

3. En dicho orden se localizan diversos textos americanos: Carta de la Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), protocolos a esta convención (en torno a derechos económicos, sociales y culturales,[7] y abolición de la pena de muerte[8]), convenios o tratados especiales (tortura,[9] desaparición forzada,[10] violencia contra la mujer,[11] discapacitados[12]), así como resoluciones de órganos internacionales con variadas características y eficacia.

4. En este sentido aparecen y se desenvuelven, en lo que concierne al imperio de los derechos humanos, los principios de juridicidad (regla general) y especificidad (reglas especiales complementarias de aquella, regularmente concebidas para permitir la vigencia efectiva de la regla general).[13]

---

[3] Así, Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948.

[4] En este orden, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha; Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, del 27 de julio de 1981.

[5] Los reconocimientos internacionales confirieron a los derechos humanos rango supraestatal. Cf. Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bajón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), 3.ª. ed, Madrid: Trotta 1998, p. 937; y "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.): *Estado constitucional y globalización*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 317.

[6] En el plano mundial, por ejemplo: Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del 18 de diciembre de 1990; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 3 de septiembre de 1981, y Convención sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 26 de junio de 1987.

[7] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), del 17 de noviembre de 1988.

[8] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, del 6 de agosto de 1990.

[9] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre de 1985.

[10] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del 4 de junio de 1994.

[11] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), del 9 de junio de 1994.

[12] Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, del 6 de junio de 1999.

[13] La exigencia de especificidad se entiende aquí como provisión de garantías y derechos especiales, adecuados para la protección efectiva e integral de los miembros de ciertos grupos. Cf. Sergio García Ramírez: "Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional", en *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, 2006, pp. 51 ss.

5. El orden internacional de los derechos humanos se sustenta en valores y principios compartidos, que destacan la supremacía y dignidad del ser humano, organizan la vida social, el poder político y la normativa jurídica con sentido *antropocéntrico,*[14] de donde deriva la regla *pro homine*[15] para la elaboración, interpretación y aplicación del derecho.

6. Esos principios y valores enlazan con —o se expresan en— las decisiones políticas fundamentales que constan en las Constituciones de los Estados Americanos, y en las correspondientes decisiones políticas fundamentales que figuran en los instrumentos fundacionales y rectores de la Organización de los Estados Americanos.

Ejemplos de esta consagración constitucional son las leyes fundamentales de Guatemala, cuyo Preámbulo afirma la "primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social" e impulsa la "plena vigencia de los derechos humanos"; Ecuador: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución" (artículo 17); Costa Rica: "Es función primordial del Estado fortalecer la unidad nacional, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes" (artículo 2); Perú: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (artículo 1), y El Salvador: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado

---

[14] Cf. Peter Häberle: *El Estado constitucional* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 115.

[15] Cf. Sergio García Ramírez: *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 118*;* Cecilia Medina Quiroga: *La Convención Interamericana: Teoría y jurisprudencia,* Santiago: Universidad de Chile, 2003, p. 9; Pedro Nikken: *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* Madrid: Civitas, 1987, pp. 100 ss. Asimismo, véase la sentencia C-148-05-22, de febrero de 2005, de la Corte Constitucional de Colombia en revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Tribunales Nacionales - Corte Interamericana de Derechos Humanos,* n.º 2, enero-junio 2007, México: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, pp. 167 ss. Este principio ha avanzado explícitamente en la jurisdicción interna. Así, en México, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha señalado: "[…] el principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos, y por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio". Amparo en revisión 799-2003, *Ismael González Sánchez y Otros,* 21 de abril del 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social" (artículo 1).

7. En aquellos instrumentos constan los compromisos básicos de los Estados del hemisferio, que abarcan deberes de estos entre sí y con respecto a las personas bajo su jurisdicción, y derechos reconocidos a los individuos.[16]

2. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos

8. Con estos fundamentos se ha construido un *sistema interamericano de protección de los derechos humanos*,[17] que constituye una vertiente del sistema interamericano en general. Es producto de la voluntad soberana de los Estados, explícita a través de suscripciones, ratificaciones, adhesiones, reservas a los tratados, reconocimientos de competencia, restricciones al ejercicio de la jurisdicción y actos de denuncia.

9. El sistema interamericano de protección integra un conjunto coherente, por lo que toca a sus valores y principios aceptados, y creciente, por lo que atañe al número y la especificidad de sus ordenamientos.

10. Sobre ese cimiento ideológico se ha erigido el *corpus juris* americano de los derechos humanos, que significa un soporte lógico, político y jurídico para la construcción o reconstrucción de los órdenes nacionales, con vistas a la unificación o armonización de estos.

11. Subjetivamente, el sistema contempla destinatarios naturales (habitantes de los países americanos o personas sujetas a la jurisdicción de estos) y actores, participantes o protagonistas de los que dependen su creación, preservación, desarrollo y eficacia.[18]

12. La identidad, presencia y actuación de esos protagonistas derivan de la naturaleza misma del sistema (como creación interestatal) y de su desarrollo natural

---

[16] La Corte Interamericana ha recogido una corriente jurisprudencial internacional y ha enfatizado que "los tratados modernos sobre derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". CorteIDH, opinión consultiva OC-02/82, del 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, § 29.

[17] Sobre el concepto e integración del sistema, cf. Sergio García Ramírez: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana", en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 77 ss.

[18] La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1.2, establece: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

en círculos concéntricos que abarcan, incorporan o atraen nuevos agentes a la obra común.

13. Los Estados son los agentes primordiales del sistema de protección de los derechos humanos, en virtud de que: a) son los creadores de este a través de decisiones soberanas; b) el sistema es la culminación de un régimen de protecciones (reconocimientos y garantías) que inicia en el orden interno; c) se han constituido en garantes del sistema internacional y de su régimen de protecciones,[19] como lo son de los derechos de sus ciudadanos en el plano nacional; d) ejercen esa condición de garantes con respecto al sistema en su conjunto, a los otros Estados (bajo régimen de colaboración[20]) y a los individuos (tomando en cuenta las características especiales de los tratados sobre derechos humanos), y e) son los integradores e integrantes de la organización de Estados en cuyo ámbito hemisférico surge y opera el sistema, y por lo tanto intervienen en la determinación de objetivos, programas, compromisos y acciones de aquella.

14. Compete a los Estados, en consecuencia, la obligación, soberanamente asumida, de reconocer, respetar y garantizar[21] los derechos humanos (en el doble plano de la conducta de los agentes y órganos estatales y de la conducta de terceros cuyos resultados son atribuibles al Estado, por acción u omisión[22]) y de proveer las medidas de todo género adecuadas para el efectivo ejercicio de los derechos y las garantías reconocidos.

15. En el marco de las decisiones que instalan el sistema, los Estados han generado, regulado y acogido los órganos interamericanos de protección:

---

[19] El Preámbulo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señala que los suscriptores se hallan resueltos "en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la *garantía colectiva* de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

[20] Medina Quiroga se refiere a la obligación de cooperar que tienen los Estados, cf. *La Convención Interamericana…*, o. cit., pp. 26 ss.

[21] Véase Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, § 162 ss. Con base en el artículo 1 de la Convención Americana, Medina Quiroga analiza las obligaciones de respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio. Cf. *La Convención Interamericana…*, o. cit., pp. 16 ss. Asimismo, Thomas Buergenthal: "La jurisprudencia internacional en el derecho interno", en Rafael Nieto Navia (ed.): *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José (Costa Rica): Organización de Estados Americanos-Unión Europea, 1994, pp. 67 ss.

[22] A este tema se ha referido la Corte Interamericana, entre otros casos, en la resolución correspondiente a la *Masacre de la Rochela* (Colombia), sentencia del 11 de mayo de 2007, § 67 y 68.

Comisión Interamericana[23] y Corte Interamericana[24] (CorteIDH o Corte o Tribunal interamericano), fijando sus atribuciones, reglas de operación y actos de protección con características y alcances específicos establecidos en los instrumentos que los crean: opiniones, sentencias, resoluciones de otra naturaleza, recomendaciones e informes, destacadamente.

16. Los Estados han apoyado por diversos medios la autonomía de los órganos internacionales de protección, que además es inherente a la función atribuida a estos (la Corte es un obvio ejemplo: tribunal independiente, imparcial y competente, en consonancia con el debido proceso estatuido en la Convención Americana).[25]

17. Los Estados cuentan con la posibilidad de recibir y valorar los informes[26] de aquellos órganos y formular observaciones y recomendaciones en los cuerpos políticos de la Organización de los Estados Americanos (Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos [CAJP], Consejo Permanente y Asamblea General de la OEA), conforme a

---

[23] La Comisión se encuentra regulada de los artículos 34 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; cuenta con estatuto de octubre de 1979 y reglamento en vigor de 1 de mayo de 2001 (última modificación en el 126.º período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006). La Comisión fue creada en virtud de la Resolución VI de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959). A este respecto, cf. Bertha Santoscoy: *La Comisión Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Ginebra: Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internacionales, 1995.

[24] La Corte Interamericana se rige por los artículos 52 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte cuenta con Estatuto de octubre de 1979 y Reglamento en vigor de 24 de noviembre de 2000 (modificaciones aprobadas por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones número 9 y 10 el día 25 de noviembre de 2003). Asimismo, existen disposiciones comunes para la Corte y la Comisión, en la Convención Americana (artículos 70 a 73).

[25] En la opinión consultiva OC-19/05, del 28 de noviembre de 2005, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte afirmó: "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En el mismo sentido, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece: "la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto" (artículo 1).

[26] La Convención Americana dispone: "la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos" (artículo 65). Se establece la misma obligación de informar a la Asamblea General, a cargo de la Comisión (artículo 41, inciso *g*).

las atribuciones de estos contenidas en la Carta de la Organización, la Convención Americana y otros ordenamientos.[27]

3. Jurisdicción de la Corte Interamericana

18. En la génesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a través de la interpretación estricta y constante de esta, ha quedado bien establecido que la jurisdicción interamericana de derechos humanos es subsidiaria o complementaria de las jurisdicciones nacionales, nunca principal, primordial o excluyente de ellas. En consecuencia, el control de juridicidad (por lo que toca al imperio de los derechos humanos) de los actos de autoridades nacionales y otros atribuibles al Estado corresponde en primer término a los órganos jurisdiccionales internos.

19. Como ya se dijo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (artículo 1 del Estatuto de la Corte). Tiene atribuciones o competencias definidas (en razón de personas, tiempo, espacio y materia[28]) en los instrumentos que la crean y regulan. No puede asumir discrecionalmente, en "actos de voluntad soberana" fuera del marco interamericano, competencias que no le han sido asignadas, aunque ciertamente puede y debe interpretar jurídicamente esos instrumentos para precisar los términos y el alcance de su propia competencia.[29]

20. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, fuente de las atribuciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana, y el Estatuto de esta, adoptado

---

[27] Cf. opinión consultiva OC-19/05, del 28 de noviembre de 2005, *Control de legalidad…*, o. cit., § 14 y 29.

[28] Se habla de las competencias *ratione personae, ratione materiae, ratione temporis y ratione loci.* Al respecto, véase Héctor Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Autoridad Noruega para el Desarrollo Internacional y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 3.ª. ed., 2004, pp. 354-368; y Calogero Pizzolo: *Sistema Interamericano*, Buenos Aires: EDIAR y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 72 ss.

[29] Véase mi voto concurrente respecto a la sentencia del caso *Penal Miguel Castro y Castro* (Perú), fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2006, ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/ casos/ votos/ vsc_garcia_160_esp.doc›. En dicho voto sostengo: "las potestades de un órgano jurisdiccional derivan, necesariamente, de la norma que lo instituye, organiza y gobierna. Esta vinculación entre norma jurídica, por una parte, y jurisdicción, por la otra —expresión, en el orden jurisdiccional, del principio de legalidad—, constituye una preciosa garantía para los justiciables y un dato natural y necesario del Estado de Derecho. Sería inadmisible y extraordinariamente peligroso para las personas que un órgano jurisdiccional pretendiese 'construir', a partir de su voluntad, la competencia que le parezca pertinente. Este 'voluntarismo creador de jurisdicción' pondría en riesgo el conjunto de los derechos y las libertades de las personas y constituiría una forma de tiranía no menos lesiva que la ejercida por otros órganos del poder público".

por la Asamblea General de la OEA, establecen la competencia de la Corte en materia consultiva[30] y contenciosa. De los mismos instrumentos y de la interpretación que al respecto han hecho la propia Corte y otros órganos de la OEA, se desprenden facultades de carácter preventivo (medidas provisionales[31]) y ejecutivo (supervisión de cumplimiento[32]).

21. Incumbe al Tribunal interamericano pronunciarse sobre ciertos extremos de los tratados (y normas convencionales) referentes a derechos humanos y su proyección en países americanos (función consultiva[33]), y acerca de la interpretación y aplicación de la Convención Americana (y de otros tratados que le confieren competencia en razón de la materia) (función contenciosa).

22. La Corte ha considerado expresamente que las opiniones consultivas que emite no tienen, por sí mismas, eficacia vinculante para los Estados americanos.[34]

---

[30] Al respecto, cf. Buergenthal: "The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José (Costa Rica): Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, 1999, pp. 27 ss.; Nikken: "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del seminario. Noviembre de 1999*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica): 2001, t. I, pp. 161 ss.; Máximo Pacheco Gómez: "La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ibídem, pp. 71 ss.; Manuel Ventura Robles y Daniel Zovatto Garreto: *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid: Civitas, 1989, p. 16 ss.; Jo M. Pasqualucci: *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 29 ss.; Héctor Faúndez Ledesma: *El Sistema…*, o. cit., pp. 577 ss.; y García Ramírez, "Estudio introductorio: La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003", en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. opinión consultiva OC-18/2003*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, pp. 9 ss.

[31] Cf. García Ramírez: "Las medidas provisionales…", o. cit., pp. 239 ss.

[32] Cf. a este respecto, Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros* (Panamá), fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2003, § 213 y supervisión de cumplimiento de sentencia. Asimismo, cf. García Ramírez: "La protección de derechos y libertades en el Sistema Jurisdiccional Interamericano. El Amparo Interamericano", en *La jurisdicción interamericana…*, o. cit., pp. 158-162.

[33] La competencia consultiva de la Corte implica un "método judicial alterno" para la protección de los derechos humanos y un servicio que la Corte presta, "destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos". CorteIDH, opinión consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, *Restricciones a la pena de muerte (artículo 4.2. y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, § 43, y opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8.ª Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, § 16.

[34] CorteIDH, *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, § 51.

Un sector de la doctrina[35] y algún Estado del área[36] han acogido un criterio diferente: las opiniones consultivas son vinculantes, especialmente en lo que toca al Estado o a los Estados que las solicitan. La Corte conoce y aprecia este punto de vista, que contribuye a la protección de los derechos humanos y a la armonización del ordenamiento correspondiente.

23. En lo que concierne a las sentencias que la Corte dicta en casos contenciosos (que pueden abarcar diversas cuestiones en litigio: excepciones preliminares, fondo y reparaciones[37]), la Convención Americana fija inequívocamente el carácter vinculante de los fallos, que también corresponde a las otras resoluciones (no consultivas) del Tribunal interamericano. La Convención establece que el fallo de la Corte es "definitivo e inapelable" (artículo 67).

24. Esta fuerza vinculante es inherente a la lógica misma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a la naturaleza jurisdiccional de la Corte y a la admisión expresa de los Estados (a través de la cláusula facultativa contenida en la Convención), que señala el reconocimiento de la competencia de la Corte "como obligatoria" (artículo 62). Los Estados "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (artículo 68.1). Ese carácter vinculante se halla ampliamente mencionado en las sentencias de la Corte (a título de intérprete de la Convención, en lo que concierne a su propia competencia) y en pronunciamientos de los órganos políticos de la OEA.[38]

---

[35] Cf. Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano…*, o. cit., p. 989 ss. Alonso Gómez Robledo atribuye a las opiniones de la Corte "*force de droit* en lo general". Cf. *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa, 2000, p. 46.

[36] Así lo ha considerado la Sala Constitucional (Sala IV) de la Corte Suprema de Costa Rica. Cf. *Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*, expediente 0421-S-90, n.º 2313-95, sentencia de 9 de mayo de 1995.

[37] Cf. García Ramírez: "La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano", en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor: (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Universidad Nacional Autónoma de México-Fundación Konrad Adenauer-Porrúa, 2006, pp. 985 ss.; y en *La jurisdicción interamericana…*, o. cit., pp. 155-156.

[38] La Asamblea General de la OEA ha reiterado que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables y que los Estados parte de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte. En este sentido: AG/RES. 1701 (XXX-O/00) de 5 de junio de 2000, AG/RES. 1827 (XXXI-O/01) de 5 de junio de 2001, AG/RES. 1828 (XXXI-O/01) de 5 de junio de 2001, AG/RES. 1850 (XXXII-O/02) de 4 de junio de 2002, AG/RES. 1890 (XXXII-O/02) de 4 de junio de 2002, AG/RES. 1918 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003, AG/RES. 1925 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003, AG/RES. 2030 (XXXIIV-O/04) de 8 de junio de 2004, AG/RES. 2043 (XXXIIV-O/04) de 8 de junio de 2004, AG/RES. 2075 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005, AG/RES. 2129 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005, AG/RES. 2220 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, AG/RES. 2223 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, AG/RES. 2291 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007, y AG/RES. 2292 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007.

25. La competencia de la Corte, con efectos vinculantes, se extiende a los pronunciamientos en torno a medidas provisionales[39] y a las decisiones que aquella adopta, conforme a sus facultades, para interpretar sus sentencias (que no podrían quedar sujetas a la interpretación de las partes o de terceros) y al desempeño de sus atribuciones como órgano supervisor del cumplimiento de sus resoluciones.

26. Cabe establecer que las resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana poseen igualmente eficacia en el plano doméstico en todo lo que atañe a la interpretación (y consecuente aplicación nacional) de la Convención Americana (y otros tratados), tomando en cuenta que: a) la Corte Interamericana es intérprete de la Convención (y de algunos otros convenios) porque así lo han establecido soberanamente los Estados; b) los Estados han contraído la obligación de respetar y garantizar los derechos y las libertades estatuidos en la Convención; c) aquellos se han obligado asimismo a adoptar las medidas pertinentes para asegurar ese respeto y esa garantía, y d) esos instrumentos internacionales forman parte, por diversos medios o vías, del ordenamiento interno de los Estados y tienen eficacia en el ámbito interno.

27. Por otra parte, la Corte Interamericana no está facultada o no tiene la posibilidad (jurídica y/o práctica) de: a) constituirse en nueva (y última; tercera o cuarta, en sus casos) instancia para el conocimiento de litigios que deben plantearse ante la jurisdicción interna (habida cuenta de la identidad de las partes y del tema de la controversia), y b) asumir, dentro de su competencia reconocida, un elevado número de casos que en las circunstancias actuales no podría resolver oportunamente (bajo la regla del plazo razonable) ni sería necesario o siquiera conveniente que asumiera.

28. En diversas oportunidades, la Corte ha expresado su criterio a este respecto y destacado que no le concierne pronunciarse acerca de cuestiones reguladas por el derecho interno y sujetas a las instancias nacionales (particularmente, comisión de delitos y consecuencias penales de esta), salvo en lo que toca estrictamente a la aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos cuya aplicación se ha encomendado a dicho Tribunal.[40]

4. Enlace entre los órdenes nacionales e internacional. Recepción interna

29. De lo mencionado hasta ahora se desprenden la necesidad y pertinencia de que los órdenes nacionales e internacional concurran,[41] en el ámbito de sus respectivas

---

[39] Cf., entre otros pronunciamientos, CorteIDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* (Trinidad y Tobago), fondo, reparaciones y costas, 21 de junio de 2002, § 27 y 197-200.

[40] En este sentido, cf. CorteIDH, *Caso Velásquez…*, o. cit., § 134; *Caso Suárez Rosero* (Ecuador), 12 de noviembre de 1997, § 37 y *Caso Castillo Petruzzi y otros* (Perú), 30 de mayo de 1999, § 88-90.

[41] Sobre la solución constitucional en América Latina acerca de la relación entre los órdenes nacional e internacional, cf. Quiroga Lavié, Humberto, "Estudio introductorio", *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. Las Constituciones latinoamericanas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, t. I, pp. 24-26.

potestades, para la observancia del ordenamiento integral de los derechos humanos (el estatuto del ser humano, producto de las decisiones político-jurídicas fundamentales en ambos planos). Esto permitiría el despliegue pleno —interno y externo— de la tutela más amplia de los derechos del ser humano, conforme a las convicciones y pretensiones formuladas por los Estados y por la comunidad internacional.

30. Ha existido un debate, que persiste y probablemente persistirá, a propósito de la jerarquía de los órdenes nacional (constitucional, primordialmente) e internacional (tanto en general, como a propósito, específicamente, de los derechos humanos o del régimen internacional humanitario). Difícilmente se alcanzará un criterio unánime en torno a esta cuestión.[42]

31. Sin embargo, el reconocimiento de la dignidad humana como preocupación y eje de la sociedad democrática y la vigencia efectiva de los derechos humanos ganarían un espacio decisivo si quedase claramente establecido que siempre se optará por la norma que brinde mayor protección al ser humano (principio de la norma más favorable: reconocimiento expreso de *pro homine* como regla de creación normativa, interpretación y aplicación). Esto permite superar las tensiones y contradicciones que han existido en este ámbito.

32. La recepción interna[43] (los *puentes* de comunicación entre los órdenes nacionales e internacional) es indispensable para lograr el máximo desarrollo, sin

---

[42] A este respecto existen corrientes monista y dualista. Cf. Hitters, y Fappiano, *Derecho Internacional…*, o. cit., pp. 495 ss. Kelsen señaló que el Derecho Internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes jurídicos nacionales, y estos, como ordenes inferiores, son "delegados" por aquel y forman con él un orden jurídico universal. Cf. *Teoría general del derecho y el Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 417 ss.

[43] Cf. Buergenthal: "La jurisprudencia…", o. cit., pp. 67 ss. Igualmente, cf. Darío Villarroel Villarroel: *El derecho de los tratados en las constituciones de América*, México: Porrúa, 2004, pp. 398-399; Jorge R. Vanossi: "Los tratados internacionales ante la reforma de 1994", en Martín Abregú y Christian Curtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997; Ayala Corao: "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Ricardo Méndez Silva: *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Central de Chile, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Universidad de Lima y Fundación de Derecho Público de Venezuela, 2002, y *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México: Querétaro, colección Fundap, Derecho, Administración y Política, 2003; y Ariel Dulitzky: "Implementación del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República de Argentina", en Víctor Abramovich, Alberto Bovino, y Christian Courtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales y Canadian Internacional Development Agency, 2007, pp. 5 ss. Es importante, como reciente revisión panorámica del proceso de recepción interna (además de la compilación hecha por Abramovich, Bovino y Courtis, que cité): Viviana Krsticevic y Liliana Rojo (coords.): *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires: CEJIL, 2007.

conflictos evitables, en el régimen total de protección de los derechos humanos: reconocimiento de derechos y libertades y garantía eficaz de la observancia de estos. Sin esta recepción resulta frágil, cuestionable e insuficiente la influencia del régimen internacional en la elaboración del *estatuto contemporáneo* del ser humano, que debe acoger los estándares más avanzados.

33. Para proveer a la recepción interna es preciso actuar en los diversos ámbitos de la vida nacional: sociales y oficiales. Y por lo que toca a estos es menester proyectar la recepción en todos los planos o espacios de la estructura y la función del Estado (poderes tradicionales, sector paraestatal, entes autónomos; ámbitos nacional, provincial y local). Solo de esta forma quedan a salvo: a) los compromisos del Estado, que son globales (atañen al Estado en su conjunto, sujeto obligado en el ámbito internacional; sujeto internacionalmente responsable), y b) los derechos y libertades del individuo, que no reconocen fronteras.

34. Hay diversos puentes o manifestaciones de la recepción: a) cultural, b) constitucional, c) legal, d) político y e) jurisdiccional. Ninguno de ellos basta por sí mismo; se requiere la interacción de todos. El conjunto implica una recepción integral, que debiera fluir sin traumas.

35. El *puente cultural* implica la toma de conciencia, en el más amplio ámbito social, sobre el imperio de los derechos humanos, su jerarquía, dignidad y utilidad. De esta manera se expande y profundiza la "cultura de los derechos humanos":[44] impulsada desde fuera y desde dentro. Difícilmente ocurriría una recepción eficaz de los derechos humanos y una consolidación creciente del estatuto contemporáneo si no existe una convicción social arraigada y militante que apoye la necesidad y vigencia de aquellos y supere los falsos dilemas y los remontables prejuicios (por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos merma la soberanía nacional o los derechos humanos significan un obstáculo para la seguridad pública y la seguridad nacional).

36. El *puente constitucional* resuelve normativamente la cuestión de jerarquías y abre la puerta para el tránsito de la corriente internacional hacia el ámbito nacional, sin debates que impidan o demoren la incorporación. En América Latina se ha presentado con creciente fuerza, en los últimos lustros, un movimiento de reforma constitucional que coloca los tratados relativos a derechos humanos en el peldaño de la Constitución o afirma la prevalencia de las soluciones que más favorezcan los derechos y las libertades del individuo.

37. A título de ejemplos de esta renovación constitucional[45] que exalta el derecho internacional de los derechos humanos como fuente de protección para los

---

[44] A este respecto, cf. Rubén Jaime Flores Mena: "La cultura de los derechos humanos. Asignatura pendiente en el ámbito jurídico-formativo local", en *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, pp. 253 ss.

[45] Cf. Ayala Corao: o. cit., pp. 37-90. Asimismo, cf. Pablo Luis Manili: "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional Iberoamericano", ibídem,

habitantes del país, cabe mencionar los casos de: a) Argentina, que eleva diversos tratados de derechos humanos al rango constitucional (artículo 75.22); b) Colombia, que estatuye: los tratados "que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno" (artículo 93); c) Venezuela: los tratados de derechos humanos "tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público" (artículo 23); d) Guatemala: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno" (artículo 46); e) Ecuador: "El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos" (artículo 17); f) Perú: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional (artículo 55)" e introduce el principio de interpretación conforme a tratados en su cuarta disposición final y transitoria: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", y g) Costa Rica: los tratados y convenios tienen autoridad superior a las leyes (artículo 7), y "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República" (artículo 48).

38. El *puente legal* (preferentemente con sustento constitucional) permite la operación de las normas y los pronunciamientos internacionales en el sistema interno; así, participación en procedimientos externos, recepción de sentencias, cumplimiento de reparaciones, etcétera. Hay algunas disposiciones internas sobre este punto, como la ley 27775 de Perú: "Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales". El artículo 1, acerca del objeto del ordenamiento, resuelve: "Declárase de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por

---

pp. 371-410; y Manuel Becerra Ramírez: *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 59-72.

Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política".

En México, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, de 2004, indica: "Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado Mexicano, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones. La aceptación y cumplimiento de las recomendaciones a que se refiere el párrafo anterior, en su caso, deberá llevarse a cabo por el ente público federal que haya sido declarado responsable; lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de los fallos jurisdiccionales de reparación. Será la Secretaría de Relaciones Exteriores el conducto para informar de los cumplimientos respectivos, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda" (artículo 2, § 2 y 3).

39. El *puente político* informa las políticas públicas[46] con datos del orden internacional de los derechos humanos y conduce las acciones del gobierno (o del Estado, en su caso) en dirección consecuente con el derecho internacional de los derechos humanos, entendido en sentido amplio. Tiene que ver con política interna (política *política*, social, económica, educativa, cultural, etcétera) y con política internacional (principios para la actuación del Estado en la relación bilateral y multilateral: iniciativas, deliberaciones, participaciones, cumplimientos).

40. El *puente jurisdiccional* (a través de la jurisprudencia interna, sea por medio de la jurisprudencia vinculante de las más altas cortes judiciales, sea mediante un *control difuso de convencionalidad*) constituye uno de los instrumentos más eficaces de la recepción: define, ante conflictos específicos, la pertinencia y obligatoriedad de la recepción y mueve el criterio de los tribunales en la dirección adecuada. Confiere trascendencia a la jurisprudencia interamericana; resuelve internamente los casos que no podría abordar el tribunal internacional; en este sentido, marcha a favor de la

---

[46] La recepción de la tutela, conforme a los lineamientos internacionales, en las políticas públicas de los Estados es sumamente importante para determinar la eficacia de un sistema internacional de protección de los derechos. En el informe que presenté el 9 de marzo de 2006 a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA —que recoge el informe anual de la CorteIDH a la OEA y es el fundamento de la presentación ante la Asamblea General— señalé: "La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos —como de otros sistemas universales o regionales— se mide por la forma en que trasciende al ámbito interno de los Estados. Esa trascendencia existe y crece. Es satisfactorio señalarlo. La doctrina jurisprudencial del Tribunal —una instancia creada por los propios Estados para servir a sus ciudadanos— ha influido en la reforma de normas, la adopción de nuevos rumbos jurisprudenciales, la revisión de políticas, programas y prácticas", cf. ‹http://www.corteidh.or.cr›. Véase también Víctor Abramovich: "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales", en Abramovich, Bovino y Courtis (comps.): o. cit., pp.217 ss.

armonización, el acceso a la justicia, la igualdad ante la ley, la equidad y la protección de sujetos pertenecientes a sectores marginados o vulnerables.

41. La recepción judicial interna ha sido ampliamente ponderada por la Corte Interamericana ante las instancias políticas de la Organización de los Estados Americanos, como uno de los progresos contemporáneos más significativos y estimulantes dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.[47]

42. A este respecto, en el informe de la Corte Interamericana a la Asamblea General de la OEA, del 6 de junio de 2006, se indicó: "Si tuviésemos que cifrar en un solo concepto los mayores logros de la jurisdicción interamericana en la etapa más reciente —que son, por supuesto, logros del sistema en su conjunto—, habría que mencionar la recepción que la jurisprudencia internacional ha tenido en el orden jurídico interno de los Estados. Se ha fortalecido, con énfasis cada vez más fuerte y convicción cada vez más firme, el tendido de puentes entre el orden internacional y el orden nacional, que lejos de contraponerse constituyen, unidos, el arco protector del ser humano […] Varias Cortes Constitucionales, Cortes Supremas o Salas Constitucionales han acogido explícitamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en un buen número de casos. En ella han apoyado sus pronunciamientos, conforme a la idea —que se sustenta en los ordenamientos adoptados por los propios Estados— de que el Tribunal internacional tiene a su cargo la interpretación de la Convención Americana y de que esta constituye, para cada Estado, fuente de obligaciones, y para cada individuo, fuente de derechos. Este ha sido el giro fundamental en la etapa que ahora vivimos. Por este medio adquieren trascendencia los pronunciamientos de un tribunal internacional que no es última instancia de la justicia interna ni está llamado a conocer un elevado número de casos".[48]

5. *Mecanismo* de cumplimiento

43. Con frecuencia se manifiesta, en círculos insuficientemente informados, pero también en medios que tienen buen acceso a la información, que existe un generalizado incumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que esa inobservancia sistemática constituye un signo de debilidad estructural del sistema.

44. Obviamente, la desatención generalizada de las resoluciones de la Corte significaría la frustración radical del sistema y traería consigo un estado de impunidad que alentaría la comisión de nuevas violaciones. Implicaría, en rigor, la desaparición

---

[47] Cf. Diego García-Sayán: "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004,* San José (Costa Rica): Organización de Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 325- 384, y Jorge Ulises Carmona Tinoco: "La aplicación judicial de los tratados internacionales de los derechos humanos", en Ricardo Méndez Silva: o. cit., pp. 181-209.

[48] ‹http://www.corteidh.or.cr›.

de facto de la jurisdicción interamericana, convertida, en el mejor de los casos, en una fuente de reflexión doctrinal sin trascendencia para los habitantes de la región.

45. Los artículos 65 de la Convención Americana y 30 del Estatuto de la Corte disponen que esta someterá a la consideración de la Asamblea General de la OEA en cada período ordinario de sesiones un informe de labores del año anterior. "De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos". El artículo 25.1 del Reglamento del Tribunal dispone que este presentará a la propia Asamblea General, en su informe anual, una relación de las medidas provisionales adoptadas en el periodo que corresponde al informe, y "cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes".

46. Es inexacto que se presente, hoy día (a casi tres décadas de la instalación del Tribunal interamericano y a muchos años de la emisión de las primeras sentencias), el supuesto incumplimiento generalizado y sistemático. La Corte ha observado ante las instancias políticas de la OEA, atendiendo al deber de informar que le asigna la Convención Americana (y que tiene, para los fines del sistema interamericano de protección, complemento o correspondencia en deberes de la propia Organización orientados a la buena marcha del sistema) la situación que realmente prevalece en esta materia. En el informe del 6 de julio de 2006 a la Asamblea General, dije: "El auténtico acceso a la justicia y la plena tutela de los derechos y las libertades suponen —como lo definieron los Estados en la Convención Americana y lo ha reiterado la Asamblea— el puntual cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales internacionales. En este punto existen desarrollos notables y muy estimulantes: reforma de leyes, expedición de normas, nuevos rumbos jurisprudenciales, cambios reglamentarios, variación de prácticas […]".[49]

47. En el informe presentado a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA el 11 de marzo de 2004, la Corte manifestó: "Consideramos que la ejecución de las sentencias es parte integrante del derecho a la justicia, entendido en el más amplio sentido. Si las medidas de reparación o de preservación de derechos (medidas provisionales) quedan sin ejecución en el ámbito interno, se estará negando, para todos los fines prácticos, el derecho de acceso a la justicia y con ello devendrá ineficaz la jurisdicción internacional establecida por voluntad de los Estados".[50]

48. Tomando en cuenta que las resoluciones jurisdiccionales se componen de un acto declarativo (declaración de violaciones, sustento para establecer la existencia de responsabilidad internacional del Estado) y de un acto condenatorio (precisión de las consecuencias jurídicas —con implicaciones políticas, sociales y éticas— de la violación cometida), el incumplimiento se analiza desde la perspectiva de las reparaciones que ordena la Corte Interamericana una vez que se ha declarado la existencia de

---

49 ‹http://www.corteidh.or.cr›.

50 ‹http://www.corteidh.or.cr›.

una violación al tratado o protocolo que la Corte aplica o interpreta.[51] En este ámbito hay que traer a cuentas igualmente el cumplimiento de las medidas provisionales.

49. Este análisis implica el examen del régimen de reparaciones,[52] que ha tenido un notable desarrollo en los últimos años y ha pasado de las medidas tradicionales, *clásicas*, como son las indemnizaciones por daños material e inmaterial (anteriormente, moral) y la exigencia de justicia interna (sobre todo, aunque no exclusivamente, penal), a medidas que eviten la comisión de nuevas violaciones, ajusten el orden interno al orden internacional, provean satisfacción individual y colectiva y atiendan, a partir de la compensación a la víctima, ciertas necesidades de la comunidad a la que aquella pertenece).

50. Por supuesto, el cumplimiento ocurre en los términos del derecho internacional, que no apareja el empleo de medios de coacción para imponer, con aplicación de la fuerza, la observancia de los pronunciamientos judiciales. No entro ahora al debate, que en este lugar carecería de sentido, sobre la naturaleza de un orden normativo que no puede imponer coactivamente sus determinaciones.

51. Así las cosas, el cumplimiento está evidentemente vinculado a la *voluntad* jurídica y política de los Estados en el sentido de que *pacta sunt servanda*.[53] Esta voluntad enlaza, desde luego, con el mayor o menor compromiso del Estado con su razón de ser (la protección de los derechos fundamentales del ser humano y la aportación de condiciones para el desarrollo de este) en una sociedad democrática, fincada en valores y principios de este género. De lo contrario se resumiría en un aparato de fuerza e interés.

52. Cabe suponer cuáles son los medios para instalar en el Estado esa *voluntad comprometida* que no surge simplemente de la existencia de una norma y un acto judicial que declare su aplicabilidad a cierto caso concreto. Esos medios trascienden la pura consideración jurídica.[54]

---

[51] El progreso en el cumplimiento proviene del avance que experimente la organización internacional y de la fuerza con que la idea de derecho arraigue en esta y en los Estados que la integran. La mejor garantía de cumplimiento de este deber jurídico radica en la convicción moral convertida en fuerza política y eficacia jurídica. Cf. García Ramírez: *Los derechos humanos y la jurisdicción…*, o. cit., pp. 155-160.

[52] García Ramírez: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en *La jurisdicción interamericana…*, o. cit., pp. 163-238.

[53] La Corte ha invocado este principio no solo a propósito del incumplimiento de sentencias, sino también de la observancia de recomendaciones de la Comisión Interamericana. Al respecto ha expresado que, en virtud del principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado suscribe una convención de derechos humanos, "tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos […]". *Caso Loayza Tamayo* (Perú), 17 de septiembre de 1997, § 80.

[54] Thomas Buergenthal, antiguo presidente de la Corte Interamericana, señala: "El cumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales no depende tanto del carácter formal de un fallo

53. Ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, la Corte ha señalado que "en el ejercicio de las atribuciones inherentes a su función jurisdiccional, la Corte observa o supervisa el cumplimiento de sus sentencias y el acatamiento a las medidas de protección ordenadas en sus medidas provisionales. De esta manera puede cumplir las disposiciones de la Convención que le obligan a informar a la Organización de los Estados Americanos, a través de los medios que el propio Tratado prevé, sobre el cumplimiento de sus fallos. Por eso resulta indispensable, dentro de la lógica del sistema, que el Tribunal reciba de los Estados la información que le permita, por una parte, acreditar el acceso a la justicia, y por la otra, cumplir el mandato expreso de la Convención Americana".[55] La Asamblea General de la OEA estimó pertinente (resolución AG/RES.2043 [XXXIIV-0-04] adoptada durante la reunión ordinaria de la Asamblea General en Quito, año 2004) "señalar que, con el propósito de que la Corte pueda cumplir cabalmente con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el cumplimiento de sus fallos, es necesario que los Estados Parte le brinden oportunamente la información que la Corte les requiera" (res. 4).

54. A la vista del sistema europeo fincado en el Convenio de Roma, de 1950, y otros mandamientos, se ha reflexionado sobre la conveniencia de disponer en América de un mecanismo de supervisión y gestión del cumplimiento de las sentencias judiciales a semejanza del Comité de Ministros del Consejo de Europa.[56] La Corte Interamericana ha aludido a esta posibilidad en planteamientos formulados ante las instancias políticas de la OEA.

55. La creación de un mecanismo de esta naturaleza no depende, evidentemente, de la recomendación o decisión de la Corte, y hasta ahora no ha contado con la disposición unánimemente favorable de los Estados integrantes de la OEA o de los Estados partes en la Convención Americana (que hayan reconocido, además, la competencia contenciosa de la Corte). Así las cosas, el Tribunal ha reiterado la pertinencia de establecer un mecanismo multilateral que promueva el cumplimiento en aquellos casos en que hubiese sido irremontable la omisión del Estado, pero no ha dejado de reconocer que esta decisión, de naturaleza política, debe ser examinada y resuelta en los foros políticos de la Organización.

56. En el examen de esta cuestión ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, el Tribunal hizo notar: "Desde hace tiempo se ha mostrado interés y

---

y de su ejecutoriedad abstracta. Mucho más importante es su impacto como fuerza capaz de legitimar la conducta gubernamental y la percepción de los gobiernos acerca del precio que el no cumplimiento puede conllevar". "La jurisprudencia…, o. cit., p. 85.

[55] <http://www.corteidh.or.cr.>

[56] En el sistema europeo de protección de derechos humanos existe el Comité de Ministros, órgano político; entre otras funciones, promueve el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea. Cf. Hitters y Fappiano: o. cit., pp. 686-688. Véase también Amaya Úbeda de Torres: *Democracia y derechos humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Madrid: Reus, 2007, pp. 77 ss.

se ha avanzado en el análisis de los medios de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal. No me refiero, por supuesto, al carácter ejecutivo que aquellas tienen y que proviene directamente del Pacto de San José y del consecuente compromiso de los Estados, con el que cuenta la Corte y cuentan los justiciables. Aludo al mecanismo consensual que pudiera contribuir a impulsar ese cumplimiento, de manera semejante o no a la que existe en el ámbito de la jurisdicción europea, e invoco también la elevada condición de los Estados como protagonistas y garantes, a un tiempo, de la tutela internacional de los derechos humanos". Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 65 de la Convención "y justamente para mejorar su operación y conferir mayor eficacia práctica a la jurisdicción interamericana creada por los Estados, se mantiene viva la conveniencia de llevar adelante el estudio del tema y establecer soluciones adecuadas. Por supuesto, la Corte estará atenta a lo que resuelvan, en su caso, los órganos competentes de la OEA".

6. Algunos criterios de los altos tribunales internos

57. Varios Tribunales Constitucionales, Cortes Suprema y Salas Constitucionales han acogido en diversos momentos, cada vez más frecuentes y con énfasis creciente, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; asimismo, han recibido[57] los criterios de la Corte Interamericana en lo que concierne a la interpretación y aplicación, en el plano nacional,[58] de la Convención Americana.[59]

58. Dado que el examen detallado de esta relevante cuestión es materia de la ponencia que presenta el juez Diego García-Sayán al XIV Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales, me limitaré a mencionar en seguida, de manera concentrada y puramente ejemplificativa, algunos temas recogidos por órganos jurisdiccionales internos, que ponen de manifiesto —a propósito del exa-

---

[57] Respecto a los aspectos generales de la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los tribunales internos, véase mi trabajo "Actualidad y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Manuel Becerra Ramírez (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco de su funcionamiento*, México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. XXXVI ss.

[58] Sobre la recepción de la jurisprudencia internacional en Argentina, cf. Juan Carlos Hitters: "Los tribunales supranacionales", en *La Ley* (Buenos Aires), año LXX, n.º 15, 16 de agosto de 2006.

[59] A partir del 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Fundación Konrad Adenauer publican conjuntamente la ya citada revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Tribunales Nacionales - Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la que se recogen sentencias nacionales de países americanos sustentadas en el derecho internacional de los derechos humanos y, más específicamente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (número 1, julio-diciembre 2006; número 2, enero-junio 2007). El antecedente de esta publicación es la *Revista Iudicium et Vita*, publicada hace algunos años por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

men de diversas cuestiones contenciosas— el rumbo actual de un amplio sector de la jurisprudencia nacional en países americanos.

59. *Aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*: a) La convención internacional es inmediatamente aplicable en el orden interno; es *ley* en este.[60] b) La jurisprudencia de la CorteIDH es guía para interpretar los preceptos convencionales, en cuanto el Estado reconoció la competencia de aquella en todos los casos de interpretación y aplicación de la Convención.[61] c) La interpretación fidedigna y suprema de la CADH es la formulada por la Corte Interamericana.[62] d) La jurisprudencia de la Corte IDH "es vinculante para la jurisdicción interna".[63] e) Debe revocarse una resolución que interpreta ciertos preceptos de la ley nacional en forma incompatible con la jurisprudencia de la *Comisión* Interamericana de Derechos Humanos.[64]

60. *Cumplimiento de lo pactado y responsabilidad del Estado*: a) La primera obligación que asume el Estado parte en la Convención Americana es respetar derechos y libertades.[65] b) El Estado que ratifica un tratado de derechos humanos se obliga a modificar en consecuencia su legislación interna.[66] c) El Estado responde por sus agentes, pero también por otras personas, por falta de debida diligencia o por no tratar los casos conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[67] d) El incumplimiento de lo pactado genera responsabilidad internacional del Estado, que es irrenunciable. La expedición de una ley contraria a las obligaciones del Estado genera responsabilidad si afecta derechos y libertades individuales.[68] e) El Estado se compromete a perseguir los delitos de lesa humanidad.[69] f) La omisión en prevenir y perseguir puede generar responsabilidad internacional del Estado.[70] g) Como

---

[60] Corte Suprema de Argentina, caso *Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, sentencia del 7 de julio de 1992.

[61] Corte Suprema de Argentina, caso *Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*, sentencia del 7 de abril de 1995.

[62] Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, casación en el caso de *desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez por agentes de la DINA*, sentencia del 5 de enero de 2004; Corte Suprema de Argentina, *Caso Ekmedjian*, cit. y caso *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, sentencia del 24 de agosto de 2004.

[63] Tribunal Constitucional de Bolivia, *Recurso de nulidad interpuesto por Lloyd Aéreo Boliviano, S. A.*, sentencia 0004/2003 del 20 de enero de 2003.

[64] Suprema Corte de Argentina, caso *Bramajo, H. J. y otro s/ recurso de hecho*, sentencia del 12 de septiembre de 1996.

[65] Suprema Corte de Argentina, caso *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, sentencia del 24 de agosto de 2004.

[66] Suprema Corte de Argentina, caso *Arancibia…*, cit.

[67] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-317/02, 2 de mayo de 2002.

[68] Cámara Federal de Salta, caso *Palomitas - Cabezas de Buey*, sentencia del 29 de julio de 2003.

[69] Argentina, CNCRIM y CORREC FED-Sala II, *Incidente de apelación en autos V. S. E. s/ sustracción de menor*, sentencia del 14 de julio de 2004.

[70] Suprema Corte de Argentina, caso *Arancibia…*, cit.

ha dicho la CorteIDH, la investigación debe realizarse con seriedad y no como simple formalidad condenada a ser infructuosa.[71]

61. *Ineficacia de los obstáculos de derecho interno*: a) No se puede admitir "el otorgamiento de autoamnistías,[72] amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[73] b) La sentencia supranacional obliga a suprimir obstáculos de derecho interno y, por lo mismo, sustenta la anulación del sobreseimiento interno en beneficio de varios inculpados y la inhibición de la justicia militar a favor de la ordinaria.[74] c) La protección de derechos humanos no se detiene ante obstáculos de orden interno; por ejemplo amnistías.[75] d) Son inadmisibles la amnistía, la prescripción y las excluyentes que impidan la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos.[76] e) La "mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana".[77]

62. *Acceso de la víctima a la justicia*: a) El artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 garantiza el acceso a la justicia.[78] b) Las violaciones que producen daño comportan obligación de reparar, que se halla regida por el derecho internacional.[79] c) El derecho de la víctima no se limita a la reparación económica; abarca el derecho a que el Estado asuma la investigación.[80] d) Los perjudicados tienen derecho a saber qué ha ocurrido con sus familiares, como lo ha establecido la

---

71 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-871/03, 30 de septiembre de 2003.

72 La jurisprudencia interamericana ha determinado que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Cf. CorteIDH, *Caso Barrios Altos* (Perú), sentencia del 14 de marzo de 2001, § 41.

73 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-695/02, 28 de agosto de 2002.

74 Resolución de Sala Plena del Supremo Tribunal Militar de Perú, del 1 de junio de 2004 y de Sala Revisora del mismo tribunal, del 4 de junio.

75 Cámara Federal de Salta, caso *Palomitas…*, cit., y Corte de Apelaciones de Chile, sentencia del 5 de enero de 2004.

76 Suprema Corte de Argentina, caso *Arancibia…*, cit.

77 Corte Suprema de Argentina, caso *Simón, Julio Héctor, y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, sentencia del 14 junio de 2005.

78 Suprema Corte de Argentina, caso *Arancibia…*, cit.

79 Suprema Corte Argentina, caso *Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso* artículo *445 bis C. J. M. (desaparición forzada, convenio sobre el pago del daño, renuncia a la acción criminal, reapertura de causas)*, sentencia del 8 de septiembre de 2003.

80 Tribunal Constitucional del Perú, caso *Genaro Villegas Namuche*, sentencia del 18 de marzo 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.[81] e) La víctima y los perjudicados tienen derechos adicionales a la reparación pecuniaria: a la verdad, a que no haya impunidad y a la compensación económica.[82] f) La "doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades […] en general, y por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en particular".[83] g) El convenio ante la ComisiónIDH sobre indemnización no obstruye el derecho de la víctima a intervenir en la investigación de los hechos.[84]

63. *Debido proceso. Juez natural. Recurso y cosa juzgada:* a) La jurisdicción militar se contrae al conocimiento de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones. La jurisdicción militar es restrictiva y excepcional, como lo ha señalado la CorteIDH.[85] b) La jurisdicción militar no es imparcial al juzgar a sus adversarios;[86] c) Las "decisiones de esas instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado […] de investigar en forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente el tránsito a cosa juzgada".[87] d) "La no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención".[88] e) Debe realizarse nuevo proceso, con revocación de la pena de muerte y aplicación de pena privativa de libertad cuando en el primer proceso hubo incongruencia entre la acusación y la sentencia, que transgredió el derecho a la defensa.[89] f) La casación debe garantizar la plena revisión de la resolución recurrida.[90] g) El efecto suspensivo de medidas cautelares apeladas convertiría estas en "meras declaraciones inocuas carentes de operatividad" y privaría a la persona del derecho de acceso a la justicia en contravención de "opiniones consultivas de la Corte

---

81 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-275/94, 15 del junio de 1994.

82 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-282 de 2002.

83 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-004/03 de 20 de enero de 2003. Cita en el mismo sentido: sentencias C-10 de 2000; T-1319 de 2001, y C-228 de 2002.

84 Suprema Corte de Argentina, caso *Hagelin…*, cit.

85 Corte Suprema del Perú, caso *Vicente Quispe de Colque*, sentencia constitucional 0663/2004-R de 5 de mayo de 2004.

86 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-251/02 del 11 de abril de 2002.

87 Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad de un precepto del Código Procesal Penal, sentencia del 20 de enero de 2003.

88 Tribunal Constitucional del Perú, expediente 2488-2002-HC/TC, sentencia del 18 de marzo de 2004.

89 Corte Suprema de Guatemala (caso *Fermín Ramírez*, sentencia del 20 de junio de 2005), que dispuso nuevo juicio, realizado en 2006 por el Tribunal de Escuintla.

90 Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina (CNCP), sala IV, caso *López, Fernando Daniel s/ recurso de queja*, sentencia del 15 de octubre de 2004.

Interamericana de Derechos Humanos, de obligatoria aplicación para los Estados parte".[91]

64. *Temas varios*: a) La Declaración Americana es fuente de obligaciones.[92] b) La opinión consultiva es obligatoria para el país que la solicitó. Si la CorteIDH está facultada para interpretar la Convención, "la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —en principio— el mismo valor de la norma interpretada"; si esto es discutible en relación con Estados que no se apersonaron en la consulta, no lo es en lo que toca al Estado que la formuló.[93]

---

[91] Resolución del juez federal de San Nicolás, Buenos Aires, caso *Aldazábal, José Benito c/ P. E. N. s/ amparo*, sentencia del 7 de mayo de 2002.

[92] Dictamen del procurador general de Argentina, caso *Simón, Julio Héctor, y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, causa 17768, sentencia del 29 de agosto de 2002.

[93] Sala IV de la Corte Suprema de Costa Rica, *Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*, expediente 0421-s-90, n.º 2313-95, sentencia del 9 de mayo de 1995.

Diego García-Sayán (Perú)*

Justicia interamericana y tribunales nacionales

En este trabajo se pone énfasis en la importante vertebración que se viene forjando entre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho interno de los países de la región, particularmente en la jurisprudencia de tribunales relevantes como son algunas de las cortes o tribunales constitucionales. No se podría decir aún que la mayoría de los tribunales ha incorporado ya las sentencias de la Corte Interamericana en sus razonamientos, pero sí que importantes tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de *nacionalización* del derecho internacional de los derechos humanos.

1. Estándares internacionales y derecho interno

La armonización del derecho interno y de la actuación de las autoridades del Estado con las estipulaciones de un tratado como la Convención Americana sobre Derechos Humanos es uno de los elementos centrales del objeto y fin de un tratado como el mencionado. Ello se encuentra expresado en las normas contenidas en el artículo 1.1 y precisadas en el artículo 2 de la Convención, contextualizados por un principio básico de interpretación de los tratados de derechos humanos que es el de asegurar el máximo de protección al ser humano, como lo estipula su artículo 29. La Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado con claridad que no hay lugar para limitaciones implícitas; en el mismo sentido lo ha hecho la Corte Interamericana

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Director General de la Comisión Andina de Juristas. ‹cgranados@cajpe.org.pe›

al establecer que no se puede invocar situaciones excepcionales en perjuicio de los derechos humanos.

Esa compatibilización entre los estándares internacionales con las normas de derecho interno y los actos u omisiones del Estado tiene una expresión específica fundamental en las sentencias de los tribunales. Ello se relaciona directamente con aspectos esenciales de la función del Estado y su deber de organizarse en concordancia con sus obligaciones internacionales. En ese ámbito es esencial determinar si los tribunales están contribuyendo —o no— a establecer concordancias con el ordenamiento internacional de los derechos humanos, teniendo en consideración que, por su naturaleza, las normas y órganos de protección internacionales están diseñados para expresarse en el orden y el derecho interno de los países.

En efecto, los estados, que por decisión soberana se hacen parte de tratados internacionales sobre derechos humanos o promueven el funcionamiento de sus órganos de protección, se imponen a sí mismos el deber de aplicar en su orden interno esos compromisos internacionales. Ese elemento esencial del derecho internacional de los derechos humanos está en la base conceptual de su interacción esencial con el derecho interno y el comportamiento de las distintas instituciones del Estado. Ello al menos en dos ámbitos derivados, cada uno, de dos normas fundamentales de la Convención: el artículo 1.1 y el artículo 2.

En efecto, a través del artículo 1.1 los estados asumen una doble obligación: a) respetar los derechos humanos, y b) garantizar su libre y pleno ejercicio. Además, en conexión con este "deber de garantía", el artículo 2 estipula el deber de los estados de adoptar las medidas legislativas "o de otro carácter" que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Está claro, entonces, que un papel medular les corresponde a los tribunales nacionales, que, como parte del aparato del Estado, se encuentran en la obligación de articular las normas y comportamientos de las autoridades estatales con los compromisos internacionales del Estado del que forman parte activa. En su reciente jurisprudencia la Corte ha resaltado la importancia de los órganos jurisdiccionales internos al señalar:

> Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[1]

[1] Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* sentencia del 26 de setiembre de 2006, § 124.

En esa perspectiva, los tribunales nacionales son garantes de los derechos establecidos en los compromisos internacionales, tanto porque el acceso a los órganos internacionales de protección está sujeto al previo "agotamiento de los recursos internos", debido al carácter subsidiario y coadyuvante del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como porque en la puesta en práctica de las decisiones vinculantes de un órgano como la Corte Interamericana los tribunales nacionales tienen una función capital que desempeñar. Por cierto que el componente "normativo" es de singular relevancia, pero el dato histórico es que la mayoría de las fuentes de discriminación y desprotección se encuentran más en la conducta de los distintos aparatos de Estado que en el plano de las regulaciones legales. Por ello, cuando se habla de *derecho interno* se debe estar pensando, básicamente, en su proceso de aplicación en la viva dinámica del conjunto de instituciones públicas y, en particular, de los tribunales nacionales.

2. Sentencias de la Corte Interamericana y tribunales nacionales

Con cargo a un examen amplio y minucioso que hay que hacer de la jurisprudencia de todos los países de la región, se puede afirmar que se vienen produciendo importantes avances en este terreno. Crecientemente altos tribunales de varios países de la región se nutren de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en asuntos sustantivos muy complejos y críticos. En este proceso dialéctico de interacción entre el derecho internacional y el derecho interno es fundamental el papel de jueces y abogados para que los órganos jurisdiccionales aseguren la implementación en el ámbito interno de los estándares y normas internacionales. En ese orden de ideas, se han marcado hitos claros y reiterados en algunos tribunales de determinados países, como es el caso de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú, así como en la Corte Suprema y ciertos tribunales superiores de Argentina y algunos tribunales superiores de Chile.

La trascendencia de los casos resueltos por la Corte en sus más de 25 años de existencia se da en una doble dimensión. Por una parte, al haber podido pronunciarse sobre materias graves. Por otra parte, el hecho de que muchos de los casos hayan sido representativos de tendencias y/o de numerosos otros casos o situaciones semejantes les da una relevancia cualitativa que trasciende el caso mismo. Ello permitió que en varias situaciones se llegara a conclusiones jurisprudenciales de un cierto carácter emblemático.

En esa doble dimensión la Corte ha tomado decisiones relevantes en una serie temas, entre los que destaco para este artículo los tres siguientes: a) deber de adoptar disposiciones de derecho interno; b) deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, y c) derecho al debido proceso y a un recurso judicial efectivo. Muchos de los criterios definidos por la Corte en estos tres grupos de temas vienen sirviendo de guía de interpretación a tribunales na-

cionales relevantes de varios países de la región, particularmente cortes o tribunales constitucionales.

Como es evidente, el desarrollo jurisprudencial en estas materias tiene, per se, enorme significado conceptual y jurídico. Esa importancia se acrecienta si se toman en cuenta dos asuntos. Primero, que resulta notable constatar el grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte en lo que atañe a aspectos como las modificaciones en la legislación interna, así como el pago de las indemnizaciones y otros pagos conectados a los procesos (costas y gastos). Segundo, que, más allá del caso específico, los tribunales nacionales han sido artífices de una significativa repercusión de esa jurisprudencia para resolver situaciones o casos semejantes a los conocidos por la Corte Interamericana.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Argentina, por ejemplo, había establecido pioneramente en 1995, en el caso *Giroldi*,[2] que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debía "servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención". El Tribunal Constitucional del Perú, al calificar a la Corte Interamericana, como "guardián último de los derechos en la Región",[3] estableció que no era suficiente acudir a las normas internacionales, sino que era preciso tomar en consideración la interpretación que sobre tales normas había realizado la Corte.

Pero tribunales muy relevantes de la región no solo han establecido que la Corte Interamericana es una vía de interpretación de la Convención, sino que han sentado con precisión el principio de que las sentencias de la Corte son de obligatorio cumplimiento por todos los tribunales nacionales.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a través de sentencias como las T-568 de 1999, C-010 de 2000 y C-200 de 2002. Es particularmente notable la sentencia n.º 0007/PI/TC del Tribunal Constitucional peruano, en la que destacó que "*las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vin culantes para todos los poderes públicos* y esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso".[4] Además, enfatiza:

> […] las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos […] y sus opiniones consultivas sobre la misma materia,[5] resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales

---

2 *Giroldi, H., s/ recurso de casación,* 7 de abril de 1995.

3 Sentencia del expediente 218-02-HC/TC, publicada el 3 de agosto de 2002.

4 Ibídem, p. 22. Las cursivas corresponden a subrayado en el original.

5 Nota: Se refiere a la materia del derecho a un recurso efectivo.

> podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99 de la Norma Fundamental.[6]

Esta conducta positiva de los tribunales es una señal efectiva de compromiso en el cumplimiento de las decisiones vinculantes del órgano jurisdiccional interamericano. En un contexto global en el que se oyen voces y se constatan conductas que cotidianamente socavan y buscan mellar el multilateralismo, es propio destacar esta conducta de los estados de la región que fortalece el derecho internacional y los derechos humanos.

3. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: las amnistías y las prescripciones

Las amnistías y las prescripciones han sido señaladas por la Corte, en reiteradas ocasiones, como impedimentos importantes para el pleno cumplimiento del deber de garantía. La Corte ha establecido que no son admisibles las prescripciones o las amnistías "o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos".[7] Asimismo, precisa:

> De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.[8]

En lo que respecta a *amnistías* el caso de mayor impacto positivo hasta la fecha ha sido el de *Barrios Altos*, referido a las denominadas *leyes de autoamnistía* dictadas en el Perú en 1995. Lo es en una doble vertiente. Primero, por los pasos dados en el Perú para dar pleno cumplimiento a la sentencia, que se tradujo en acciones efectivas contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos. Adicionalmente, por el impacto que ha tenido[9] en el razonamiento y el desarrollo conceptual en varios altos tribunales de la región en la crucial cuestión de la impunidad.

---

[6] Ibídem, p. 24.

[7] Caso *Trujillo Oroza, Reparaciones,* supra nota 30, § 106; caso *Barrios Altos,* supra nota 3, § 41, y *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo (artículo 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* sentencia de 3 de septiembre de 2001, serie C, n.º 83, § 15; caso *Bulacio vs. Argentina,* § 116, sentencia de 18 de septiembre de 2003; caso *19 Comerciantes,* sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 175, 262 ss.; caso *Hermanos Gómez Paquiyauri,* sentencia del 8 de julio de 2004, § 232 ss.; caso *Tibi,* sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114, § 259 y sus citas; caso *Masacre Plan de Sánchez,* sentencia del 19 de noviembre de 2004, serie C, n.º 116, § 95 ss.; caso *Hermanas Serrano Cruz,* sentencia del 1.º de marzo de 2005, serie C, n.º 120, § 168 ss.; caso *Huilca Tecse,* sentencia del 3 de marzo de 2005, serie C, n.º 121, § 05 ss.

[8] Caso *Bulacio vs. Argentina,* § 117, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

[9] Esto se refiere tanto a la sentencia misma como a la interpretación posterior que hizo la propia Corte a través de la Sentencia de interpretación de 3 de septiembre de 2001. Allí se estableció: "[…]

Tres años antes del caso *Barrios Altos* la Corte había establecido que con las amnistías dictadas en Perú en 1995 se obstaculizaba "la investigación y el acceso a la justicia [y se impedía] a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".[10] La Corte no extrajo de esa consideración, en esa ocasión, una consecuencia jurídica explícita. Eso lo hizo con toda claridad cuando conoció el caso *Barrios Altos.*

En este caso la Corte consideró que las leyes de amnistía dictadas por Fujimori en 1995:

> […] impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.[11]

Más allá de ello, se estableció:

> […] las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.[12]

Consecuentemente, afirmó que las leyes en cuestión carecían de efectos jurídicos por su incompatibilidad con la Convención.

En noviembre de 2000 cayó el régimen de Fujimori,[13] dentro del cual se había generado el denominado Grupo Colina, sindicado como responsable de los hechos del caso *Barrios Altos*. El gobierno de transición presidido por Valentín Paniagua, y en el que me correspondió desempeñar la tarea de ministro de Justicia, reconoció la responsabilidad internacional del Estado en los hechos.[14] Solo quedó pendiente el tema de las leyes de autoamnistía. Sobre esa base la Corte señaló que "el allanamiento del Perú constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos",[15] y determinó que había cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al caso, abriendo paso a las reparaciones.

---

dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales".

10 Caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, § 105.

11 Caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, § 42.

12 Ibídem, § 43.

13 Noviembre del 2000.

14 Comunicación del agente del Estado de fecha 19 de febrero de 2001.

15 Caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, § 40.

El gobierno de transición, al ser notificado de la sentencia de la Corte Interamericana, la remitió de inmediato a la Corte Suprema de Justicia, desde donde se remitió a varias instancias judiciales[16] señalando que el proceso penal por los sucesos de Barrios Altos[17] debía ser reabierto debido al carácter "vinculante e inexorable" de la sentencia de la Corte Interamericana. El mismo día, la Fiscalía Especializada solicitó y obtuvo un mandato de detención contra las 13 personas implicadas en la matanza, entre las que se encontraban dos generales del Ejército. En los días siguientes los implicados fueron detenidos y sometidos a los correspondientes procesos penales en los tribunales ordinarios. Actualmente, el proceso del caso *Barrios Altos* ha sido acumulado con otros casos atribuidos al Grupo Colina y ha sido uno de los fundamentos por los cuales la Corte Suprema de Chile ha declarado procedente la extradición de Fujimori.[18]

En paralelo, en la justicia militar se dieron pasos y razonamientos muy interesantes que rompieron la sujeción que había tenido respecto de Fujimori y Montesinos y, además, la inercia de décadas en las que su razonamiento no había estado muy apegado a los estándares democráticos. A las pocas semanas de recibida la sentencia de la Corte Interamericana, el Consejo Supremo de Justicia Militar,[19] en sus dos instancias,[20] resolvió declarar nulos los sobreseimientos que el propio fuero militar había decretado en beneficio de Vladimiro Montesinos Torres y personal del Ejército, y dispuso que lo actuado se remitiera al Juzgado Penal Especial del fuero ordinario. El razonamiento de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar es muy rico y consistente desde el punto de vista jurídico. Además de remitirse al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, estableció:

> El Consejo Supremo de Justicia Militar, como parte integrante del Estado Peruano, debe dar cumplimiento a la sentencia internacional en sus propios términos y de modo que haga efectiva en todos sus extremos la decisión que ella contiene […].

La Sala Revisora agregó que los sobreseimientos dictados vulneraban "claramente la quinta decisión[21] de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordena al Estado investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos".

---

16 Salas Penales y Corte Superior de Lima. Un mes después, el 24 de abril, se envió al Consejo Supremo de Justicia Militar.

17 Los hechos de Barrios Altos se produjeron en 1991 y las autoamnistías las dictó el gobierno de Fujimori en 1995.

18 Sentencia de la Corte Suprema de Chile del 21 de setiembre de 2007.

19 Máximo órgano de la justicia militar peruana.

20 Sala Plena en fallo del 1 de junio de 2001 y Sala Revisora en decisión del 4 de junio del mismo año.

21 "5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables".

A partir de estos avances y de la posterior sentencia interpretativa de la Corte Interamericana, en la que esta determinó que lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tenía efectos generales,[22] se sucedieron una serie de decisiones importantes en varios tribunales de la región.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, al resolver[23] la casación presentada por los procesados en la detención y posterior desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez,[24] producida en 1975 por acción de agentes de la DINA, consideró como interpretación fidedigna y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos aquella emanada de la Corte Interamericana. Asumió explícitamente los parámetros interpretativos de la Corte citando íntegro el § 41 de la sentencia sobre *Barrios Altos*.[25]

En Argentina los desarrollos han sido diversos. Destaco dos que son especialmente relevantes. De un lado, el fallo de la Cámara Federal de Salta, de 29 de julio de 2003. Por otro lado, el caso de *Julio Héctor Simón*, que culminó en un fallo muy relevante de la Corte Suprema de Argentina dictado en junio de 2005. En la decisión de la Cámara Federal de Salta se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y se ordenó la detención de los imputados a efectos de que prestaran declaración indagatoria en la causa caratulada: *CABEZAS, Daniel Vicente y Otros s/ Denuncia - Palomitas - Cabezas de Buey"*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia por el caso *Barrios Altos* son ingredientes muy importantes en el razonamiento de la Cámara Federal:

> Sobre el tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció en el caso "Barrios Altos" del 14 de marzo del 2001, señalando que[26] […] La circunstancia de que tales afirmaciones se realicen con referencia a leyes de "autoamnistía" en nada

---

22 "[…] dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales". Sentencia del 3 de setiembre de 2001.

23 Fallo del 5 de enero de 2004 dictado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

24 Ver al respecto el artículo de Humberto Nogueira Alcalá: "Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 11.821-2003, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 2, 2003, ISSN 0718-0012.

25 "41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

26 En esta parte la Cámara cita la sentencia Barrios Altos: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos

> le restan valor, antes bien son plenamente aplicables, toda vez que, como se vio, esta Cámara considera que teniendo en cuenta cómo fueron gestadas, las leyes de obediencia debida y punto final se asimilan a una verdadera "autoamnistía".[27]

En el caso de *Julio Héctor Simón*, quien llevó su reclamación por supuesta privación ilegítima de libertad por todas las instancias hasta llegar a la Corte Suprema, esta emitió en junio de 2005 un fallo de enorme importancia y trascendencia. Simón, ex suboficial de la Policía Federal, estaba procesado con prisión preventiva por el secuestro y la posterior desaparición en 1978 de José Liborio Pobrete Rosa y su esposa, Gertrudis Marta Hlaczik. En el dictamen del procurador general del Estado de 29 de agosto de 2002 se enfatizaba el deber internacional del Estado argentino de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad citando in extenso para este efecto el caso *Velásquez Rodríguez.* La referencia al caso *Barrios Altos* es muy amplia y detallada. Subraya el deber de investigar y a la Corte Interamericana como referente jurisprudencial fundamental para negar efectos jurídicos a las disposiciones de olvido y perdón al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos.

En concordancia con el dictamen del procurador, el 14 de junio de 2005 la Corte Suprema emitió una sentencia trascendental a través de la cual privó de efectos jurídicos las leyes 23492 y 23521 (de Punto Final y Obediencia Debida) y las declaró inconstitucionales. El sólido y extenso razonamiento de la sentencia está basado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con especial énfasis en el caso *Barrios Altos,* que se reseña y analiza de manera amplia y minuciosa. En la sentencia de la Corte Suprema se establece:

> La traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales.[28] [Asimismo] las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.[29]

La Corte Constitucional de Colombia, por su parte, ha sido clara a través de reiterada jurisprudencia en cuanto a la inadmisibilidad de las amnistías y *autoamnistías,* con razonamientos basados en la Corte Interamericana. Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 13 de la ley 733 de 2002, que establece que los autores o partícipes de los delitos de terrorismo, secuestro o extor-

---

inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (CIDH, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú),* sentencia de 14 de marzo de 2001, p. 41).

27 § IX.

28 Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 14 de junio de 2005, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa n.º 17.768—,* § 24.

29 Ibídem.

sión no podían ser beneficiados con amnistías e indultos, la Corte Constitucional se remitió al derecho internacional y a las sentencias de la Corte Interamericana para establecer que, tratándose de "delitos atroces" no se puede admitir "el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[30]

Resulta interesante el razonamiento de la misma Corte Constitucional a propósito de la aprobación por Colombia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se efectuó a través de la ley 742, del 5 de junio de 2002. A través de una sentencia por medio de la cual la Corte Constitucional declaró constitucional dicha ley,[31] basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reiteró:[32]

> […] los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que solo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17, de la CP), no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[33]

En lo que respecta a las *prescripciones*, los conceptos de la Corte Interamericana también han sido recogidos por diversos tribunales nacionales. La mayoría de las decisiones jurisdiccionales sobre la materia en el plano nacional sustentan la imprescriptibilidad de la acción penal en la gravedad misma de ciertas violaciones a los derechos humanos; algunas de esas decisiones desarrollan específicamente ese enfoque con relación a las desapariciones forzadas, por su carácter continuado y permanente. Hay varios ejemplos relevantes de decisiones adoptadas por tribunales de la región. Ciertos casos de Argentina y Bolivia resultan especialmente ilustrativos.

Así, en la apelación presentada en Argentina por el ex dictador Augusto Pinochet en la causa en la que se investigaba el homicidio del general Carlos Prats y su esposa, la representación del procesado alegó, entre otros argumentos, la prescripción del delito. El tribunal citó completo el § 41 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos*, en la que se considera "inadmisibles" las

---

30 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-695/02. 28 de agosto de 2002.

31 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578/02. 30 de julio de 2002.

32 Ibídem.

33 Cita a pie de página de la propia Corte Constitucional: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001 la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional".

disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Concluyó la Cámara Criminal y Correccional Federal que "NO HACE LUGAR al planteo de PRESCRIPCIÓN de la acción penal formulado en beneficio de AUGUSTO JOSÉ RAMÓN PINOCHET UGARTE […]".[34]

En seguimiento de lo dictaminado por la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Argentina ha sido enfática y consistente en establecer el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Es relevante la actuación de la Corte Suprema cuando el 24 agosto de 2004 resolvió el recurso de hecho deducido por el Estado argentino y el gobierno de Chile en la causa seguida en el caso de *Arancibia Clavel*,[35] a quien en primera instancia se responsabilizó, entre otros crímenes, por el asesinato en Buenos Aires del general Carlos Prats y su esposa, para que luego la Cámara de Casación cuestionara el tipo penal aplicado para la condena[36] y determinara que la acción penal había prescrito. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel y probados en el proceso (homicidios, torturas y tormentos y desaparición forzada de personas), determinó que "en función de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" no eran aplicables las normas ordinarias de prescripción. El máximo tribunal argentino reafirmó los principios fundamentales del deber de garantía establecidos por la Corte Interamericana citando in extenso la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.[37] La Corte Suprema expresa muy claramente el enfoque de que la imprescriptibilidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son "generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir,

---

34 Cámara Criminal y Correccional Federal de Argentina, causa n.º 17.439 *Pinochet Ugarte, Augusto s/ prescripción de la acción penal*. Mayúsculas en el original.

35 Arancibia Clavel había sido parte, desde marzo de 1974 hasta noviembre de 1978, de la Dirección Nacional de Inteligencia Nacional (DINA) chilena.

36 Prisión perpetua.

37 "36) Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no solo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (CIDH, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C, n.º 4).

huyendo al control y a la contención jurídica". Y que teniendo en cuenta que las desapariciones forzadas de personas las cometieron en Argentina "fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial" no puede "sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza". Basándose explícitamente en decisiones de la Corte Interamericana, concluyó la Corte Suprema en este caso:[38]

> […] la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional.[39]

De especial interés resulta la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional de Bolivia a partir de la demanda presentada por la madre de José Carlos Trujillo Oroza, cuya desaparición forzada en 1972 había derivado en la sentencia dictada por la Corte Interamericana el 26 de enero de 2000. Partiendo del reconocimiento de responsabilidad presentado por el Estado boliviano, la Corte Interamericana estableció en la correspondiente sentencia de reparaciones:[40] "3. Que el Estado debe investigar, identificar y sancionar a los responsables de los hechos lesivos de que trata el presente caso […]". En el proceso penal seguido en Bolivia —a partir de la sentencia de la Corte Interamericana— contra los supuestos responsables, se había declarado extinguida la acción penal por prescripción. Primero por determinación del juez quinto de Instrucción en lo Penal y luego por la Sala Penal Primera del distrito judicial de Santa Cruz.

Sobre la base del recurso presentado por la madre del desaparecido ante el Tribunal Constitucional, este determinó que se estaba ante un delito permanente debido a que "en la ejecución de la acción delictiva, el o los autores, están con el poder de continuar o cesar la acción antijurídica (privación ilegal de libertad) y que mientras esta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa".[41] El Tribunal afirmó que estaba "establecido el carácter permanente del delito de privación ilegal de libertad, delito por el cual se juzga a los imputados […], y que la víctima no ha recuperado hasta el presente su libertad; consecuentemente, no ha

---

38 § 23 y 36 de la sentencia de la Corte Suprema de la República Argentina en la causa n.º 259 C, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros,* Buenos Aires, 24 de agosto de 2004.

39 La Corte cita como referencias el caso *Barrios Altos,* sentencia del 14 de marzo de 2001; el caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia - Reparaciones,* sentencia del 27 de febrero de 2002, y el caso *Benavides Cevallos - Cumplimiento de sentencia,* resolución del 9 de septiembre de 2003. Debe mencionarse que razonamientos contra la aplicación de la prescripción en casos de graves violaciones a los derechos humanos ya habían sido efectuados por tribunales argentinos con anterioridad. Así, por ejemplo, en el recurso de apelación interpuesto por Emilio Eduardo Massera —expediente 30514— contra la decisión del juez que le había denegado la excepción de prescripción, la Cámara se pronunció en septiembre de 1999 estableciendo el carácter imprescriptible del crimen de la desaparición forzada de personas.

40 27 de febrero de 2002.

41 Sentencia Constitucional n.º 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001, § 16.

comenzado a correr la prescripción; puesto que para computar la prescripción de los delitos permanentes se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito (en el delito que nos ocupa, cuando la persona recupera su libertad)". Como consecuencia, declaró procedente el recurso.

4. Deber de investigar las violaciones a los derechos humanos

La Corte Interamericana en su jurisprudencia constante ha destacado la importancia del deber de garantía traducido en la obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos. Los principios así establecidos vienen teniendo progresiva y consistente aplicación por importantes tribunales de la región en una sucesión de decisiones que afirman la obligación del Estado de investigar y sancionar esas violaciones.

Así, la Corte Constitucional de Colombia, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en su sentencia n.º T-275/94, 15 de junio de 1994,[42] reivindicó el derecho a la verdad de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos estableciendo que "Los perjudicados tienen derecho a saber qué ha ocurrido con sus familiares, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Asimismo, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el "derecho a la verdad" y el "derecho a la justicia", remitiéndose siempre a sentencias de la Corte Interamericana. Así, por ejemplo, en la sentencia C-282 de 2002 enfatizó el sustento de tales derechos, entre otros aspectos, en sentencias de la Corte expresamente referidas.[43]

Frente a otra demanda de inconstitucionalidad —esta vez contra el artículo 220, numeral 3.º, del Código de Procedimiento Penal— la misma Corte Constitucional reafirmó y desarrolló principios importantes conectados al deber de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. En la demanda se objetaba que no existía razón para que en el Código de Procedimiento Penal la revisión del fallo, al surgir hechos o pruebas nuevas no conocidos por el juez durante el proceso, solo operara para absolver al procesado o declarar su inimputabilidad. Ello dejaría por fuera, al decir de la demanda, "la posibilidad de hacer justicia frente a los hechos o pruebas nuevas que puedan aparecer y que lleven a revisar el fallo para una responsabilidad penal mucho más grave y una mayor indemnización frente a quienes padecieron

---

[42] Proceso de tutela instaurado por una ciudadana que demandaba que se "investigue prolijamente" el fallecimiento de su hijo Nelson Joaquín Peñaranda Guerrero, soldado voluntario en el Batallón de Contraguerrillas n.º 16 de la Brigada Móvil N.º 2, fallecido el 7 de septiembre de 1993 a consecuencia de un disparo recibido dentro de las instalaciones del Batallón Mecanizado N.º 5 en Cúcuta.

[43] Citan expresamente los casos *Velásquez Rodríguez* (fundamento 166) y *Barrios Altos* (fundamento 43).

algún perjuicio con el hecho dañoso".[44] Estaban en discusión, pues, principios como el *non bis in idem* y la cosa juzgada. Amparando la demanda la Corte resolvió:

> […] los derechos de las víctimas desbordan el campo indemnizatorio pues incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Particular importancia tiene en este aspecto la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos […] en donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso.[45]

Además, la Corte enfatizó que se estaba ante tres derechos relevantes para analizar la norma demandada: el derecho a la verdad (se remitió a los casos *Velásquez Rodríguez* y *Barrios Altos*), el derecho a que se haga justicia en el caso concreto y el derecho a la reparación del daño a través de una compensación económica.

Ante otra demanda de inconstitucionalidad de un aspecto del Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional reafirmó los principios establecidos en su propia jurisprudencia y se sustentó en la Corte Interamericana en cuanto al deber de investigar. En la demanda se ponía de relieve en este caso el principio *non bis in idem.* Los demandantes señalaban que la norma impugnada del Código de Procedimiento Penal posibilita la revisión y posterior declaratoria de nulidad de las sentencias absolutorias "contrariando evidente y flagrantemente la Convención Americana de los Derechos Humanos". Al resolver, la Corte Constitucional enfatizó:

> […] conviene acotar que la jurisprudencia constitucional viene reivindicando los derechos que en el proceso penal tienen las víctimas y perjudicados del hecho punible a la reparación económica, a la verdad y a la justicia.[46]

Y precisó:

> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la verdad, justicia y reparación, por lo que el Estado debe cumplir el deber de investigar esos hechos, sancionar a los responsables y restablecer, en lo posible a las víctimas en sus derechos. En este sentido ha hecho énfasis en que la investigación "debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa", pues de lo contrario puede afirmarse que el Estado ha incumplido el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual comprometería su responsabilidad internacional.[47]

Finalmente, la misma Corte Constitucional colombiana se remitió a la Corte Interamericana para declarar inconstitucional parte de la tipificación de la figura de las desapariciones forzadas contenida en el artículo 165 de la ley 599 de 2000, por la

---

44 Ibídem.
45 Ibídem.
46 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-871/03, 30 de septiembre de 2003.
47 Ibídem.

cual se expidió el Código Penal.[48] En la demanda se explicaba que el segmento demandado, en cuanto exigía como requisito *sine qua non* para la configuración del delito de desaparición forzada que el particular o el servidor público autor del punible perteneciera a un grupo armado al margen de la ley, dejaba de tipificar la conducta del particular o del servidor público que actúa individualmente, o que pertenece a un grupo que no tiene la particularidad de ser armado, o que ni siquiera está por fuera o al margen de la ley. Al analizar la demanda, la Corte Constitucional tomó en cuenta el caso *Velásquez Rodríguez* y afirmó que con dicho fallo la Corte Interamericana dejó en claro que:

> […] en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, y que aún así no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito, como violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte atribuible directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, sin embargo puede acarrear su responsabilidad internacional, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[49]

En sus consideraciones la Corte Constitucional estableció que por la descripción de la conducta contenida en la norma impugnada "no es valida la afirmación de la accionante de que los miembros de las Fuerzas Armadas están excluidos de ser sujetos activos de la desaparición forzada".[50] En cuanto que el sujeto activo del delito de desaparición forzada y la exigencia que pertenezca a un "grupo armado al margen de la ley", para la Corte Constitucional esta expresión es inconstitucional por reducir significativamente el sentido y el alcance de la protección de las víctimas. En ese orden de razonamiento, la Corte Constitucional reafirmó el sentido del tratamiento de la desaparición forzada contenida en la Constitución (artículo 12), la cual:

> […] consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacionales […] toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no

---

48 El artículo en cuestión era el siguiente: "ARTÍCULO 165. DESAPARICIÓN FORZADA. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años".

49 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-317/02 del 2 de mayo de 2002.

50 Ibídem.

> ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones.[51]

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha reafirmado en varios casos los principios fundamentales del deber de investigar y de acción contra la impunidad. En el recurso extraordinario interpuesto por Gabriel Orlando Vera Navarrete, quien consideraba que existía una detención arbitraria en su caso y solicitaba su inmediata excarcelación, el Tribunal se refirió a la naturaleza compleja de los procesos penales seguidos contra Vera Navarrete como miembro del denominado Grupo Colina por los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y desaparición forzada de personas.[52] El Tribunal Constitucional, remitiéndose al caso *Velásquez Rodríguez*, reafirmó y desarrolló los principios del deber de garantía establecidos en las normas internacionales y contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana.[53] En la misma sentencia el Tribunal desarrolló el sentido y la seriedad de dicha obligación de investigar basándose en el caso *Bulacio vs. Argentina*.[54]

5. Debido proceso y derecho a un recurso efectivo

Es interesante constatar cómo los principios fundamentales del debido proceso y del derecho a un recurso efectivo, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han sido reforzados por tribunales nacionales a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También han sido impactados asuntos específicos vinculados a la administración de justicia, como el tratamiento a los reclusos. Hay decisiones interesantes adoptadas, por ejemplo, por tribunales de Argentina, Bolivia y Colombia que ejemplifican esto.

En el caso de Argentina, en el 2004 la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala 4.ª) hizo lugar a un recurso de casación sustentando su conclusión en que "toda persona que resulte condenada debe tener acceso —como derivación del derecho de

---

51 Ibídem.

52 Sentencia del 9 de diciembre de 2004 (expediente n.º 2798-04-HC/TC). Vera Navarrete era procesado también por su supuesta participación en las matanzas de Barrios Altos y La Cantuta.

53 "10. La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (§ 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción".

54 § 19 de la sentencia.

defensa— a una nueva discusión de la cuestión (en principio, lo más amplia posible)", en la sentencia dictada en julio de 2004 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.[55]

Por su parte, la Corte Suprema argentina, en el recurso de hecho deducido por Víctor Hermes Brusa, basó su resolución —entre otros componentes— en la opinión consultiva n.º 9 de 1987 de la Corte Interamericana. Con el objeto de precisar que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de esta, se precisó que la garantía prevista en el artículo 25.1 de la Convención "se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley". Citando el caso *Castillo Petruzzi* de la Corte Interamericana, señala que dichas garantías implican que "además de ser indispensables deben ser judiciales, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción".

El Tribunal Constitucional de Bolivia, por su parte, ha desarrollado principios fundamentales del debido proceso a partir de diversas sentencias de la Corte Interamericana. Así, en la sentencia 1020/2004-R, en torno a un recurso de amparo constitucional a través del cual se alegaba violación de los derechos al trabajo, a la propiedad privada, a la seguridad social y al debido proceso, el Tribunal sustentó su decisión en la OC-9/87 en tanto, entre otros aspectos, establecía que el proceso "es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia".

El mismo Tribunal desarrolla el principio del juez natural en otras sentencias en las que se nutre de decisiones de la Corte Interamericana. En la sentencia 1364/2002, que resolvía un hábeas corpus a través del cual se alegaba vulneración de los derechos a la libertad, a no ser detenido sin las formalidades legales y al debido proceso, el tribunal se basó en la jurisprudencia de la Corte para desarrollar el concepto de juez natural:

> […] en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dos alcances: a) la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver determinada causa y b) que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por ley.[56]

Al fallar mediante sentencia 0491/2003 de 15 de abril de 2003 un recurso de amparo constitucional alegando la vulneración de los derechos a la seguridad jurídi-

---

[55] Cámara Nacional de Casación Penal (Sala 4.ª), *Recurso de Casación resuelto el 15 de octubre de 2004*, Buenos Aires.

[56] Se reiteró esta misma aproximación citando nuevamente a la Corte Interamericana en la sentencia 0004/2003 de 20 de enero de 2003; se resolvió un recurso directo de nulidad interpuesto por Lloyd Aéreo Boliviano S. A.

ca y a no ser juzgado por comisiones especiales, se otorgó la tutela solicitada basándose en el principio de juez natural y en el siguiente señalamiento:

> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, § 77), ha establecido que "toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial".

Semejante desarrollo conceptual se encuentra en otras sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia.[57]

El principio de presunción de inocencia, a propósito de una disposición del Código Penal cuestionada a través de una demanda de inconstitucionalidad, fue desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La norma cuestionada es la que penaliza la comercialización de autopartes usadas sin demostrar su procedencia lícita.[58] Según la demanda, la norma penal demandada viola el principio de presunción de inocencia por cuanto ordena al procesado o imputado que demuestre la procedencia lícita de las autopartes usadas de vehículos automotores. Ello impondría al ciudadano investigado —se alegaba— demostrar su inocencia, invirtiendo la carga de la prueba. En las consideraciones de su fallo la Corte Constitucional recurrió a distintos precedentes propios sobre el referido principio de presunción de inocencia, así como a jurisprudencia de la Corte Interamericana, remitiéndose a las sentencias de los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador* (noviembre de 1997) y *Cantoral Benavides vs. Perú* (agosto de 2000).

La misma Corte Constitucional de Colombia, en una acción de tutela para proteger los derechos de internos del pabellón de máxima seguridad de Cómbita, se nutrió de decisiones de la Corte Interamericana para resolver.[59] En la acción correspondiente daba cuenta de una larga relación de hechos dentro de dicho centro penal que constituirían violación de los derechos de los reclusos. La Corte Constitucional destacó la importancia del caso *Castillo Petruzzi* y concluyó:

> En los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso que se abstengan de cometer "prácticas administrativas", es decir, comportamientos análogos o similares que suponen violaciones a los derechos fundamentales.[60]

---

[57] Por ejemplo, sentencias 1730/2003 de 28 de noviembre de 2003 y 0009/2004 de 28 de enero de 2004.

[58] El artículo cuestionado era el siguiente: "Artículo 447 A. Quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, incurrirá en la misma pena del artículo anterior".

[59] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1030/03. 30 de octubre de 2003.

[60] Emmanuel Decaux: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, 1995, p. 168.

En conexión directa con el respeto al debido proceso, la Corte Interamericana dictó el 2 de julio de 2004 la sentencia en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, a través de la cual se estableció que el Estado había violado el derecho a las garantías judiciales consagrado en los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual la Corte dispuso que el Estado debía dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, a través de la cual condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa. A las pocas semanas, en cumplimiento de dicha sentencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José dispuso que se cancelara la inscripción del juzgamiento del señor Mauricio Herrera Ulloa y se dejaran sin efecto las penas de multa y de daño moral impuestas, así como la orden de publicación de la sentencia

Otro aspecto vinculado directamente al debido proceso es el de la acción de la justicia y la detención preventiva, tema en el que el Tribunal Constitucional peruano se ha nutrido expresamente —y de manera reiterada— de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para reafirmar el carácter excepcional de la detención preventiva. El Tribunal estableció en el caso *Vicente Silva Checa:*

> […] por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general […] [Esa es] la interpretación que […] ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Suárez Rosero. Ecuador, § 77 […]).[61]

Otro caso interesante es el vinculado a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fermín Ramírez había sido condenado en Guatemala a la pena de muerte. La Corte Interamericana estableció que en el proceso penal seguido contra él se había violado la Convención Americana y que, en consecuencia, la pena establecida por los tribunales guatemaltecos "fue arbitraria por haber incumplido limitaciones infranqueables para la imposición de dicha pena en los países que aún la preservan".[62] Sobre esa base, la Corte determinó:

> El Estado debe llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculpado.[63]

Al llegar esta sentencia a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, esta se pronunció enfáticamente en enero de 2006:

---

[61] Sentencia del expediente 1091-2002-HC/TC, caso Vicente Silva Checa, del 12 de agosto del 2002.

[62] § 79.

[63] § 138.7

> En virtud del sometimiento del Estado de Guatemala a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los fallos que esta emita en cuanto a interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son definitivos e inapelables.[64]

Resolvió que, en aplicación de la referida sentencia de la Corte, se debía llevar a cabo un nuevo proceso penal en contra de Fermín Ramírez. Ese proceso, en efecto, se llevó a cabo, esta vez en seguimiento de los estándares del debido proceso, y el imputado fue condenado a 40 años de prisión.

El derecho a la protección judicial de los derechos humanos ha sido un aspecto importante tratado en diversas ocasiones por la Corte Constitucional de Colombia y por el Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha consolidado ciertos principios importantes a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra la norma del Código de Procedimiento Penal de ese país, en el que se regula la constitución del agraviado en parte civil.[65] En su decisión, la Corte afianzó los principios que amparan los derechos de las víctimas. Citando la OC-9/87 enfatizó que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de esta. Cita in extenso la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos* para señalar que son "contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos las leyes que [dejan] a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia".[66]

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reafirmado, entre otros aspectos, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione un derecho fundamental:

> [Este derecho,] de conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.[67]

---

64 Corte Suprema de Justicia de Guatemala, acuerdo n.º 96-2006 de 23 de enero de 2006.

65 En la demanda se señalaba que a través del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal se vulneraba el principio de la igualdad, en lo que respecta al acceso a la justicia, pues la ley concede al sindicado "la libertad de actuar directamente en la defensa de su causa, […] y no obligatoriamente a través de abogado", mientras que impone al denunciante o al perjudicado "[…] el deber de actuar por intermedio de apoderado judicial, lo cual viola el principio de igualdad". Además, se afirmaba: "[…] a la parte civil se le imposibilita conocer de las actuaciones judiciales durante la etapa de investigación preliminar, por no ser parte en el proceso y por cuanto esa información está cobijada por la reserva sumarial". A juicio del demandante, esto resulta contrario a los artículos 93 y 95 numeral 4 de la Constitución.

66 Ibídem.

67 Sentencia del expediente 1941-2002-AA/TC (caso *Luis Felipe Almenara Bryson*), publicada el 20 de marzo del 2003, y la sentencia del expediente 2209-2002-AA/TC (caso *Mario Antonio Urrelo Álvarez*), publicada el 15 de mayo del 2003. Citado por Huerta Guerrero: o. cit.

En esta materia es de particular relevancia la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 19 de junio de 2007 a propósito de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la ley 28642. Dicha ley establecía la improcedencia de las acciones de garantía contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. Esta sentencia, por la que se declaró fundada la demanda, tiene especial significación tanto en lo que respecta a la reafirmación del derecho a un recurso efectivo como por las consideraciones más amplias que hace el Tribunal sobre las sentencias de la Corte Interamericana.

En lo que respecta al derecho a un control jurisdiccional sobre decisiones que contravengan los derechos de las personas, el Tribunal citó largamente la sentencia de la Corte en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, dictada en el 2005. Estableció claramente que deben operar los remedios internos y que es "obligación del Estado peruano adecuar su derecho interno a los principios derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos, según lo dispone su artículo 2".[68] Para esta reafirmación del derecho a un recurso efectivo se basa centralmente en la consideración de que:

> […] tal como la ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "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 […]".[69]

Más allá del caso específico es interesante resaltar la importancia de otras consideraciones más generales del Tribunal, que en su razonamiento establece importantes lineamientos conceptuales sobre interpretación al destacar la conveniencia "reparadora de interpretar los derechos fundamentales […] a la luz de las decisiones de la Corte, [pues] queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección".[70]

6. Comentario final

La operatividad y eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos está condicionada a que los Estados adopten las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir los derechos protegidos. En ello les corresponde un papel medular a los tribunales nacionales.

En estas líneas se expone la viva dinámica que se está construyendo entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurispruden-

---

68 Resolución del 19 de junio de 2007, 00007-2007-PI/TC, p. 23.
69 Ibídem, pp. 24.
70 Ibídem, pp. 17.

cia de importantes tribunales de la región, en particular algunas cortes o tribunales constitucionales. Este es un ingrediente fundamental en el proceso de traducir en los procesos jurídicos e institucionales dentro de los países los desarrollos jurídicos e institucionales internacionales en materia de derechos humanos.

En temas críticos como las amnistías, el deber de garantía, el debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo, es notable cómo ellos vienen siendo recogidos y desarrollados por importantes tribunales de la región. Se han marcado hitos claros en los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú, así como en la Corte Suprema de Perú y Argentina y ciertos tribunales superiores de Argentina y Chile.

Herbert Landau (Alemania)*

La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

1. Introducción

En la República Federal de Alemania existe un complejo sistema de protección de los derechos humanos que brinda una cobertura casi total y se encuentra altamente diferenciado.[1]

En parte, esta realidad es mérito de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que inició su labor el 7 de septiembre de 1951. Los constituyentes proveyeron a la Corte Constitucional Federal un amplio catálogo de competencias. En el marco de los diferentes procedimientos a los que la habilita la Constitución o Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*) y la ley de Organización de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), la Corte está facultada para verificar la constitucionalidad de todo acto de los poderes políticos o de un poder público de otra naturaleza, incluidas las leyes formales, es decir, los actos del legislador parlamentario. Cualquier persona que se considere lesionada en uno de sus derechos fundamentales o semejantes puede recurrir al tribunal por la vía del recurso de amparo constitucional, y no solo los actores de la vida constitucional.

---

* Magistrado de la Corte Constitucional Federal, Alemania. Catedrático honorario de la Philipps-Universität Marburg.

** Conferencia pronunciada durante el XIV Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos, Lima, 10-13 de septiembre de 2007. Traducción de Renate Hoffmann.

1 Cf. Papier, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2005, pp. 113 ss.

Este amplio poder de la Corte Constitucional Federal es —igual que el sometimiento de todo poder político a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 1.3 de la Constitución— el resultado del esfuerzo empeñado luego de la fractura cultural sin parangón vivida durante el nacionalsocialismo, con el fin de defender el orden democrático instaurado por la Ley Fundamental contra sus enemigos. Al momento de crear la Corte Constitucional Federal como un poderoso *guardián* de la nueva Constitución, las madres y los padres de la Ley Fundamental tenían ante sus ojos el fracaso de las instituciones de Weimar.

A través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, los derechos fundamentales adquirieron forma concreta y echaron raíces en la comunidad.[2] La labor del tribunal determinó que los derechos fundamentales se convirtieran en un derecho vital y de efectivo cumplimiento.[3] A los intentos más bien tímidos y prudentes de interpretación de la normativa sobre derechos fundamentales en la literatura jurídica especializada que prevalecieron en los primeros años de la República Federal de Alemania, la Corte opuso una "jurisprudencia de constitucionalidad pragmática y concreta" que sigue siendo orientadora hasta nuestros días.[4] El resultado de esta jurisprudencia fue y es un sistema de protección de los derechos fundamentales muy diferenciado —y una protección asentada en un alto nivel—. No existe en Alemania prácticamente ningún proyecto político en cuyas instancias previas la advertencia sobre una posible violación a los derechos humanos no sea utilizada como argumento político. No existe casi ningún abogado o juez que en los considerandos de sus resoluciones cotidianas no se vea obligado a tener en cuenta los derechos fundamentales de las partes.

Durante las primeras décadas de su labor, la Corte Constitucional Federal fue —al menos en la percepción de la jurisprudencia alemana— la medida de todas las cosas en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales. La constatación de que sobre la Corte Constitucional Federal "solo se eleva el cielo azul de la Ley Fundamental" se convirtió en una cita diaria.[5]

Fue así que en un primer momento pasó inadvertido el hecho de que con el ingreso de Alemania a las Comunidades Europeas y la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos irrumpieron dos nuevas instituciones en el mapa de las garantías constitucionales en Alemania: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo (TJCE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Estrasburgo como órgano del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

---

[2] Hesse, en *Juristenzeitung,* 1995, p. 265 (266); Limbach, en *Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung,* 1996, pp. 1 ss.

[3] Cf. Limbach, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (Revista Europea de Derechos Fundamentales) 2000, 417.

[4] Kröger: *Grundrechtsentwicklung in Deutschland,* 1998, p. 84.

[5] Limbach, en *Neue Juristische Wochenschrift,* 2001, p. 2913.

En la década de 1970, el interés de la comunidad jurídica alemana recayó básicamente en el TJCE, cuya jurisprudencia iba ganando en dimensión e importancia práctica a medida que avanzaba la integración europea. Su relación con la Corte Constitucional Federal fue materia de varias decisiones fundamentales de la Corte que en la bibliografía jurídica son conocidas como resolución *Solange*[6] y sentencia sobre el *Tratado de Maastricht*.[7]

Según esta jurisprudencia, entre la Corte Constitucional Federal y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas existe, en temas de protección de los derechos fundamentales, una relación de cooperación. La Corte Constitucional renuncia, en principio, a evaluar los actos jurídicos de las Comunidades Europeas en función de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Sin embargo, esto solo se aplica *solange* (es decir, *en tanto*) el TJCE asegure la efectiva protección de los derechos fundamentales de manera sustancialmente similar a la protección que brinda la Ley Fundamental.[8]

Más adelante —sobre todo a partir de fines de la década de 1990— comenzó a cobrar relevancia la relación de la Corte Constitucional Federal con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en parte debido a la reforma de la protección jurídica establecida en el Convenio a través del protocolo n.º 11, que entró en vigor en 1998. En el marco de esta reforma institucional del CEDH quedó disuelta la Comisión Europea de Derechos Humanos, se limitó el ámbito de competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa y se situó la jurisprudencia en forma exclusiva en el ámbito del TEDH, cuya importancia creció notablemente.

El TEDH, creado en 1959, es hoy la máxima instancia judicial en lo concerniente a la protección de los derechos humanos para más de 800 millones de personas en 47 Estados signatarios.[9] Puede ser invocado por la vía de la demanda estatal y del recurso individual. El recurso individual también puede interponerse contra fallos de la Corte Constitucional Federal.

En consecuencia, y dado que el TEDH ha desarrollado sobre la base del CEDH un sistema de protección de los derechos fundamentales casi tan diferenciado como el que ha desarrollado la Corte Constitucional Federal sobre la base de la Constitución alemana, es de particular interés analizar la relación entre ambas instancias judiciales en lo concerniente a la protección de los derechos humanos en Alemania y en Europa.

---

[6] Sentencias de la Corte Constitucional Federal, n.º 37, pp. 271 ss. (*Solange I*); n.º 73, pp. 339 ss. (*Solange II*), n.º 102, pp. 147 ss. (Regulación CE sobre el mercado de bananas, también *Solange III*).

[7] Sentencia de la Corte Constitucional Federal, n.º 89, pp. 155 ss. (Maastricht).

[8] Cf. en general Schlaich y Korioth: *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.ª ed., notas marg. 358 ss.

[9] Cf. las informaciones sobre el estado actual de ratificación del Convenio en el sitio del Consejo de Europa: ‹www.coe.int›; también Wildhaber, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, t. 119 (2000), pp. 123 ss.

2. Orígenes y antecedentes de los derechos fundamentales

En ocasiones, la densa red de protección de los derechos fundamentales y humanos en Alemania, tejida por la Corte Constitucional Federal, el TEDH y el TJCE, y la ampliamente ramificada dogmática de los derechos humanos, bloquean la mirada hacia las bases intelectuales y la historia de los derechos fundamentales. Sin embargo, los antecedentes y la trayectoria de las instituciones jurídicas a menudo brindan importantes explicaciones acerca de las condiciones y los desarrollos del derecho y transmiten parámetros que permiten identificar y evitar caminos equivocados.[10] En el presente contexto también resulta adecuado cerciorarse primero del origen de los derechos fundamentales y humanos, tal como están consagrados en la Ley Fundamental y en el CEDH.

El catálogo de derechos humanos de la Ley Fundamental alemana y el CEDH se remiten a las mismas bases de pensamiento. Son el resultado de una historia del pensamiento específicamente occidental, que tiene su punto de partida y su razón ante todo en el cristianismo. El fundamento de la idea de dignidad y respeto por el individuo es, en esta línea, el criterio bíblico-cristiano del hombre creado a semejanza de Dios[11] (*imago dei*). A partir de esta noción surge el valor intrínseco e inalienable del hombre, que prohíbe degradarlo a la condición de mero objeto o instrumento. Este fundamento extraterrenal-religioso del hombre es la base de la convicción de su libertad basada en la razón, la igualdad y la fraternidad.[12]

El cristianismo es en ese sentido el suelo fértil en el que pudo desenvolverse la noción de los derechos humanos, aunque ciertamente no fue el único motor. Antes bien, a la cristalización de los derechos humanos en sentido moderno contribuyeron toda una serie de corrientes de pensamiento y desarrollos políticos y sociales. La filosofía antigua, la Reforma y el humanismo, la doctrina natural y de la razón, la ilustración y el movimiento de los derechos cívicos de los siglos XVIII y XIX, todos ellos fueron catalizadores de una evolución de la historia del pensamiento que se plasmó en el derecho positivo fundamentalmente en las primeras declaraciones de derechos de Estados Unidos de América de Norte y Francia. A partir de allí comenzó la marcha triunfal del concepto de derechos humanos: primero en Europa y luego en el mundo entero.

---

[10] Starck, en *Immenga, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung,* 1980, 89 (90).

[11] Cf. Génesis 1, 27: "Creó pues Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó: los creó varón y hembra". Y Efesios 4, 24: "Y revestíos del hombre nuevo, que ha sido creado conforme a la imagen de Dios en justicia y santidad verdadera".

[12] Cf. Stern, en Papier y Merten: *Der Grundrechte,* § 1, nota marg. 8.

3. El desarrollo de los derechos fundamentales en Alemania

A diferencia de Francia o Estados Unidos, la idea de los derechos humanos se abrió paso en Alemania tardíamente. Algunas de las constituciones de los estados alemanes surgidos en el siglo XIX preveían garantías de los derechos cívicos, y la Constitución de Weimar, de 1919, contenía un amplio catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia positiva de esas garantías era escasa. Ni la jurisprudencia ni la doctrina jurídica realizaron mayores esfuerzos para hacer cumplir las disposiciones de la Constitución de Weimar sobre derechos fundamentales en su carácter de derechos subjetivos.[13]

La hora de los derechos humanos llegaría en Alemania solo luego del régimen de terror impuesto por el nacionalsocialismo entre 1933 y 1945. Las madres y los padres de la Ley Fundamental crearon un amplio catálogo de derechos individuales subjetivos y lo colocaron al comienzo de la nueva Constitución.[14] El hombre debía estar en el centro de ella.

La propia Ley Fundamental denominó *derechos fundamentales* a estos derechos subjetivos contemplados en su primera sección, y no *derechos humanos.* De esta manera se quería expresar —también en lo terminológico— el carácter de los derechos individuales consagrados en la Ley Fundamental como derecho positivo y exigible. Al mismo tiempo, el artículo 1.2 de la Constitución señala que "el pueblo alemán reconoce los *derechos humanos* inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo". No estamos aquí ante una imprecisión o incluso confusión terminológica. Por el contrario, el artículo 1.2 de la Constitución se inscribe intencionalmente en la tradición de la evolución internacional de los derechos humanos y al mismo tiempo expresa que, al menos en un ámbito central, a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental creados por los constituyentes se les anteponen derechos humanos ubicados por sobre el derecho positivo, deducidos de la naturaleza humana misma e independientes de las circunstancias políticas.[15]

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución alemana se caracterizan por la formulación concisa y la renuncia a proclamas que seguramente hubieran respondido al espíritu de la época. A diferencia de la Constitución de Weimar, que prácticamente fue ineficaz, se quería crear únicamente derechos subjetivos *genuinos,* exigibles. Este fue también uno de los motivos por los cuales se renunció a crear derechos fundamentales sociales. Se tenía conciencia de que estos solo pueden garantizarse sujetos a la factibilidad, si es que se los puede garantizar en alguna medida.

---

[13] Cf. Pieroth y Schlink: *Staatsrecht II - Grundrechte,* 15.ª ed, § 2, notas marg. 38 s.

[14] Cf. Anexo, Constitución, artículos 1-20.*a* y 79.

[15] Cf. en general Stern, en Merten y Papier: *Handbuch der Grundrechte,* § 1, notas marg. 46 ss.

Por estas mismas razones tampoco se incorporaron más adelante al catálogo de derechos fundamentales los llamados *derechos humanos de tercera generación*, como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo o el derecho a la protección ambiental.[16] [17] En última instancia, los derechos de tercera generación son reclamos políticos cuyo cumplimiento no puede garantizar ningún Estado en las actuales circunstancias. En virtud de su amplitud e indefinición, la componente individual de los derechos de tercera generación se diluye prácticamente en la nada. La idea de los derechos humanos se ve sobrecargada por los derechos de tercera generación.[18] Sin embargo, ciertas intenciones que se persiguen con el reclamo de los derechos humanos de tercera generación fueron incorporadas a la Ley Fundamental bajo otra forma. El artículo 20.*a*, incorporado a la Constitución en 1994 en calidad de determinación de los fines del Estado (*Staatszielbestimmung*), establece el deber del Estado de proteger los fundamentos naturales de la vida y a los animales.

Desde 1951 hasta la fecha, la evolución de los derechos fundamentales en Alemania está indisolublemente ligada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal. El Alto Tribunal ha desarrollado a partir de las normas puristas en materia de derechos fundamentales un sistema diferenciado y de una protección prácticamente total. Las líneas de este desarrollo son múltiples y resulta imposible describirlas en su totalidad en este trabajo. Por lo tanto, nos limitaremos a reseñar a continuación algunos pocos hitos en la evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal.

Entre estos hitos figura sin duda el fallo *Lüth*,[19] de 1958. En sus considerandos, la Corte constata que los derechos fundamentales no solo son medios de defensa de las personas contra las intervenciones del Estado, sino que la Ley Fundamental erigió además en su sección sobre derechos fundamentales un orden objetivo de valores. Este sistema de valores debe tener vigencia en todos los ámbitos del derecho como determinación configuradora de la Constitución. En opinión de la Corte, el sistema influye también en el derecho civil; ninguna norma del derecho civil puede contradecir sus valores y todas deben estar redactadas en consonancia con ese espíritu. Este pronunciamiento de la Corte sentó las bases para que el derecho constitucional se tienda casi por completo sobre el derecho ordinario o *simple*, solucionando al mismo tiempo de manera tan sutil como eficaz el clásico problema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en el derecho privado.[20]

---

16 Cf. el debate en torno a un "derecho fundamental ambiental", en Alemania: Murswiek, en Sachs: *Grundgesetz* (Ley Fundamental), 4.ª ed., artículo 20.*a*, notas marg. 2 ss., con otros antecedentes.

17 Cf. Riedel, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1989, pp. 9 ss.; Steinberg: *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, pp. 420 ss.

18 Igual Stern, en Papier y Merten: *Handbuch der Grundrechte*, § 1, nota marg. 74.

19 Sentencia de la Corte Constitucional Federal n.º 7, pp. 198 ss.

20 Hufen, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 1504 (1507).

También merece destacarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal en relación con los ámbitos de protección de los derechos fundamentales especiales. En lo que concierne a muchos derechos fundamentales —por ejemplo, la libertad de culto, de expresión, de las ciencias o del arte— la Corte Constitucional Federal redujo su poder de definición a favor del titular del derecho. Puntualizando, se podría decir que en estos ámbitos son fundamentalmente los propios titulares de los derechos quienes definen sus contenidos. Este enfoque desplaza los verdaderos problemas que plantea la protección de los derechos fundamentales en cuanto a sus límites, donde —en el sentido de la concordancia práctica— pueden ser solucionados mediante la ponderación de los derechos fundamentales con derechos semejantes de otros y con otros valores de rango constitucional.[21]

Finalmente, la Corte Constitucional Federal fortaleció la protección de los derechos fundamentales en Alemania exigiendo al legislador, desde la década de 1960, tomar cartas en la determinación de los límites de los derechos fundamentales. A partir de los derechos fundamentales y el principio del Estado de derecho, el tribunal dedujo la llamada *teoría de la sustancialidad* (*Wesentlichkeitstheorie*), según la cual las decisiones sustanciales, en particular en el ámbito de relevancia para los derechos fundamentales, no deben ser tomadas por el Ejecutivo sino por el legislador parlamentario.[22] Simultáneamente, la Corte abolió la figura jurídica de la relación de poder especial, según la cual los derechos fundamentales en situaciones jurídicas muy próximas al Estado —por ejemplo, en la relación de funcionarios o de presos penales— no regirían o lo harían solo limitadamente. La teoría de la sustancialidad constituyó en la década de 1960 y 1970 una contribución fundamental a la eliminación de estructuras contrarias a los derechos fundamentales.

4. Evolución de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el nivel europeo, la idea de los derechos humanos solo se concretó después de la Segunda Guerra Mundial a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En última instancia el CEDH también es una respuesta a la violación sistemática de los derechos humanos cometidos durante la Segunda Guera Mundial por el

---

[21] Ibídem, p. 1507 s. Respecto de la tendencia contraria que se está desarrollando en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Constitucional Federal, de remitir el ámbito de protección de los derechos fundamentales a un contenido de garantías más estricto, cf. sentencias de la Corte Constitucional Federal n.º 105, pp. 252 ss., asunto *Glicol*, y n.º 105, pp. 279 ss., asunto *Movimiento Osho;* también Hoffmann-Riem: en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130 (2005), pp. 5 ss.

[22] Cf. Respecto de la "teoría de sustancialidad" en general, Schulze-Fielitz, en Dreier: *Grundgesetz* (Ley Fundamental), t. II, 2.ª ed., art. 20, nota marg. 113 ss.; Sachs, en Sachs: *Grundgesetz* (4.ª ed.), art. 20, notas marg. 116 ss.

fascismo y el comunismo. Se ha visto fuertemente influido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948.

A diferencia de la historia de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, la historia del CEDH es también la de sus modificaciones y ampliaciones. Un total de 14 protocolos adicionales agregaron una serie de nuevos derechos —como el derecho al respeto de la propiedad, consagrado en el protocolo n.º 1—, a la vez que se introdujeron modificaciones procesales en las que el número de ratificaciones obtenidas para estos protocolos es muy disímil. Las modificaciones ciertamente más profundas fueron las introducidas por el protocolo n.º 11, firmado en mayo de 1994 y que entró en vigor el 1.º de noviembre de 1998.[23] Este protocolo plantea una reconversión completa de la protección de los derechos según el Convenio. Si hasta ese momento existían con la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros tres órganos de protección, luego de la adopción del protocolo n.º 11 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quedó como única instancia de control. La Comisión fue disuelta y las funciones del Comité de Ministros quedaron limitadas a la supervisión y el cumplimiento de las sentencias del Tribunal. Desde entonces, el individuo puede presentarse con un recurso individual directamente ante el Tribunal sin tener que pasar previamente por la instancia de la Comisión.

Pero no solo los estados signatarios contribuyeron a transformar al CEDH con el agregado de los protocolos adicionales, sino también sus instituciones. En particular, a lo largo de sus 50 años de funcionamiento el Tribunal desarrolló un fuerte protagonismo, con pronunciamientos en nuevas cuestiones jurídicas y la constante ampliación de su área de influencia.[24] Desde un primer momento, los órganos del Convenio dedicaron especial atención a las garantías judiciales de los artículos 5 y 6 del CEDH, es decir, a aquellos casos en los que se trataba de detenciones o privación de libertad, o el derecho a un juicio justo en cuestiones civiles o penales. Hasta la fecha, los derechos fundamentales de justicia constituyen un tema central en la jurisprudencia del Tribunal.

Sin embargo, las actividades de los órganos del Convenio —en particular del Tribunal— exceden de lejos este ámbito central clásico de la protección de los derechos fundamentales. El orden del día del Tribunal incluyó temas tan diversos como la prohibición constitucional del divorcio en Irlanda,[25] el monopolio de radiodifusión

---

[23] Cf. Pache, en *Europarecht*, 2004, pp. 393-396.

[24] Cf. Lidell: "The European Court of Human Rights after 50 years of the Convention of Human Rights", en Hasse y otros (eds.): *Menschenrechte*, 431 s.

[25] TEDH, sentencia del 18 de diciembre de 1986 —6/1985/92/139—, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1987, pp. 313 s. El querellante respecto de *1* se había casado en 1952, pero desde 1965 vivía de mutuo acuerdo separado de su mujer. El querellante respecto de *1* convivía ahora con la querellante respecto de *2*, con la que tiene una hija —la querellante respecto de *3*—. Debido a la pro-

pública en Austria,[26] la contaminación provocada por una planta de tratamiento de desechos en España,[27] las indemnizaciones por expropiaciones en la ex RDA[28] y una impugnación de paternidad en Malta.[29]

5. La relación entre la Corte Constitucional Federal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

5.1. Planteo

En Alemania existen dos órdenes de derechos fundamentales y humanos superpuestos, altamente diferenciados y en permanente evolución. Sobre uno de estos órdenes —el de la Ley Fundamental— decide en última instancia la Corte Cons-

---

hibición del divorcio consagrada en la Constitución irlandesa, el querellante no tenía la posibilidad de divorciarse. El Alto Tribunal hizo lugar parcialmente a la querella basada en una lesión de los artículos 8, 12 y 14 del CEDH. Sostuvo que la prohibición de divorcio contemplada en la Constitución irlandesa era compatible con el Convenio. Sin embargo, la posición jurídica de los hijos naturales contradecía el artículo 8 del CEDH.

[26] TEDH, sentencia del 24 de noviembre de 1994 —36/1992/381/455-459—, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1994, pp. 549 ss. Al momento de la querella existía en Austria un monopolio de radiodifusión de hecho. Los querellantes que aspiraban a operar emisoras de radio o televisión impugnaron este monopolio. El Tribunal hizo lugar a la querella y constató una violación al artículo 10 del CEDH.

[27] TEDH, sentencia del 9 de diciembre de 1994 —41/1993/436/515—, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1995, pp. 530 ss. En la ciudad de Lorca, en Murcia, en la que se concentraba la industria del cuero española, fue construida una planta de tratamiento de desechos de curtiembre. La querellante, una vecina directa, presentó querella y reclamó que, debido a las sustancias tóxicas que emanaban de la planta, esta lesionaba los artículos 3 y 8 del CEDH. El Tribunal constató una violación del artículo 8 del CEDH e hizo lugar a la demanda.

[28] TEDH, sentencia del 2 de marzo de 2005 —71916/01 y otras—, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 2530 ss. La Corte Constitucional Federal constató en cuatro sentencias fundamentales, dictadas entre abril de 1991 y julio de 2003, que la exclusión de la devolución de bienes raíces expropiados entre 1945 y 1949, y el arreglo alcanzado por el legislador rechazado en un recurso de amparo constitucional, para expropiaciones acaecidas en la zona de ocupación soviética y la RDA, eran compatibles con la Ley Fundamental. Los querellantes que luego de la reunificación habían demandado sin éxito la restitución de la propiedad inmueble expropiada en la zona de ocupación soviética y la RDA por la vía judicial, presentaron recursos de amparo ante el TEDH, que fueron rechazados. Sostuvo el Tribunal que las decisiones judiciales recurridas y las normas legales eran compatibles con el derecho a la propiedad consagrado especialmente en el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del CEDH.

[29] TEDH, fallo del 12 de enero de 2006 —26111/02—, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2006, pp. 129 ss. Luego de que el querellante —un ciudadano maltés— se enterara, como consecuencia de un análisis de sangre, de que la hija de su ex mujer no era su hija biológica, presentó una demanda por impugnación de paternidad. Los tribunales nacionales no hicieron lugar a la demanda dado que, según el derecho maltés, en su caso intervenía una presunción irrebatible a favor de la paternidad. El Tribunal Europeo hizo lugar a la demanda que a continuación presentó el querellante ante ese alto tribunal y constató una violación de los artículos 6 [1], 8 [1] y 14 en relación con los artículos 6 y 8 del CEDH.

titucional Federal. El otro —el CEDH— alcanza su expresión concreta a través del TEDH.

A pesar de la creciente interdependencia internacional, los Estados nacionales siguen siendo los nudos centrales en la red de organizaciones de defensa de los derechos humanos. En tal sentido, los tribunales de constitucionalidad nacionales y los tribunales internacionales deben desplegar sus órdenes jurídicos de modo tal que sus efectos se complementen.[30]

Esta protección de los derechos humanos que se nutre de diversas fuentes del derecho puede resultar fructífera para la evolución del derecho en Alemania. En efecto, la competencia entre diversos órdenes jurídicos redunda también en una competencia por la mejor solución a los litigios que se plantean en torno a los derechos fundamentales. Una vez encontrada la "mejor solución", esta puede ser recibida por el respectivo otro orden jurídico,[31] permitiendo cerrar vacíos de protección ya existentes o nuevos y garantizando la eficacia práctica de los derechos humanos.[32] En estas condiciones, la coexistencia paralela de los órdenes jurídicos puede convertirse en el motor de la innovación.[33]

Un buen ejemplo es la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal sobre la presunción de inocencia en el proceso penal. En la Ley Fundamental no existe una normativa explícita que regule la presunción de inocencia. Sin embargo, la Corte Constitucional Federal le concedió rango constitucional al interpretarla como una manifestación especial del principio general del Estado de derecho consagrado en el artículo 20.3 de la Constitución. En sus fundamentos el Tribunal hizo referencia al artículo 6.2 del CEDH, que contiene una normativa expresa sobre la presunción de inocencia. Señala la Corte que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH deben ser consultados como ayuda de interpretación para la determinación de contenido y alcance de los derechos fundamentales y los principios de Estado de derecho de la Ley Fundamental.[34]

Pero también en dirección inversa se observan considerables procesos receptivos. La jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, sobre ponderación de la libertad de opinión y de prensa, por un lado, y la protección de la personalidad, por el otro, evidentemente ha sido influida por la concepción de una presunción rebatible en favor del discurso público desarrollada en la sentencia *Lüth* de la Corte Constitucional Federal. También es probable que la noción de deber de protección que trasciende

---

[30] Cf. Di Fabio, en Zimmermann (ed.): *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit,* pp. 107 y s..

[31] Cf. también Grabenwarter: *EMRK,* 2.ª ed., § 3, nota marg. 10.

[32] Cf. Papier, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2006, p. 482.

[33] Hoffmann-Riem: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2002, p. 473; Papier, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 2006, p. 482; Kleine-Cosack, en Stern y otros: *Das Caroline-Urteil des EGMR und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,* p. 51 ‹65›.

[34] Cf. sentencia de la Corte Constitucional Federal n.º 74, pp. 358-370 ss.; también sentencia n.º 35, pp. 311-320.

en la controversia idiomática belga[35] planteada ante el TEDH y que más adelante fue desarrollada por este tribunal, y la eficacia mediata de los derechos fundamentales frente a terceros del Convenio en el derecho privado deducidos a partir de ahí, hayan recibido considerables impulsos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal.[36]

Pero esta coexistencia y cooperación entre la Ley Fundamental alemana y el CEDH, y la Corte Constitucional Federal y el TEDH también encierra ciertos peligros. Pueden plantearse, por ejemplo, contradicciones jurídicas en caso de que la Corte Constitucional y el TEDH lleguen a interpretaciones divergentes sobre derechos fundamentales y humanos semejantes.[37] Estas contradicciones no solo generan confusión en el orden jurídico y, por lo tanto, reducen la seguridad jurídica. Contribuyen, además, a debilitar la autoridad de los tribunales y sus decisiones.[38]

5.2. La posición de la Ley Fundamental y el efecto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Federal

La importancia de la Ley Fundamental y de las decisiones de la Corte Constitucional Federal en el orden jurídico alemán es clara. La Ley Fundamental, y con ella los derechos fundamentales, se ubican en el vértice de la pirámide normativa. Prevalecen por sobre toda otra norma jurídica nacional. Marcan el norte del derecho ordinario y toda norma legal contrapuesta es ineficaz. Sobre el contenido de los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental decide en última instancia la Corte Constitucional Federal. Dadas ciertas condiciones, sus decisiones incluso adquieren fuerza de ley, obligan a los poderes públicos y al legislador parlamentario, aunque en este caso su alcance es limitado.

5.3. Los efectos del CEDH sobre el derecho alemán

Más compleja que la respuesta a la posición que ocupa la Ley Fundamental en el orden jurídico alemán es aquella referida a los efectos del CEDH sobre el derecho alemán. Por su naturaleza jurídica, el CEDH es un tratado internacional. Según el derecho constitucional alemán, para que un tratado pueda desplegar efectos jurí-

---

35 E*uropäische Grundrechte-Zeitschrift,* 1975, 298 ss.: Los querellantes —800 niños de habla francesa de Flandes— acusaron al Estado belga, entre otras cosas, de no facilitar en sus comunas clases en francés, o porque se les denegaba el acceso a clases en francés. El Tribunal hizo parcialmente lugar a las querellas y constató una violación al artículo 14 en relación con el artículo 2 del Convenio, en la medida en que a algunos querellantes les había sido denegado el acceso a escuelas de habla francesa. En los restantes puntos las demandas no prosperaron.

36 Cf. Herdegen, en Breitenmoser y otros: *Menschenrechte, Demokratie, Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber,* 2007, pp. 324 ss.

37 Schaller: *Europarecht,* 2006, p. 656.

38 Cf. en general también Limbach: *Neue Juristische Wochenschrift,* 2001, pp. 2913-2915.

dicos en el nivel nacional debe ser transpuesto al derecho nacional mediante una ley de ratificación que al mismo tiempo contiene una orden de aplicación jurídica (*Rechtsanwendungsbefehl*), compartiendo el Convenio el mismo rango que la orden de aplicación jurídica, es decir que en el plano nacional adquiere el rango de una ley federal.[39]

La Corte Constitucional Federal sostiene estos principios generales también en el caso del CEDH. A criterio de la Corte, y a diferencia del criterio sustentado en Austria, por ejemplo, el CEDH no tiene en Alemania rango constitucional sino únicamente rango de ley simple. Es decir que en la pirámide normativa nacional está sometido a la Ley Fundamental, por lo que una violación al CEDH no puede ser reclamada tampoco con el recurso de amparo constitucional ante la Corte Constitucional Federal.[40]

En la literatura jurídica este criterio de la Corte Constitucional Federal sobre el rango de ley simple del Convenio no ha dejado de ser criticado. Mediante diferentes construcciones jurídicas se intenta construir un rango de superley o incluso de rango constitucional del Convenio.[41]

Sin embargo, en última instancia ninguno de estos enfoques resulta convincente.[42] Todos constituyen una desviación de los principios reconocidos sobre el efecto del derecho contractual internacional en el derecho alemán e ignoran la voluntad clara del legislador histórico que quiso transponer al derecho alemán el CEDH, otorgándole únicamente el rango de ley simple. Por otra parte, el CEDH no contiene indicaciones sobre la forma en la que los Estados signatarios deben procurarle vigencia en el derecho nacional. Según el criterio general del CEDH ni siquiera surge el deber de los Estados contratantes de transformar la Convención en derecho nacional.[43] Es así que Gran Bretaña, por ejemplo, recién transpuso el CEDH en el año 2000 en derecho nacional.[44]

---

[39] Cf. Sauer, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 65 (2005), pp. 35-38.

[40] Sentencias de la Corte Constitucional Federal n.º 41, pp. 126-149, y n.º 64, pp. 135-157.

[41] Cf. al respecto Uerpmann: *Die EMRK und die deutsche Rechtsprechung*, 1993, pp. 78 ss.

[42] Cf. Sauer, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 65 (2005), pp. 35-39.

[43] Cf. Grabenwarter: *EMRK*, 1.ª ed., § 3, nota marg. 1; también Pache: *Europarecht*, 2004, pp. 393-396.

[44] Der Human Rights Act 1998 entró en vigor el 2 de octubre de 2000. Cf. Grabenwarter: *EMRK*, 2.ª ed., § 3, nota marg. 9.

5.4. Los efectos de las decisiones del TEDH

5.4.1. Efectos internacionales

En el derecho internacional el punto de partida para determinar cuál es el efecto de la sentencia del TEDH es el artículo 46 [1] del CEDH, según el cual los Estados contratantes deben atenerse en todos los asuntos jurídicos en los que son partes al fallo del Tribunal. Los fallos del TEDH son sentencias meramente declarativas; en la parte dispositiva de la sentencia se constata o se niega una violación al Convenio. Además de esa declaración, el TEDH puede conceder a la parte que ha sido violada en sus derechos un resarcimiento financiero.[45] El TEDH no puede casar un acto jurídico nacional que contravenga el Convenio. Además, un fallo del TEDH no tiene efecto obligatorio para las autoridades y los tribunales nacionales. De la sentencia declarativa se desprende meramente un deber de cumplimiento internacional del Estado contratante condenado.

5.4.2. Efectos en el plano nacional

No existe consenso en la doctrina jurídica alemana acerca de los efectos de las sentencias dictadas por el TEDH en el plano nacional que solo pueden darse a partir del derecho nacional. En principio parece existir amplio consenso solo en cuanto a que las decisiones tomadas por el TEDH irradian un efecto orientador[46] porque en lo referente a temas de interpretación y aplicación los tribunales nacionales toman como punto de orientación la jurisprudencia del TEDH sencillamente para cubrirse ante una posterior constatación de contravención al Convenio por parte del TEDH.

Mucho más multifacético es el cuadro de opiniones cuando se trata de establecer los efectos que una decisión del Tribunal de Estrasburgo, en la que este declara un cierto acto jurídico alemán contrario al derecho internacional, pueden tener para un futuro juicio nacional que tiene por objeto ese mismo acto jurídico. Algunos sectores de juristas defienden un amplio efecto obligatorio de las sentencias del TEDH para todos los órganos del Estado nacional sin fundamentar mayormente tal postura.[47] Otros sectores sostienen que las autoridades y los tribunales alemanes están sujetos a fallos del TEDH en la medida en que la solución encontrada por el Tribunal no contradiga abiertamente la Ley Fundamental.[48]

---

45 Grabenwarter: *EMRK*, 2.ª ed., § 15, nota marg. 1 ss.

46 Ibídem, 1.ª ed., § 16, nota marg. 6.

47 Langenfeld: "Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland", en Bröhmer (ed.): *Der Grundrechtsschutz in Europa*, 2002, pp. 95-106.

48 Cf. Meyer-Ladewig y Petzold, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 15-20.

La Corte Constitucional Federal trató el tema de los efectos nacionales de sentencias del Tribunal de Estrasburgo por última vez en otoño de 2004 con motivo de la sentencia que despertó gran interés en Europa[49] en el asunto *Görgülü*.[50]

El litigio principal era una disputa por custodia y adopción. El querellante había recurrido a los tribunales alemanes demandando que se le concediera el derecho de comunicación con su hijo, demanda a la que los tribunales no hicieron lugar. El querellante recurrió entonces al TEDH, que sostuvo que las decisiones adoptadas por los tribunales alemanes violaban el Convenio. Manifestó el TEDH que cuando menos se debía conceder al querellante el derecho de comunicación con su hijo. Al menos esta última aseveración excede la competencia del TEDH. La manera en la que el Estado hace justicia a las decisiones del TEDH es exclusivamente materia del derecho nacional.

No obstante, el juzgado de primera instancia obedeció la decisión del TEDH y le concedió al querellante un derecho de comunicación con su hijo. Sin embargo, el Tribunal Regional Superior revocó nuevamente la sentencia de la primera instancia, contrariando la decisión del TEDH. Sostuvo el Tribunal Regional Superior que las decisiones del TEDH solo tienen carácter obligatorio para la República Federal de Alemania como sujeto de derecho público internacional y no, en cambio, para sus instituciones, en particular no para los tribunales independientes según lo establece la Ley Fundamental.

El recurso de amparo constitucional interpuesto contra la resolución del Tribunal Regional Superior tuvo una acogida favorable ante la Corte Constitucional Federal. Sostuvo la Corte que el Tribunal Regional Superior había violado el derecho al matrimonio y a la familia concordante con el principio de Estado derecho protegido por el artículo 6 de la Ley Fundamental. Las autoridades y los tribunales alemanes deben considerar las sentencias del TEDH emitidas en el mismo asunto para sus propios pronunciamientos. Deben tomar nota de la decisión del TEDH, analizarla y en su caso fundamentar de manera plausible por qué, no obstante, no siguen el criterio jurídico internacional. Puede existir, agregó la Corte, motivo para desviarse de esta decisión cuando se trata de una relación multipolar de derecho privado con colisiones entre diferentes derechos fundamentales y el TEDH solo ha considerado la relación vertical, es decir, la relación del querellante con la República Federal de Alemania.

En la opinión pública europea y en la literatura especializada, esta decisión recibió duras críticas desde algunos sectores. La prensa publicó frases como "Karlsruhe puso límites a Estrasburgo" y constató que para la justicia alemana el derecho internacional no siempre tiene carácter obligatorio.[51] En la literatura especializada se

---

49 Cf. Bergmann: *Europarecht*, 2006, pp. 101-107.

50 Sentencia de la Corte Constitucional Federal n.º 111, pp. 307 ss.

51 Antecedentes en Cremer: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2004, p. 683, nota 6.

habló de un exagerado énfasis del derecho de soberanía alemán.[52] El presidente del TEDH hizo pública su inquietud por esta decisión. Señaló que la decisión en el asunto *Görgülü* había llevado a preguntas críticas con vistas al efecto obligatorio de las decisiones del TEDH sobre todo de los nuevos Estados democráticos de Europa del Este.[53]

A mi criterio la crítica está equivocada. Al menos en su tenor básico, la resolución *Görgülü* es favorable al derecho internacional y por ende al TEDH.[54] La Corte Constitucional subraya que la intención es seguir avanzando en la integración, pero que no será posible al precio de un sometimiento a actos de soberanía no alemanes sin verificar que se cumpla el derecho constitucional nacional.

La resolución manifiesta por un lado que la no observancia de decisiones del TEDH constituye al mismo tiempo una violación a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental en relación con el principio de Estado de derecho. En ese carácter puede hacerse valer por la vía del recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal, lo que revaloriza claramente los efectos del CEDH respecto de la praxis anteriormente habitual. La posibilidad abierta de interponer un recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal otorga mayor contundencia a las garantías del CEDH y a las sentencias del Tribunal en Estrasburgo. Este aspecto procesal de la resolución *Görgülü* pasó casi desapercibido en la discusión pública en torno a la decisión.[55]

Por otra parte, el enunciado central de la resolución *Görgülü*, la obligación de los tribunales nacionales de considerar las decisiones del TEDH, es igualmente favorable al derecho internacional. El deber de considerar las sentencias del TEDH establecido por la Corte Constitucional Federal determina una vinculación amplia aunque no total de los tribunales alemanes a las decisiones del TEDH. La Corte Constitucional Federal solo reserva la "última palabra" en temas relacionados con la protección de los derechos fundamentales a la Constitución alemana y por ende se los reserva para ella misma.[56] La Ley Fundamental exige fidelidad con el derecho internacional pero no al precio de renunciar a su propia identidad liberal.[57]

La resolución en el asunto *Görgülü* permite suponer que podría seguir habiendo desviaciones de la jurisprudencia del TEDH en particular en relaciones jurídicas

---

[52] Cf. ibídem, pp. 683 ss.

[53] Cf. Wildhaber, en *Der Spiegel*, n.º 47, 2004, pp. 50-52; Bergmann: *Europarecht*, 2006, pp. 101-107, en nota 32; Meyer-Ladewig y Petzold, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 15-16, nota 6.

[54] En ese mismo sentido Meyer-Ladewig y Petzold, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 15-20; Sauer, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 65 (2005), pp. 35-54.

[55] Papier: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2005, pp. 113-122.

[56] En ese mismo sentido Kleine-Cosack, en Stern y otros: *Das Caroline-Urteil des EGMR und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, pp. 51-56.

[57] Cf. di Fabio, en Zimmermann (ed.): *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, pp. 107-111.

multipolares, es decir, cuando además del querellante y el Estado debe tomarse en consideración a terceros y sus derechos fundamentales. Las decisiones del TEDH solo se dictan en la relación bilateral entre el querellante y el Estado signatario, de modo que las posiciones jurídicas y los intereses de terceros en el litigio no siempre se toman adecuadamente en cuenta o no son oídas en toda su extensión por el TEDH. En estos casos, la tarea de los tribunales nacionales es insertar la sentencia del TEDH en el orden jurídico nacional, teniendo en cuenta los derechos fundamentales del tercero.[58]

5.5. Otros esfuerzos de la Corte por establecer una coherencia entre la Ley Fundamental y el CEDH

La Corte Constitucional Federal dedujo del carácter amistoso de la Ley Fundamental con el derecho internacional público expresado en el Preámbulo, el artículo 1 [2] y los artículos 23 a 26 de la Constitución, una presunta voluntad de los legisladores constituyentes de actuar de conformidad con el CEDH. Siguiendo ese pensamiento, y en aplicación del principio de *lex posterior*, cualquier ley dictada con posterioridad prevalecerá por sobre el CEDH únicamente cuando exista la clara intención legislativa de que así sea. En caso contrario, la ley posterior deberá interpretarse de conformidad con el CEDH, por lo que en definitiva prevalece el contenido significativo del CEDH.

Este enfoque, que a primera vista parece poco relevante, tiene en verdad amplias consecuencias. Como en general no será posible establecer una clara voluntad legislativa de desviarse del CEDH, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal significa una revalorización fáctica del CEDH en la jerarquía normativa. A partir de este fallo, el CEDH que —formalmente— en el espacio jurídico alemán solo tiene fuerza de ley ordinaria, se convierte de hecho en una superley. En efecto, en general prevalecerá sustantivamente por sobre cualquier ley parlamentaria, superficialmente contraria.[59]

Sin embargo, la Corte Constitucional Federal no se contenta con esta resolución y en su intención de incrementar la coherencia de CEDH con el orden constitucional alemán avanza un paso más. Según la jurisprudencia permanente de la Corte Constitucional Federal, no solo las leyes ordinarias, sino también las garantías fundamentales de la Ley Fundamental, que en un análisis formal tienen un rango superior al del CEDH, deben ser interpretadas a la luz de los derechos del Convenio.[60]

---

[58] Papier: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2005, pp. 113-124.

[59] Cf. Sauer, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.º 65 (2005), pp. 35-48.

[60] Sentencias de la Corte Constitucional Federal n.º 74, pp. 358-370; n.º 83, pp. 119-128; n.º 111, pp. 307 ss.

5.6. Potencial de conflicto remanente: el caso Carolina de Mónaco

Con todo, no es posible excluir por completo la posibilidad de un conflicto de jurisprudencia entre la Corte Constitucional Federal y el TEDH. Un conflicto de este tipo puede sobrevenir rápidamente como muestra el asunto *Caroline von Hannover*.[61]

La controversia entre la Corte Constitucional Federal y el TEDH se desató a partir de un hecho relativamente banal. La princesa Carolina de Hannover, anteriormente Carolina de Mónaco —uno de los miembros más notorios de la nobleza europea—, presentó una demanda contra la publicación de fotos que la mostraban saliendo a caballo, andando en bicicleta, haciendo compras, etcétera. Agotadas las instancias jurídicas alemanas, la princesa planteó un recurso de amparo constitucional al que la Corte solo hizo lugar en el caso de tres fotos. En su restante contenido el recurso fue rechazado. Tras ponderar el interés de información del público y el derecho de personalidad de la princesa, la Corte consideró admisible la publicación de las restantes fotos. Por su carácter fundamental la sentencia fue festejada por una parte de la literatura jurídica alemana como una suerte de Magna Carta de la información gráfica.[62]

El TEDH se mostró menos entusiasmado. Ante un recurso individual de la princesa decidió que el fallo de la Corte Constitucional violaba el derecho fundamental de la princesa a gozar de una esfera privada, consagrado en el artículo 8 del CEDH. El Tribunal sostuvo que en este caso en concreto ello se desprendía de la libertad de opinión y de prensa protegida por el artículo 10 del CEDH.

La decisión del TEDH fue recibida con críticas en la literatura jurídica, que a mi juicio son merecidas.[63] El TEDH rechaza el equilibrio encontrado por la Corte Constitucional entre derecho de la personalidad y libertad de prensa como deficitario sin haber analizado adecuadamente los exhaustivos considerandos de la Corte. También omitió el TEDH exponer por qué la solución encontrada por la Corte Constitucional Federal, que en la comparación europea constituye una solución intermedia entre una altísima protección de la personalidad en el derecho francés y el fuerte énfasis de la libertad de prensa en Inglaterra, supuestamente ya no responde a los estándares europeos comunes que fija el CEDH.[64]

Al mismo tiempo, la sentencia *Carolina* pone de manifiesto la problemática especial de la protección de los derechos fundamentales en relaciones jurídicas multipolares que la Corte Constitucional Federal también trató en la resolución *Görgülü*. A la postre, la sentencia *Carolina* no significó un fortalecimiento de la protección de

---

61 Sentencia de la Corte Constitucional Federal n.º 101, pp. 361 ss.

62 Soehring y Seelmann-Eggebert, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 2466-2467; cf. también Heldrich, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2634

63 Cf. Scheyli, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2004, pp. 628-633.

64 Ibídem.

los derechos fundamentales en Alemania sino solo un desplazamiento. Se reforzó la protección de la personalidad de celebridades, en tanto que se recortó la libertad de prensa, algo que a mi juicio no fue debidamente considerado por el TEDH.

Al mismo tiempo, con su sentencia *Carolina*, el TEDH interviene —sin razón plausible— en un sistema dogmático tradicional y reconocido, en el que la Corte Constitucional Federal ponderó equilibradamente los derechos de protección de la persona, por un lado, y la libertad de prensa, por el otro. La situación creada plantea para la praxis jurídica una considerable inseguridad jurídica. Los tribunales alemanes enfrentan la difícil tarea de contemporizar las indicaciones de la Corte Constitucional Federal sobre la relación entre el derecho de la personalidad y la libertad de prensa con aquellas del TEDH.[65]

En este marco de referencia, la sentencia *Carolina* del TEDH parece aleccionadora sobre todo para la relación entre la Corte Constitucional Federal y el TEDH. Sería de desear que, en vista del creciente número de casos que enfrenta,[66] el TEDH en Estrasburgo se ocupara en lo sucesivo menos de corregir sentencias dictadas en casos concretos, o de fallar sobre casos concretos, y en cambio diera prioridad a decisiones fundamentales y orientadoras, esenciales para la constitución, preservación y evolución de un estándar mínimo europeo común en protección de los derechos humanos.[67]

6. Conclusiones y perspectivas

Podría pensarse que una sociedad en condiciones de dedicarle tanto tiempo a dirimir cuestiones de detalle en la protección de los derechos humanos y que puede entrar en un acalorado debate sobre estos temas debería preciarse de feliz. En América Latina se plantean, sin duda, problemas más urgentes y existenciales relacionados con la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, el elevado nivel de protección de los derechos humanos alcanzado en Alemania no es razón para contentarse con los logros obtenidos. La evolución en dirección a una sociedad mundial de la información y del conocimiento, la globalización de la economía y las amenazas provenientes del terrorismo islámico también plantean en Alemania y en Europa nuevos interrogantes relacionados con la protección de los derechos humanos y reclaman una mayor diferenciación del actual programa de protección. ¿Hasta qué punto puede el Estado recurrir a los datos personales de sus ciudadanos, convirtiéndolos en "personas de cristal"? ¿Qué actitud

---

65 Cf. Mann, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, pp. 3220 ss.

66 Según el informe de actividades del TEDH, disponible en ‹www.echr.coe.int›, se elevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos tan solo en 2006 estimativamente más de 50 000 litigios. Apenas 30 000 juicios terminaron con el dictado de una sentencia en el 2006. En total están pendientes de resolución unos 90 000 juicios.

67 Cf. Papier: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2005, pp. 113-126; también Wildhaber, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2002, pp. 569 ss.

adoptan la sociedad y el derecho con los perdedores de la globalización? ¿Tienen estos sectores derecho a participar del creciente bienestar de un mundo económico global? ¿Cómo llegar a un justo equilibrio entre seguridad y libertad ante un marco de referencia signado por actos de violencia islamista? ¿Podemos sacrificar la libertad en el altar de la seguridad? La guerra contra el terror ya ha hecho mella en la indivisibilidad y la vigencia universal de los derechos humanos —nada menos que el cantar de los cantares de las democracias occidentales.[68]

Será necesario que la Corte Constitucional Federal y el TEDH sigan buscando sincronizar sus respuestas a estos y otros temas que afectan a los derechos fundamentales para alcanzar un mayor grado de coherencia del derecho. No se trata solo de un *desiderátum* de la seguridad jurídica. Solo una labor común puede garantizar una elevada protección de los derechos humanos en Europa en un marco de condiciones que viene sufriendo dramáticos cambios. Al menos en el actual estado de integración no es posible pensar en Europa en una protección eficaz de los derechos sin contar con las seguridades correspondientes en el nivel nacional.

Sin embargo, un elevado nivel de protección de los derechos fundamentales en las sociedades occidentales no solo es irrenunciable hacia el interior de las sociedades. Le otorga, además, al mundo occidental credibilidad en su relación con el exterior. Los derechos humanos son uno de los elementos esenciales de nuestra cultura común, de la comunidad occidental de valores. Solo quien los defienda y preserve internamente podrá representarlos eficazmente en sus relaciones con el mundo, con otras sociedades y culturas y lograr su avance en el "mercado de las ideas" de un mundo globalizado. Esta tesis se ve enfáticamente avalada por los sucesos que se relacionan con el nombre Guantánamo y la pérdida de prestigio que ha sufrido Estados Unidos como consecuencia de estos sucesos.

Al mismo tiempo pone de manifiesto que los derechos humanos —esta valiosa pieza central de la comunidad de valores cristiana y occidental necesitan ser reconquistados a diario. La propia historia alemana nos ha dejado esa lección.

---

[68] Limbach: "Freiheit und Sicherheit", en *Liber Amicorum für Luzius Wildhaber,* 2007, pp. 1399-1400.

Torsten Stein (Alemania)*

La protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales de los estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿competencia o cooperación?**

1. Introducción

En muchos países del planeta las personas se sentirían muy afortunadas si al menos contaran con *un* catálogo (nacional o internacional) de derechos humanos fundamentales que no solo estuviera escrito en la Constitución o en la colección de tratados internacionales a los que adhieren sus estados, sino que además les fuera garantizado en cuanto a respeto y cumplimiento efectivo por jueces tan independientes como valientes. Todos quienes en las últimas décadas han leído los informes dirigidos a la Comisión de Derechos Humanos creada en el marco del Pacto Internacional de 1966 sobre Derechos Cívicos y Políticos saben que el papel puede ser muy paciente.

En ese sentido, los ciudadanos de la Unión Europea parecen tener un problema de lujo: sus derechos fundamentales y humanos están protegidos por tres catálogos a falta de uno, y además cuentan con las instancias jurídicas correspondientes: los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones nacionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que hasta la fecha ha venido construyendo su propio catálogo de derechos fundamentales en libre creación jurídica y que recientemente

---

* Director del Departamento de Derecho del Europa-Institut de la Universidad del Saarland. ‹t.stein@mx.uni-saarland.de›

** Traducción de Renate Hoffmann.

hizo por primera vez referencia a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que por ahora ni siquiera tiene carácter obligatorio. ¿Se trata verdaderamente de un lujo, o tanta protección encierra también un problema?

Al margen de los problemas de delimitación y de jerarquía, cobra particular relevancia la pregunta material por el nivel de protección. Esta temática fue materia de varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal (TCF), en las que examinó la relación entre el derecho constitucional alemán y el derecho de las Comunidades Europeas, y entre el Tribunal y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo (TJCE). Las siguientes consideraciones estarán dedicadas a esta temática. Sin embargo, previamente se hará una breve descripción de la protección de los derechos fundamentales en el nivel de las Comunidades Europeas (CE) y la dogmática de la relación entre el derecho comunitario europeo y el derecho nacional.

2. Protección de los derechos fundamentales en la UE

La Comunidad Europea fue creada como una comunidad de orientación económica. Su objetivo primordial era promover un desarrollo armónico de la vida económica,[1] sin que en un inicio se pensara en un control de los derechos fundamentales. Es así que en sus primeras sentencias el TJCE no se declaró competente para intervenir en casos que afectaban los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente en el nivel de los estados miembros de la Comunidad.[2]

Esto cambió en el año 1969 con la sentencia *Stauder*,[3] en la que el TJCE por primera vez reconoció la existencia de derechos fundamentales. El caso estaba referido a una posible injerencia en el derecho general de la personalidad o en la dignidad humana, respectivamente. El TJCE sostuvo que la respectiva norma era compatible con el orden jurídico comunitario, pero por primera vez verificó su relación con los "principios generales del orden jurídico comunitario", concretamente con los "derechos fundamentales de la persona".[4]

Un año más tarde esta jurisprudencia fue ampliada en el fallo *Internationale Handelsgesellschaft*.[5] El caso tenía por objeto la libertad de desenvolvimiento, la libertad de decisión y la libertad económica. Dado que la parte actora se apoyó en el juicio principal en la Constitución alemana (*Grundgesetz*), el TJCE estableció como primera medida que "hacer valer la violación de los derechos fundamentales, tal cual están consagrados en las constituciones nacionales, no puede afectar la validez de un

---

1 Cf. artículo 2 del Tratado de Creación de la Comunidad Económica Euroea (1957).

2 Véase, por ejemplo, sentencia del 4 de febrero de 1959 en el asunto 1/58 (*Stork*, col. 1959, p. 45), 64.

3 Sentencia del 12 de noviembre de 1969 en el asunto 29/69 (*Stauder*, col. 1969, Sp. 419).

4 Ibídem, nota marg. 7.

5 Sentencia del 17 de diciembre de 1970 en el asunto 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*, col. 1970, p. 1125).

acto de la Comunidad o su vigencia".[6] El Tribunal sostuvo, además, que los derechos fundamentales también deben ser protegidos en el nivel comunitario:

> El respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, que asegura el Tribunal de Justicia. La salvaguardia de esos derechos, aunque inspirándose en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada, en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad.[7]

La frase marca una importante distinción que se hace en la teoría de los derechos fundamentales de las Comunidades Europeas, y es aquella entre *fuentes del derecho* y *fuentes de conocimiento jurídico*. Las fuentes del derecho constituyen el motivo de validez del derecho y suministran las normas jurídicas en forma directa.[8] Además de las disposiciones contractuales expresas del Tratado de la CE, integran las fuentes del derecho todos los principios generales no escritos del orden jurídico comunitario.[9] Las constituciones nacionales, en cambio, solo constituyen una fuente de conocimiento jurídico, por lo que para el TJCE cumplen únicamente una "función orientadora".[10]

Así lo manifestó expresamente el TJCE en la siguiente sentencia relacionada con los derechos humanos, correspondiente al asunto *Nold:*[11]

> El Tribunal ya ha manifestado que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura. Al asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal debe inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.[12]

Estaban en juego la protección de la propiedad y el libre ejercicio de las actividades económicas. El TJCE desestimó que los derechos hubieran sido violados y se manifestó respecto de la limitación de los derechos fundamentales en los siguientes términos:

> Es correcto que los órdenes constitucionales de todos los Estados miembros protegen la propiedad y en forma similar la libertad de trabajo, del comercio y de tras actividasdes económicas. Los derechos así garantizados, lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados a la vista de la función social de los bienes y actividades protegidas. Por esta razón, los derechos de este orden no son garantizados regularmente más que bajo reserva de las limitaciones previstas en función del interés público. En el orden jurídico comunitario parece también legítimo mantener en relación con estos derechos la aplicación de ciertos límites justificados por los objetivos

---

6 Ibídem, nota marg. 3.

7 Ibídem, nota marg. 4.

8 Jarass: *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, 2005, pp. 12 ss.

9 Como motivo de vigencia se nombra el artículo 220 del Tratado constitutivo de la CE que obliga al TJCE a "salvaguardar el derecho". Los principios provienen entonces del derecho que el TJCE debe preservar.

10 Jarass: o. cit.

11 Sentencia del 14 de mayo de 1974 en el asunto 4/73 (*Nold*, col. 1974, p. 491).

12 Ibídem, nota marg. 13.

> de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se atente contra la sustancia de estos derechos.[13]

Esta limitación de la protección de los derechos fundamentales a través de los objetivos de la comunidad al servicio del bien general ha determinado que el balance en materia de protección de los derechos fundamentales del TJCE sea más bien modesto hasta la fecha.

Las fuentes de conocimiento jurídico fueron precisadas en mayor detalle en los asuntos *Rutili*[14] y *Hauer*.[15] En ambas sentencias el TJCE ha mencionado como otra fuente de conocimiento de los derechos fundamentales al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):

> También los tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos en cuya celebración participaron Estados miembros o a los que adhirieron, pueden suministrar indicaciones que deben ser consideradas en el marco del derecho comunitario.[16]

En el asunto *Hauer* el TJCE analizó, en función de las dos fuentes de conocimiento jurídico antes mencionadas, si la protección de la propiedad tiene carácter de derecho fundamental en el nivel de la CE:

> El derecho de propiedad se garantiza en el ordenamiento jurídico comunitario a tenor de las concepciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que también se reflejan en el Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos […].[17]

El TJCE se pronunció a continuación sobre el alcance y las posibles limitaciones de este derecho y catalogó la proporcionalidad como un principio a ser observado:

> Aun cuando, en principio, no se le pueda negar a la Comunidad la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de propiedad en el marco de una organización común de mercado y por los principios estructurales de los ordenamientos, cabe verificar si las restricciones contenidas en la regulación cuestionada efectivamente *responden a los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad* o si constituyen una *intervención desproporcionada no tolerable* con relación al fin perseguido en las prerrogativas del propietario que afecta al derecho protegido en su esencia.[18]

No obstante, el TJCE no constató en el caso *Hauer* una limitación indebida en el ejercicio del derecho de propiedad.

---

[13] Ibídem, nota marg. 14.

[14] Sentencia del 28 de octubre de 1975 en el asunto 36/75 (*Rutili*, col. 1975, p. 1219).

[15] Sentencia del 13 de diciembre de 1979 en el asunto 44/79 (*Hauer*, col. 1979, p. 3727).

[16] Ibídem, nota marg. 15.

[17] Ibídem, nota marg. 17.

[18] Ibídem, nota marg. 23, itálica del autor. (N. del T.: traducción al español del texto en alemán.)

En una serie de otras sentencias fueron calificados de derechos fundamentales, comunitarios además del ya mencionado derecho de propiedad,[19] la libertad comercial y económica,[20] la libertad profesional[21] y otros derechos. En la esfera económica se protegen también, por ejemplo, la libre competencia[22] o la libertad general de actuar.[23] En el ámbito no económico, el TJCE reconoció la protección de la vivienda y de la esfera privada.[24] [25] Se protegen la libertad de fe y de culto[26] y la libertad de opinión,[27] igual que otras posiciones de derechos fundamentales.[28] En el ámbito de los derechos procesales se reconocen, entre otros, el derecho a un juicio justo[29] y el derecho a ser oído en juicio.[30]

En primer plano de la jurisprudencia sobre derechos humanos está el reconocimiento del principio general de igualdad,[31] que va más allá de las prohibiciones de discriminación consagradas en forma escrita por el tratado. Igual importancia revisten los principios de protección de la confianza y de la seguridad jurídica,[32] así

---

[19] Véase también sentencia del 19 de junio de 1980 en los asuntos relacionados 41, 121 y 796/79 (*Testa, Maggio y Vitale,* col. 1980, p. 1979).

[20] Sentencia del 17 de diciembre de 1970 en el asunto 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft***,** col. 1970, p. 1125).

[21] Sentencia del 13 de diciembre de 1979 en el asunto 44/79 (*Hauer,* col. 1979, p. 3727); véase también sentencia del 8 de octubre de 1986 en el asunto 234/85 (*Keller,* col. 1986, S. 2897).

[22] Sentencia del 7 de febrero de 1985 en el asunto 240/83 (*ADBHU,* col. 1985, S. 531).

[23] Sentencia del 21 de mayo de 1987 en el asunto 136/85 (*Rau,* col. 1987, p., 2289).

[24] Sentencia del 26 de junio de 1980 en el asunto 136/79 (*National Panasonic,* col. 1980, p. 2033).

[25] En la sentencia *Hoechst* (del 26 de marzo de 1987 en los asuntos relacionados 46/87 y 227/88 (*Hoechst,* col. 1989, S. 2859), Rz. 12.) el TJCE reconoció la inviolabilidad de la vivienda, pero con exclusión de las oficinas. Se discutió si la decisión constituía una revuelta contra la jurisprudencia del TEDH, ya que este alto tribunal en diferentes sentencias anteriores había colocado una intervención en espacios utilizados comercialmente bajo el ámbito de protección de la vida privada (artículo 8 del CEDH). Pero en estos casos se trataba de espacios usados con fines laborales por profesionales independientes, sin que pudiera establecerse si se los utilizaba con fines privados o profesionales. Más tarde el TJCE reconoció explícitamente la jurisprudencia del TEDH (sentencia del 22 de octubre de 2002 en el asunto C-94/00 (*Roquette Frères,* col. 2002, I-9011).

[26] Sentencia del 27 de octubre de 1976 en el asunto 130/75 (*Prais,* col. 1976, p. 1589).

[27] Sentencia del 11 de julio de 1985 en los asuntos relacionados 60 y 64/84 (*Societe Cinetheque,* col. 1985, p. 2605).

[28] Para una discusión más exhaustiva de los diferentes derechos fundamentales ver Jarass: o. cit., pássim.

[29] Sentencia del 5 de marzo de 1980 en el asunto 98/79 (*Pecastaing,* col. 1980, p. 691).

[30] Sentencia del 8 de febrero de 2000 en el asunto C-17/98 (*Emesa Sugar,* col. 2000, I-675).

[31] Sentencia del 8 de octubre de 1980 en e asunto 810/79 (*Überschär* —también conocido como *Seguro alemán voluntario*—, col. 1980, S. 2747).

[32] Sentencia del 21 de septiembre de 1983 en los asuntos relacionados 205 *bis* 215/82 (*Milchkontor,* col. 1983, S. 2633).

como el reclamo de que las limitaciones a los derechos fundamentales no deben ser desproporcionadas con vistas al objetivo.[33]

El rango de todos los derechos fundamentales antes mencionados, como también de todas las normas jurídicas generales, es equiparable al rango del derecho primario. Los titulares de los derechos fundamentales son personas físicas y empresas. Están obligados con los derechos fundamentales de la Comunidad tanto todos los órganos de comunitarios como también los estados miembros. En la sentencia *ERT*, el TJCE declaró la sujeción de los estados miembros no solo a sus "propios" derechos fundamentales sino también a aquellos de la Comunidad en sus actos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.[34] El caso trató la compatibilidad del monopolio de radiodifusión griego con las normas comunitarias sobre competencia y la libre prestación de servicios.

> Según su jurisprudencia […] el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que tal normativa entre en el campo de aplicación del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya salvaguarda el Tribunal debe garantizar y que en particular se desprenden del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
>
> En particular, si un estado miembro invoca el artículo 66 en relación con el artículo 56 del Tratado de la CE a fin de justificar una regulación adecuada para obstaculizar el ejercicio de la libertad de servicio, esta justificación prevista en el derecho comunitario debe ser interpretada a la luz de los principios jurídicos generales y en particular los derechos fundamentales. Por lo tanto, las excepciones contempladas en el artículo 66 en relación con el artículo 56 deben ser de conformidad con los derechos fundamentales cuya salvaguarda el Tribunal debe garantizar.[35]

Volveremos sobre esta aplicación de los derechos fundamentales comunitarios incluso a actos de los estados miembros, ya que con la futura vigencia, seguramente obligatoria, de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales se ampliará y fortalecerá más aún.

Finalmente cabe mencionar que el TJCE ha reconocido en su jurisprudencia más reciente que la intensidad de la protección de un derecho fundamental (comunitario) no debe ser uniforme a lo largo de todos los estados miembros. En el fallo *Omega*[36] el TJCE respondió en estos términos a una cuestión prejudicial del Tribunal Federal Administrativo alemán. El caso estaba referido a una prohibición de operar ciertos juegos láser dictada por la municipalidad de la ciudad de Bonn. La municipalidad

---

[33] Cf. por ejemplo sentencia del 10 de enero de 1992 en el asunto C-177/90 (*Kühn*, col. 1992, pp. I-35).

[34] Sentencia del 18 de junio de 1991 en el asunto C-260/89 (*ERT*, col. 1991, I-2925).

[35] Ibídem, nota marg. 42 y 43. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán.)

[36] Fallo del 14 de octubre de 2004 en el asunto C-36/02 (*Omega Spielhallen*, col. 2004, pp. I-9609).

argumentó que estos juegos constituían un peligro para el orden público por cuanto simulaban actos de matar, lo que lesionaba las nociones básicas de valor de la generalidad, en particular de la dignidad humana. El TJCE aceptó esta argumentación y también el nivel de protección quizás más alto, porque:

> El orden jurídico comunitario [apunta] indiscutiblemente a garantizar el respeto de la dignidad humana como una norma jurídica general […] No es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido […]
>
> Por el contrario, la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones pertinentes […] no quedan excluidas por el hecho de que un estado miembro hubiere dictado distintas normas de protección que otro Estado miembro.[37]

3. Los derechos fundamentales en el Tratado constitutivo de la CE

Pese a que no es evidente a simple vista, el Tratado de la CE, orientado meramente a la cooperación económica, ya contemplaba una cierta protección de los derechos individuales. En el artículo 6 del Tratado (hoy artículo 12), por ejemplo, quedó consagrada la prohibición general de discriminación. También las libertades fundamentales del mercado único, la libre circulación de los trabajadores,[38] la libertad de radicación y de la prestación de servicios,[39] la libre circulación de capitales[40] o la obligación no sujeta a un aspecto transnacional de igual trato entre hombres y mujeres respecto de la retribución del trabajo y otras condiciones de trabajo[41] protegen posiciones jurídicas básicas de los ciudadanos, aun cuando no son derechos fundamentales en sentido estricto. El Tribunal las considera derechos subjetivamente exigibles que en ciertas condiciones pueden desplegar eficacia frente a terceros.[42]

El Tratado de Maastricht agregó a esta lista el derecho general de permanencia[43] y el derecho a voto en las elecciones comunales y las elecciones del Parlamento Europeo.[44]

El Tratado de Maastricht también incorporó al artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea la jurisprudencia del TJCE sobre la protección de los derechos fundamentales, hasta ese momento no representada en modo alguno en los tratados europeos:

---

37 Ibídem, nota marg. 34, 37 y 38. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán.)
38 Artículos 48 ss. TCE (artículo 39 s. de la versión actual).
39 Artículo 52 ss. (hoy 43), artículo 59 ss. (hoy 49).
40 Artículo 67, 73.*a* TCE ss. (hoy esta materia es tratada en los artículos 56 ss.).
41 Artículo 119 TCE (hoy 141).
42 Fallo del 6 de junio de 2000 en el asunto C-281/98 (*Angonese,* col. 2000, p. I-4139)
43 Artículo 8.*a* TCE (hoy 18).
44 Artículo 8.*b* TCE (hoy 19).

> La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

4. ¿Por fin un catálogo? La Carta de Derechos Fundamentales

Esta evolución de la jurisprudencia y del derecho primario permite deducir un carácter más bien fraccionario de la protección de los derechos humanos en la CE hasta el momento. La Comunidad no conocía (y hasta la fecha no conoce) un catálogo de derechos fundamentales, al menos no de carácter obligatorio. Los órganos de la Comunidad vienen empeñando sus esfuerzos desde la década de 1970 por remediar esta situación. En 1977 la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron una declaración general sobre la protección de los derechos fundamentales; en 1989 el Parlamento aprobó una resolución que contenía una amplia lista de derechos fundamentales en lo que constituye una apelación y no un acto legislativo.

En la Cumbre de Niza, celebrada en el 2000, se proclamó solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.[45] El propósito de esa "solemne proclama" era desviar la atención de que en verdad no se trataba de un derecho realmente aplicable, lo que tampoco había sido su intención. Su objetivo era "hacer visibles a los ciudadanos de la Unión sus derechos", algo que en verdad era ridículo teniendo en cuenta que los ciudadanos no podían recurrir a la vía judicial para hacer valer esos derechos. La Carta consta de 54 artículos que incluyen tanto las libertades clásicas como derechos económicos y sociales, es decir, también "respuestas en calidad de derechos fundamentales a desafíos modernos".[46] Volveré sobre el particular en un momento.

Hasta ahora la Carta no es más que una declaración política no obligatoria a la que el TJCE durante mucho tiempo ni siquiera hizo referencia luego de que en la Cumbre de Niza fracasara el intento de incluir una referencia a la Carta en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, además de las otras "fuentes de derechos fundamentales".

Más tarde, sin embargo, la Carta fue incorporada al "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa"[47] como Parte II, y debía alcanzar carácter jurídicamente obligatorio una vez que entrara en vigor la "Constitución". Sin embargo, el "Tratado Constitucional" en su forma original fracasó a consecuencia de los dos referendos negativos, en Francia y Países Bajos.

---

45 *Boletín Oficial de la CE*, C 364, p. 1.

46 Oppermann: *Europarecht; Ein Studienbuch*, C. H. Beck, 2005, p. 151.

47 ABI. C 310, 16.12.2004, p. 1.

La cumbre de la UE celebrada el 21 y 22 de junio del 2007 en Bruselas, que otorgó un mandato para elaborar un "Tratado de Reforma" que debía tomar el lugar del "Proyecto Constitucional", también adoptó decisiones que atañen a la "Carta de Derechos Fundamentales". El fin es concederle carácter obligatorio pero no en calidad de parte integral de los tratados, sino como un protocolo adicional al Tratado de la Unión Europea, en el que se hará referencia a este protocolo y a la Carta en los "artículos sobre los derechos fundamentales (hasta ahora artículos 1-9). Al Reino Unido se le concedió la posibilidad de un *opting out* de la Carta.[48] Más adelante, cuando vuelva sobre este tema, veremos por qué la actitud de Gran Bretaña resulta comprensible en cierta manera.

A pesar de no ser obligatoria, la Carta de los Derechos Fundamentales ha demostrado tener cierto efecto aun antes de entrar en vigor. Esto reviste importancia en la medida en que los abogados generales del TJCE, el Tribunal de Primera Instancia[49] y más recientemente el TJCE mismo,[50] la han mencionado. Por el momento queda abierto si ello ya es un indicio de que estas instancias judiciales se obligan voluntariamente con la Carta.

Pasemos ahora a los diferentes niveles de la protección de los derechos fundamentales y antes, brevemente, a la relación entre derecho comunitario y derecho nacional.

5. La relación del derecho comunitario con el derecho nacional en la jurisprudencia del TJCE

En la famosa sentencia *Van Gend & Loos*[51] el TJCE constató que la aplicabilidad directa del derecho comunitario "constituye un nuevo orden jurídico del derecho internacional […] un orden jurídico cuyos sujetos de derechos no son solo los Estados miembros sino también los individuos".[52] En consecuencia, el derecho comunitario puede implicar derechos y obligaciones no solo para los estados miembros de la Comunidad, sino también para individuos. Hemos visto ya que reviste especial importancia para las libertades fundamentales que otorgan derechos a personas físicas y jurídicas.

El efecto del derecho primario y de reglamentaciones de los sistemas jurídicos nacionales no es problemático. Tal como surge del artículo 249.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, una norma comunitaria puede ser fuente directa de

---

48 Consejo Europeo (Bruselas), 21-22 de junio de 2007, Conclusiones de la Presidencia, doc. 11177/07, CONCL 2 del 23 de junio de 2007.

49 Sentencia del 3 de mayo de 2002 en el asunto T-177/01 (*Jégo-Quéré*, col. 2002, p. II-2355).

50 Sentencia del 3 de mayo de 2007 en el asunto C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*, sin publicar).

51 Sentencia del 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62 (Van Gend & Loos, col. 1963, p. 1).

52 Ibídem, nota marg. 10.

derechos y obligaciones en los estados nacionales sin necesidad de normas internas de ejecución por el legislador nacional. Sin embargo, la eficacia directa de las directivas no puede deducirse sin más trámites del artículo 249.3, que determina que las directivas son obligatorias respecto del fin propuesto. Es decir que en principio el legislador nacional debe traducir al derecho nacional una directiva mediante un acto nacional. No obstante, en la jurisprudencia fue reconocido el efecto vertical directo, es decir, la eficacia frente al Estado. El TJCE lo explicó en la sentencia *Ratti*[53] en los siguientes términos:

> En particular en los casos en los que las autoridades de la Comunidad obligan mediante una directiva a los estados miembros a observar una determinada conducta, la eficacia práctica de tal medida se vería menoscabada si los individuos no pudieran invocarla ante el tribunal y si los tribunales estatales no los pudieran tomar en consideración como parte integral del derecho comunitario.
>
> Por lo tanto, un estado miembro que no haya dictado dentro del plazo establecido los decretos reglamentarios estipulados en la directiva no puede oponer al individuo que él —el estado— no ha cumplido con las obligaciones emanadas de esta directiva.[54]

Vale decir que el derecho comunitario es una parte del derecho nacional y de aplicación directa en ciertas circunstancias. La relación exacta que existe entre el derecho comunitario y el derecho nacional, en caso de que se llegara a un conflicto, fue especificada por el TJCE en la sentencia *Costa/ENEL*:[55] el derecho comunitario primará sobre el derecho nacional. La prerrogativa alcanza tanto al derecho comunitario primario como secundario, pero solo debe interpretarse como prioridad de aplicación en el caso concreto y no como primacía de validez; es decir que el derecho nacional contrario no es nulo: únicamente no es de aplicación en tanto exista un derecho comunitario que regule el mismo hecho.

En la ya mencionada sentencia en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*,[56] se planteó el tema de si el derecho comunitario secundario prevalecía por sobre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional o por sobre principios estructurales básicos. El TJCE respondió que la validez de actos de los órganos de la Comunidad solo puede ser evaluada en función del derecho comunitario.[57] Las consecuencias de esta primacía pueden ilustrarse tomando como ejemplo la sentencia *Kreil*,[58] que atañe a la Constitución alemana. La señora Kreil, de profesión técnica en electrónica, se postuló para cumplir el servicio voluntario en las Fuerzas Armadas alemanas. Su postulación fue rechazada con el argumento de que, según el artículo 12.*a*.4, frase 2, de la Constitución, las mujeres no pueden

---

53 Sentencia del 5 de abril de 1979 en el asunto 148/78 (Ratti, col. 1979, S. 1629).

54 Ibídem, notas marg. 21 y 22. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán)

55 Sentencia del 15 de julio de 1964 en el asunto 6/64 (*Costa/ENEL*, col. 1964, p. 1141).

56 Ver n.a.p. 5.

57 Ibídem, nota marg. 3.

58 Sentencia del 11 de enero de 2000 en el asunto C-285/98 (*Kreil*, col. 2000, p. I-95).

servir bajo armas. El TJCE interpretó esta exclusión como una violación al principio de igual trato entre hombres y mujeres consagrado en el artículo 2.2 de la directiva 76/207/CEE.[59]

Que el TJCE haya sobrepasado sus competencias luego de que él mismo constatara en esta sentencia que la "organización de las Fuerzas Armadas es asunto de los Estados miembros" es otro tema diferente. Asimismo, en el año 1976 nadie pensó que esta directiva de igual trato alguna vez se llegaría a aplicar a las Fuerzas Armadas; de lo contrario se habría incorporado una excepción. Sin embargo, la sentencia llevó a una modificación de la Ley Fundamental. Por el momento sigue sin respuesta definitiva si ello implica que las disposiciones del derecho comunitario prevalecen siempre sobre las disposiciones constitucionales nacionales y seguramente merecerá diferentes respuestas del TJCE y del Tribunal Constitucional Federal (TCF).

Desde la perspectiva del derecho comunitario, es de exclusiva competencia del TJCE decidir sobre la validez de las normas del derecho secundario por parte de los órganos comunitarios,[60] y esto tanto desde la perspectiva de la competencia como también respecto de la compatibilidad con las garantías de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, en cambio, sustenta otro criterio.

6. La relación entre el derecho (constitucional) nacional y el derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF)

Para ofrecer una respuesta a la pregunta implícita en el título de esta contribución, en cuanto a si existe una relación de competencia o de cooperación entre el TJCE y el TCF, es necesario analizar aquellos ámbitos en los que puede haber superposiciones en la jurisprudencia del TJCE y del TCF. El primer ámbito se refiere a la protección de los derechos fundamentales. La pregunta que se plantea es si al individuo se le otorga en Alemania la misma protección (de derechos fundamentales) contra actos soberanos de la Comunidad que le es garantizada contra actos del poder soberano alemán. La pregunta subsiguiente es qué tribunal es competente para otorgarle esa protección.

La segunda problemática se refiere al control del ejercicio de las competencias de la Comunidad Europea. El principio de atribución en la delimitación de competencias de la CE, establecido expresamente en el Tratado Constitutivo de la CE, señala que esta solo puede actuar cuando el Tratado así lo prevé explícitamente. Solo en esa medida los pueblos de Europa han aprobado a través de sus parlamentos la delegación de derechos soberanos a la CE y a la UE, respectivamente. Pero ¿qué pasa si la

---

[59] Directiva 76/207/CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, ABl. L 39 del 14/02/1976, p. 40.

[60] Cf. artículos 220 y 234 del Tratado constitutivo de la CE.

Comunidad excede sus facultades? ¿Qué pasa, en particular, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no constata ese exceso?

El TCF ha dado una respuesta a estas dos preguntas en una serie de sentencias, aun cuando no lo ha hecho hasta las últimas consecuencias.

En la sentencia *Solange I (Hasta que I)*,[61] de 1974, el TCF se manifestó sobre si los actos jurídicos de la Comunidades Europeas deben ser evaluados tomando como parámetro los derechos fundamentales alemanes. La TCF se reservó el control "en tanto el proceso de integración de la Comunidad no haya avanzado lo suficiente como para estar dotado de un catálogo codificado de derechos fundamentales semejantes al de la Constitución que hubiera sido aprobado por un Parlamento y estuviera vigente".[62] En la llamada resolución *Vielleicht (Quizás)*,[63] de 1979, el TCF dio a entender que podría revisarse esta reserva "en vista de los desarrollos políticos y jurídicos que han tenido lugar en el ámbito europeo". En la resolución *Solange II (Hasta que II)*, de 1986, prácticamente invirtió la fórmula utilizada en *Solange I (Hasta que I):* ya no exigió una protección semejante hasta en sus detalles y constató en consecuencia que está dada una protección de los derechos fundamentales por el derecho comunitario adecuado a la Constitución alemana:

> En tanto la Comunidad Europea, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asegure la efectiva protección de los derechos fundamentales de la Constitución, y salvaguarde el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad de derecho comunitario deducido que se utiliza como base jurídica para una actuación de los tribunales o las autoridades alemanas […] y por lo tanto no examinará más la conformidad del Derecho comunitario tomando como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución alemana.[64]

En su sentencia *Maastricht*,[65] de 1993, el TCF insistió en esta "inversión", aunque al mismo tiempo la suavizó. Se reservó la facultad de establecer si la protección de un derecho fundamental inalienable está garantizada en el nivel comunitario. Hizo mención a una "relación de cooperación" que contemplaba que el TJCE garantizaba en cada caso concreto la protección de los derechos fundamentales, mientras que el TCF se limitaba a verificar si la protección de los derechos fundamentales alcanzaba en general el nivel requerido.

---

[61] Resolución del 29 de mayo de 1974; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 37, 271 ss.

[62] Resolución del 29 de mayo de 1974; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 37, 27 ss., Leitsatz.

[63] Resolución del 25 de julio de 1979; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 52, 187, 202 s.

[64] Resolución del 22 de octubre de 1986; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 73, 339 ss., Leitsatz [2].

[65] Sentencia del 12 de octubre 1993; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 89, 155 ss.

Volveré en un momento sobre el particular, ya que los pasajes correspondientes en la sentencia bien podrían haberse interpretado más propios de una "relación de control" que de una "relación de cooperación".

Siete años más tarde el TCF podría haber precisado el significado exacto de aquella afirmación sobre la protección de los derechos fundamentales en su resolución sobre el *Orden que regula el mercado bananero.*[66] El caso estaba referido al reglamento sobre la organización común del mercado bananero, que había introducido una preferencia por las bananas de determinados estados miembros de la CE y los territorios de ultramar ligados a esos países frente a las "bananas de la región del dólar", sobre todo de Centroamérica. Esa regulación generó masivas pérdidas a los importadores de las "bananas del espacio del dólar", que vieron en ella una injerencia contraria a derecho en sus derechos de propiedad y libertad profesional.

En su sentencia en el contencioso sobre *Bananas*, de 1994,[67] el TJCE consideró el reglamento legal y rechazó que hubiera habido una injerencia en los derechos fundamentales comunitarios.[68] Esta sentencia, y en particular la falta de examen de la proporcionalidad de la injerencia en el libre ejercicio de la profesión, recibieron frecuentes críticas.[69] Al parecer, el TJCE malinterpretó la fórmula *Solange II (Hasta que II)* del TCF y consideró que solamente era necesario preservar "el contenido esencial" de un derecho fundamental; sin embargo, ese es el límite inferior que solo puede alcanzarse en casos de excepción y que en ningún caso debe ser perforado.

¿En esta sentencia había caído tanto la norma inalienable del derecho fundamental que el TCF debía sustituir el control del TJCE por el suyo propio? ¿No era un caso en el que la protección del derecho fundamental en un caso concreto había sido tan miserable en su resultado que era necesario hacer una corrección a través del Tribunal Constitucional nacional, aun cuando no se pudiera hablar todavía de una "deficiencia general"? Este interrogante fue planteado por el TCF en un proceso de control de normas ante el Tribunal Administrativo de Fráncfort, al que se habían dirigido los importadores luego de que su demanda ante el TJCE no prosperara. El Tribunal Administrativo de Fráncfort, que ya con su solicitud de control de normas había dado lugar a la sentencia *Solange I (Hasta que I),* dejó pocas dudas en cuanto a que el TCF debía intervenir.

---

66 Resolución del 7 de junio de 2000; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 102, 147 ss.

67 Sentencia del 5 de octubre de 1994 en el asunto C-280/93 (*Alemania contra Consejo, "Bananas"*, col. 1994, I-4973).

68 Ibídem, notaa marg. 64 ss.

69 Cf. entre otros, Stein: "Bananen-Split? Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit?", en *EuZW* 9/1998, pp. 261-264, o Cascante y Sander: *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung*, Duncker & Humblot, 1999.

¿No era este también un caso que debía darle motivos al TCF para plantearle al TJCE una pregunta prejudicial, lo que, por lo demás y hasta la fecha, ha negado consecuentemente?

La *disputa del banano* también planteó preguntas respecto del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que hubieran justificado una cuestión prejudicial ante el TJCE. Este había dado a entender que tomaría nota de lo que el TCT consideraba *protección inderogable de los derechos fundamentales*, pero, mientras el asunto aún estaba pendiente en el TCT, hubo un recambio del juez a cargo y como consecuencia de ello el TCF retomó en la resolución (para muchos sorpresivamente) su jurisprudencia *Solange (Hasta que)*. Sostuvo que un recurso de amparo o presentación era básicamente inadmisible, y únicamente procedía si se comprobaba que el estándar necesario de los derechos fundamentales había decaído en general. En opinión del TCF, ese no era el caso para el reglamento sobre el mercado bananero y la sentencia en el contencioso sobre *Bananas* del TJCE.

Teniendo presente esta jurisprudencia, el presidente del Tribunal Constitucional Federal, Hans-Jürgen Papier, describe la actual situación de un recurrente alemán de la siguiente manera:

> Para la protección de los derechos fundamentales contra actos jurídicos de la Comunidad Europea ante el Tribunal Constitucional Federal existen obstáculos difícilmente superables en la práctica: los tribunales que plantean cuestiones prejudiciales y los recurrentes deben exponer que no se cumplen los estándares mínimos indispensables de los derechos fundamentales. Una mera desviación de las garantías que otorga la Constitución como tal no es suficiente. Y tampoco podrán limitar sus consideraciones exclusivamente al contencioso concreto, sino que además deben demostrar que no se cumplen en general los estándares de protección exigidos para los derechos fundamentales, es decir, realizar en definitiva una evaluación general de la protección de los derechos fundamentales en el derecho comunitario.
>
> Lo que en este contexto no queda claro es si la evaluación del estándar puede limitarse a la temática afectada —por ejemplo, las libertades económicas— o si un déficit en un ámbito puede ser compensado por una protección mayor o similar en otros órdenes —por ejemplo, la libertad de reunión.[70]

Papier deduce de la actual situación que es muy improbable un conflicto de jurisprudencia entre el TJCE y el TCF. No obstante, es al menos dudoso si esta situación podrá perdurar.

En estas condiciones de un potencial conflicto judicial, se esperó con mucha impaciencia la sentencia del TCF sobre la decisión marco referida a la *orden de detención europea*. La pregunta de la compatibilidad de un acto de la UE con los derechos fundamentales alemanes demostró no ser decisiva. En su sentencia del 2005 sobre la

---

[70] Papier: "Gerichtshöfe in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten - Konfrontation oder Kooperation?", Conferencia pronunciada en la Fundación Heinz Schwarzkopf el 16 de febrero de 2006 en Berlín, disponible en ‹http://www.heinz-schwarzkopf-stiftung.de/uploads/vortrag_prof__papier_16_2_2006_474.pdf›, p. 9. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán.)

orden de detención europea[71] el Tribunal solo se expresó sobre la constitucionalidad de la ley de implementación alemana, a la que declaró nula por no haber tomado en cuenta opciones permitidas por la decisión marco que favorecían la protección jurídica. Dado que la decisión marco fue dictada sobre el tercer pilar, el ámbito de la "cooperación policial y judicial en asuntos penales", y por lo tanto forma parte del derecho público internacional, de todos modos no se podrían haber asumido automáticamente los mismos parámetros de la verificación de derechos fundamentales.[72]

7. ¿Cuáles son las perspectivas?

Por ahora el TCF insiste —y así lo ha subrayado su presidente, una vez más, en una entrevista recientemente publicada en un medio gráfico—[73] que en la praxis diaria "existen pocos puntos de contacto" entre el TCF y el TJCE. En la entrevista, el presidente puntualiza que ambos tribunales tienen diferentes competencias y diferentes parámetros de control. El TCF controla actos soberanos alemanes tomando como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución (alemana), en tanto que el TJCE vela por la interpretación y aplicación del derecho de la Unión Europea. Este ha sido siempre, y continúa siéndolo, el argumento determinante del TCF para que, a diferencia de los tribunales constitucionales de otros estados miembros, nunca elevara al TJCE una cuestión para su decisión prejudicial. Es al menos dudoso si ello podrá mantenerse.

En la entrevista mencionada, el presidente del TCF también se refirió a "la tendencia en alguna medida problemática" del TJCE de evaluar los actos jurídicos nacionales, aun en aquellos casos en los que no se trata de una implementación forzosa de derecho de la Unión, en función de los "principios jurídicos generales" desarrollados por el propio Tribunal. La afirmación se refiere tanto a la jurisprudencia del TJCE según la cual los derechos fundamentales del derecho de la Unión también deben observarse "en el ámbito de aplicación del derecho comunitario" [74] como a la sentencia *Mangold*,[75] en la que el TJCE estableció que la modalidad de renovar contratos a plazo fijo indefinidamente para desocupados de largo plazo de mayor edad contradecía el derecho europeo, ya que la prohibición de discriminación basada en la edad era un "principio jurídico general del derecho europeo", aunque omitió indicar de

---

[71] Sentencia del 18 de julio de 2005, 2 BvR 2236/04.

[72] El presidente de la Corte Constitucional Federal, Hans-JürgenPapier, resume: "Dado que —tal como se expuso— una resolución marco no forma parte del orden jurídico supranacional del derecho de la Unión, sino del derecho internacional, una verificación de este tipo debería realizarse siguiendo otros parámetros que erigen obstáculos menos altos que los existentes en el ámbito del derecho de la Unión. Es posible que entonces sea innecesario exponer una 'decadencia de los derechos fundamentales' (o. cit., pp. 10-11).

[73] *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 24.7.2007, p. 5.

[74] Cf. la sentencia en el asunto ERT, cit.

[75] Sentencia del 22.11.2005, RS C-144/04, col. 2005, I-9981.

dónde deduce ese principio jurídico. De hecho, la sentencia fue criticada en forma bastante abierta por un abogado general del TJCE[76] y ha sido llevada ante el TCF en un procedimiento que podría desatar un "conflicto de tipo fundamental".[77]

La problemática podría agudizarse aún más si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se convierte, junto con el Tratado de Reforma, en derecho de carácter obligatorio para los estados miembros de la Unión Europea. En principio no hay nada que objetar a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, ya que su vigencia pondría fin a una situación que no puede calificarse menos que de "anómala" que están viviendo los órganos y las instituciones de la Unión (y con ello también el TJCE). Nos estamos refiriendo al hecho de que hasta ahora el TJCE no está sujeto a ningún catálogo de derechos fundamentales. Por el contrario, basándose en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, "inventa" el respectivo "derecho fundamental comunitario" por sí mismo, apoyándose para ello en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales de los estados miembros antes de aplicarlos a un caso concreto. Ahora bien, el "derecho de creación judicial" para cerrar vacíos legales no intencionales es algo conocido en todo orden jurídico, pero siempre constituye una excepción y no la norma.

Un punto débil de la Carta de Derechos Fundamentales es, sin duda, que además de los derechos humanos clásicos recoge toda una serie de "principios" o "desideratas" que no constituyen derechos genuinamente exigibles y para cuya realización la Unión Europea carece en parte de las competencias necesarias. Ya se mencionó que esta situación determinó que en la Cumbre de Bruselas de junio de 2007 el Reino Unido solicitara que en un protocolo anexo al Tratado de Reforma se aclarara que la Carta no constituye un derecho aplicable por los tribunales ingleses. La postura británica resulta comprensible hasta cierto punto, dado que nadie puede predecir qué va a hacer un tribunal con los "principios" enunciados en la Carta, que no están formulados como derechos exigibles, pero a los que, no obstante, los tribunales pueden recurrir como parámetro de interpretación o "inspiración". Esto mismo se aplica, por otra parte, al propio TJCE.

Con el protocolo, el Reino Unido les ha puesto un cerrojo a sus tribunales en esta materia, pero para todos los demás estados no es así, ya que el artículo 51.1 de la Carta establece que "las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión […], así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión".

Esta disposición es poco clara en más de un sentido: ¿Significa "cuando apliquen el Derecho de la Unión" lo mismo o menos que "en el ámbito de aplicación del derecho comunitario", teniendo en cuenta que la jurisprudencia sentada del TJCE

---

[76] Cf. Reich: "'Mangold' und kein Ende - oder doch?", en *EuZW* 2007, 198 (sobre las conclusiones del abogado general Mazák del 15.2.2007 en el asunto C-411/05).

[77] En ese sentido se manifestó el presidente de la TCF en la entrevista mencionada.

ya está evaluando actualmente los actos jurídicos de los estados miembros en función de los derechos fundamentales comunitarios formulados por el propio Tribunal cuando se entra en contacto con el derecho de la Unión? ¿Qué relación guardan entre sí los actuales derechos fundamentales de la Unión como "principios generales del derecho comunitario" (artículo 6.2 del Tratado de la UE y artículo I-9.3 del "Tratado Constitucional") con los "derechos, libertades y principios" de la Carta? ¿Debería un tribunal alemán en la verificación de la aplicación de una ley alemana distinguir según si la norma verificada se basa en una directiva de la CE (en tal caso sería de "aplicación el derecho de la Unión" con la consecuencia de que también deberían tenerse en cuenta los derechos fundamentales de la Carta) o si se trata de una norma "puramente alemana" (con la consecuencia de que en tal caso solo serían de aplicación los derechos fundamentales de la Constitución alemana)? ¿Y debería controlar, además, si la aplicación de esta norma alemana limita una libertad fundamental europea (con la consecuencia de que entonces se estaría moviendo "en el ámbito de aplicación del derecho comunitario" y debería tener en cuenta los derechos fundamentales del TJCE)? La confusión difícilmente podría ser mayor y sería aún más grande si la Unión Europea, tal como prevé el "Tratado para establecer una Constitución de Europa" y presumiblemente también el "Tratado de Reforma" que debe tomar su lugar, adhiere a la Convención de Derechos Humanos del Consejo de Europa. En tal caso, para medidas de la Comunidad, pero también para algunos actos de los estados miembros, habría que verificar tres categorías de derechos fundamentales.[78]

¿Podría el TCF seguir sosteniendo que tiene una competencia y un parámetro de control diferentes de los del TJCE (a saber, solo la Constitución alemana) cuando la Carta de Derechos Fundamentales adquiera carácter obligatorio para determinadas medidas nacionales ("cuando se aplique el derecho de la Unión") tomadas por los estados miembros? En una situación que se inserta en esta categoría, ¿el TCF no debería contemplar también la Carta y eventualmente presentar la cuestión de su interpretación al TJCE, lo que hasta ahora insiste en rechazar? Como tribunal de última instancia, el Tribunal estaría obligado a hacerlo según el actual artículo 234.3 del Tratado Constitutivo de la CE.

Aquí no solo amenaza con sobrevenir una situación de competencia, sino un conflicto concreto de constitucionalidad. Lo que ahora es un *lujo* podría transformarse en *plaga*, algo que únicamente podría evitarse si no se adoptara el artículo I-9 del "Tratado para establecer una Constitución de Europa" bajo esa forma en el nuevo Tratado de la Unión ("Tratado de Reforma").[79] Por el contrario, es menester

---

[78] En ese sentido se manifestó ya Cremer, o. cit., p. 1457.

[79] Las principales disposiciones del artículo I-9 en su versión actual rezan: "1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales […]. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección des los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión […]. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo […] y los que son fruto de las tradiciones

efectuar una clara separación: La Carta de los Derechos Fundamentales solo adquiere carácter obligatorio para los órganos y las instituciones de la Unión, pero no para los estados miembros. Los instrumentos jurídicos del derecho secundario de la Unión serán controlados exclusivamente por el TJCE en función de la Carta de Derechos Fundamentales. Las medidas de ejecución nacionales serán verificadas exclusivamente por los tribunales nacionales con base en los derechos fundamentales nacionales y sin consideración de "principios jurídicos generales" en el sentido de derechos fundamentales del derecho de la Unión. Si la Unión Europea adhiere al Convenio de Derechos Humanos de Estrasburgo y el TJCE queda sujeto a la Carta de Derechos Fundamentales, ya no serán necesarios estos "principios jurídicos generales". Todo tribunal con funciones de control de constitucionalidad en su ámbito contaría entonces con derechos fundamentales "concretos", "especiales" y propios. Y dado que los respectivos derechos "propios" no se distinguen sustancialmente ni en su texto ni en la interpretación de los tribunales (que desde siempre tuvieron en cuenta la actuación de los otros tribunales), esto no llevaría a un estándar de protección divergente, sino que, por el contrario, crearía responsabilidades claras. Sobre ambas instancias —esto es, los tribunales constitucionales nacionales y el TJCE— velaría en caso de necesidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, si llegara a producirse un "accidente de trabajo" y la protección de los derechos humanos quedara por debajo de la medida requerida (lo que también puede darse en un caso concreto y no solo cuando se manifiesta una situación generalizada). Los tribunales constitucionales nacionales están acostumbrados a situaciones de este tipo y seguramente el TJCE también se acostumbrará. En tal caso, se contaría en Europa con un sistema de cooperación pero también de control para la protección de los derechos fundamentales.

Bibliografía

BRÖHMER, Jürgen: "Das Bundesverfassungsgericht und sein Verhältnis zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1999, 16.

BROSS, Siegfried: "Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof, Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt und vom Kooperationsverhältnis", en *VerwArch* 2001, pp. 425-441.

CASCANTE, José Christian, y Gerald G. SANDER: *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung,* Duncker & Humblot, 1999.

constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Union como principios generales".

CREMER, Wolfram: "Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung", *NVwZ* 2003, pp. 1452 ss.

EIFFLER, Sven R.: "Der Grundrechtsschutz durch BVerfG, EGMR und EuGH", en *JuS* 1999, pp. 1068-1073.

FUNK-RÜFFERT, Petra: *Kooperation von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht im Bereich Grundrechtsschutz*, Duncker & Humblot, 1996.

JARASS, Hans: *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, 2005.

KINGREEN, Thorsten: "Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht", en *EuGRZ* 2004, 570-576.

KUBE, Hanno: "Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrecht und Vorlagepflicht des BVerwG nach Artículo 234 III EGV", en *JuS* 2001, pp. 858-861.

LENAERTS, Koen, y Eddy DE SMIJTER: "A 'Bill of Rights' for the European Union", en *Common Market Law Review* 2001, pp. 273-300.

ODENDAHL, Kerstin: "Anmerkung zu BVerfG, B. v. 07.06.2000 - 2 BvL 1/97 - (Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden wegen Grundrechtsverletzung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht ['Bananenmarktordnung']), en *JA* 2001, pp. 284-286.

OPPERMANN, Thomas: *Europarecht; ein Studienbuch*, C. H. Beck, 2005.

PAPIER, Hans-Jürgen: "Gerichtshöfe in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten - Konfrontation oder Kooperation?", Vortrag bei der Heinz-Schwarzkopf-Stiftung am 16. Februar 2006 in Berlin, abrufbar unter ‹http://www.heinz-schwarzkopf-stiftung.de/uploads/vortrag_prof_papier_16_2_2006_474.pdf›.

QUASDORF, Peter: *Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union*, Peter Lang Verlag, 2001.

SCHALLER, Werner: *Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte*, Nomos, 2003.

STEIN, Torsten: "Bananen-Split? Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit?", en *EuZW* 9/1998, pp. 261-264.

— EuGH: "Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerbeverbotrichtlinie", en *EuZW* 2007, pp. 47 ss.

TRIEBEL, Matthias: "Die rechtliche Bedeutung der Grundrechtecharta", en *Jura* 2003, pp. 525-527.

VON DANWITZ, Thomas: "Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union", en *JZ* 23/2003, pp. 1125-1132.

V. Derecho administrativo

- *Regina Bernhard (Alemania)*
  El derecho administrativo en países de América del Sur
  ¿Coincide la teoría con la realidad?
  Comparación y evaluación de diferentes sistemas

- *Enrique Navarro Beltrán (Chile)*
  Notas sobre el contencioso administrativo en Chile y el Tribunal Constitucional

- *Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*
  El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales

Regina Bernhard (Alemania)*

El derecho administrativo en países de América del Sur ¿Coincide la teoría con la realidad? Comparación y evaluación de diferentes sistemas**

1. Introducción

La imposición práctica de la *justicia administrativa* es un indicador importante del funcionamiento de un Estado de derecho y guarda estrecha relación con los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Al formar parte del Ejecutivo, la administración pública tiene un importante grado de responsabilidad, dado que el ejercicio del poder público tiene efectos directos sobre el ciudadano. Factores fundamentales para un ejercicio adecuado en el marco de la ley y del derecho son la organización de la administración, su grado de descentralización, su funcionamiento y la presencia o no de corrupción.

No es posible aplicar principios básicos del Estado de derecho si no existe un control efectivo de la administración por una justicia administrativa independiente como forma de limitar el poder público.[1] Por lo tanto, para un Estado de derecho es indispensable contar con un derecho administrativo que determine estructuras y procedimientos administrativos de adecuado funcionamiento. Se trata de un aspecto de particular importancia en los países de América Latina, que en los últimos años fueron escenario de reiteradas situaciones de desborde social, inestabilidad y crisis,

---

* Jurista alemana, MA en Global Political Economy. Durante tres meses fue pasante de la FKA en Uruguay, donde trabajó, entre otros temas, en el área del derecho administrativo. ‹reginabernhard@web.de›

** Traducción de Renate Hoffmann.

[1] Hufen: *Verwaltungsprozessrecht* (2005), p. 4.

y que ahora necesitan contar con estructuras estables y funcionales para avanzar en su desarrollo político, económico y social.

El presente trabajo describe brevemente los derechos administrativos vigentes en diversos países de América del Sur. Compara luego los diferentes sistemas, en que se destacan diferencias y similitudes, resaltando problemas comunes pero también específicos de cada país. Al no ser un país de habla española, lamentablemente no fue posible incorporar a Brasil. La consideración, la amplitud de la descripción y el peso de los diferentes ámbitos se orienta en función del acceso a la bibliografía de cada país. En el caso de Perú, Bolivia, Ecuador y Paraguay no fue posible acceder a bibliografía, o solo en muy escasa medida.

Especial consideración mereció Uruguay por ser el país que albergó la sede del proyecto. En relación con el sistema uruguayo, se analizaron en particular la organización del Estado, las fuentes de derecho, así como la normativa que rige los actos administrativos, el procedimiento administrativo, la justicia administrativa, las medidas cautelares y la ejecución de las sentencias dictadas por la justicia en lo contencioso-administrativo. La consiguiente evaluación hace referencia a las carencias del sistema.

En cuanto a Colombia, Argentina y Venezuela, se analizaron las mismas normativas. Una evaluación del sistema colombiano dio como resultado que los problemas son fundamentalmente producto de la dimensión del aparato administrativo y de la corrupción. La falta de literatura crítica independiente impidió hacer una evaluación similar de los sistemas argentino y venezolano. No se tuvo acceso a bibliografía sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas en Venezuela.

Chile, por su parte, representa un caso especial, debido a la ausencia de una justicia administrativa en sentido estricto. Una evaluación arroja como resultado que gran parte de lo actuado por la administración está fuera del alcance del Poder Judicial y que no existe una clara división de poderes.

El posterior análisis se concentró sobre todo en la comparación y la evaluación del alcance de las normas constitucionales, división de poderes, asignación de competencias de la justicia administrativa y los problemas jurídico-procesales. En muchos de los países estudiados se identificaron como problemas estructurales los intentos fallidos de descentralización, la persistencia de la corrupción y el fracaso de las reformas.

En cuanto a las conclusiones extraídas, podemos adelantar desde ya que el derecho administrativo concreto varía fuertemente entre país y país. A pesar de las profundas diferencias detectadas, el estudio intenta identificar problemas comunes a todos los sistemas. Debe mencionarse que resultó muy difícil obtener evaluaciones objetivas sobre el funcionamiento y los problemas de cada uno de los sistemas. Por tal razón, la siguiente descripción no reivindica ser completa. En la práctica, esta realidad determina, además, que los ciudadanos desconocen cuáles son las posibles falencias de los respectivos sistemas y, en consecuencia, no tiene lugar un discurso

público acerca de la necesidad de una reforma. Esta situación es tanto más penosa si se tiene en cuenta que muchos sistemas muestran falencias graves que afectan al funcionamiento del Estado de derecho y por ende los derechos fundamentales de sus ciudadanos, por lo que urge una reforma del sistema.

2. El derecho administrativo de Uruguay

2.1. Organización del Estado

La República Oriental del Uruguay es un Estado unitario y democrático organizado en forma descentralizada. La Constitución uruguaya[2] contempla una cantidad inusualmente importante de normas con disposiciones detalladas sobre el sistema administrativo. Además de disposiciones sobre la organización general de la administración y su descentralización, contempla también una amplia normativa respecto de la justicia administrativa. Las leyes ordinarias no hacen más que reglamentar en forma concreta las disposiciones constitucionales.[3] La función del derecho administrativo es zanjar la relación de tensión que existe entre el poder público y la libertad del individuo sujeto a los actos de la administración.[4]

Una particularidad de la organización estatal de Uruguay consiste en que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (en lo sucesivo TCA) y la Suprema Corte de Justicia son órganos de rango constitucional que no dependen jerárquicamente del Poder Judicial, sino que tienen igual jerarquía que los tres poderes clásicos.

2.2. Fuentes del derecho

En su sección XVII (artículo 307-321), la Constitución uruguaya contiene normas sobre lo contencioso-administrativo, en particular sobre la composición y las competencias del TCA. Distingue, asimismo, entre la administración central y las administraciones descentralizadas por servicios o departamentos. Según lo establece el artículo 58 de la Constitución, los funcionarios públicos están al servicio de la nación y no de una fracción política. Según el artículo 59, sus funciones se regularán por ley a través del estatuto del funcionario. Los artículos 24 y 25 establecen la responsabilidad civil para el Estado y los funcionarios por el daño causado a terceros en el ejercicio de sus funciones.

La norma legal simple más importante es la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (LOTCA).[5] Concreta las disposiciones constitucionales

---

[2] Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 (reformada el 31 de octubre de 2004), ‹http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/ const004.htm›.

[3] Delpiazzo: *Marco constitucional del derecho administrativo uruguayo* (2006), p. 108.

[4] Durán Martínez: *Casos de derecho administrativo*, vol. II (1999), p. 36.

[5] N.º 15524, del 9 de enero de 1984, con las modificaciones introducidas por la ley 15869, de 22 de junio de 1987, ‹http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ ley15869.htm›.

en cuanto a organización y competencias del TCA y el desarrollo del procedimiento, así como los efectos de los juicios.

El decreto 500/991 del 27/12/1991[6] contiene normas generales para los actos administrativos de la administración central. El libro 1 del decreto concreta las normas acerca de los actos administrativos.

2.3. El acto administrativo

Según lo establecido en el artículo 120 del decreto, un acto administrativo es toda manifestación voluntaria de la administración que cause efectos jurídicos.[7] Según cuál sea el efecto del acto administrativo se lo denomina *reglamento, resolución, disposición general* o *reglamento singular*.[8] Los siguientes artículos establecen con exactitud cómo debe estar estructurado el acto administrativo y qué conceptos y formalidades debe respetar.

Según el derecho uruguayo, el acto administrativo presenta las siguientes características:

1. El supuesto relativo de la validez que implica que no puede ser anulado de oficio. Asimismo, para constar su ilegalidad es necesario que esta se manifieste y demuestre. Si existen dos posibilidades diferentes de interpretación, el acto en cuestión debe ser interpretado como vigente.[9]
2. La persistencia del acto administrativo que contempla el agotamiento de la vía administrativa, la no impugnabilidad de actos administrativos con fuerza de ley y el mandato de la seguridad jurídica.[10]
3. La impugnabilidad del acto administrativo.[11] El artículo 317 de la Constitución se explaya extensamente acerca de los actos administrativos que pueden ser impugnados. El principio rector es que los actos administrativos pueden ser impugnados dentro del término de diez días ante la misma autoridad que los haya cumplido. Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado con el recurso jerárquico que solo podrá ser interpuesto en forma subsidiaria.

---

[6] Normas Generales de Actuación Administrativa en la Administración, ‹http://www.parlamento.gub.uy/palacio3/index.htm›.

[7] Para la definición de acto administrativo véase también: Delpiazzo: *Derecho administrativo uruguayo* (2005), p. 151.

[8] Ibídem, pp. 158-162.

[9] Ibídem, pp. 153-154.

[10] Ibídem, pp. 154-155.

[11] Ibídem, pp. 155-156; véase también Cajarville Peluffo: *Suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo* (1999), p. 974.

4. La ejecutabilidad del acto administrativo. Esta consiste en la facultad de la administración de ejecutar ella misma el acto administrativo y es la consecuencia de la presunción de validez. No obstante, no pueden aplicarse medidas coercitivas sin intervención de la justicia. Cuando se trata de un acto administrativo en beneficio de la administración, queda excluida la coacción directa, con excepción de los casos previstos expresamente por las normas legales.[12]

2.4. El procedimiento administrativo

Según el artículo 319 de la Constitución uruguaya, el destinatario de un acto administrativo debe agotar la vía administrativa mediante los recursos correspondientes.

Según el órgano que haya sancionado la norma, existen los siguientes recursos:

- *Recurso de revocación* (o *recurso de reposición*, en caso de que un acto administrativo emane de un órgano de un gobierno departamental): Según el artículo 317, inciso 1, de la Constitución, y el artículo 142 del decreto 500/991, artículo 32 de la LO, el o los recursos deben deducirse dentro del término perentorio de 10 días a partir de la fecha en sea fuera comunicado a los destinatarios o de su publicación en el *Diario Oficial* por la autoridad de la que emana el acto administrativo.
- *Recurso jerárquico* (o *recurso de apelación*): este recurso es subsidiario al r*ecurso de revocación* y debe presentarse en forma simultánea con este. En caso de que la autoridad de la que emana el acto no subsane la situación, el recurso llega automáticamente a la máxima instancia dentro de la jerarquía.[13]

Las formas más frecuentes de extinción de un acto administrativo son la revocación y la anulación. La revocación es un acto administrativo de carácter contrario que destruye en forma parcial o total el acto administrativo original por razones de legalidad o de ejecutabilidad. La revocación corresponde a la administración, en tanto que la anulación está a cargo de un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa.[14]

Para ser anulado, un acto administrativo debe haber sido dictado con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho.

---

[12] Delpiazzo: *Derecho administrativo…*, o. cit., p. 157.

[13] Información proporcionada por el procurador general, doctor Miguel Langón, en consulta telefónica.

[14] Delpiazzo: *Derecho administrativo…*, o. cit., pp. 167-168.

2.5. La jurisdicción contencioso-administrativa

La estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa está consagrada en la Constitución y especificada en la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Como fue mencionado, el TCA se ubica en el mismo nivel que los tres órganos clásicos de la división de poderes,[15] es decir, en el mismo nivel que la Suprema Corte de Justicia, que puede ser invocada en forma alternativa en determinados casos, pero que no tiene facultad para revisar las sentencias dictadas por el TCA.

El TCA es el único tribunal de lo contencioso-administrativo de Uruguay. No existen tribunales de este tipo en los departamentos. Su composición está establecida en los artículos 307 y 308 de la Constitución. El artículo 307 establece que el tribunal estará compuesto de cinco miembros, en tanto que el 308 especifica que las calidades necesarias para ser miembro de este tribunal, la forma de su designación, las prohibiciones e incompatibilidades y la dotación y duración en el cargo serán las determinadas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia.

La primera frase del artículo 320 de la Constitución establece que la ley podrá, por tres quintos del total de componentes de cada cámara, crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa. Hasta la fecha esta ley no fue dictada, es decir que los cinco jueces y los procuradores del TCA deciden sin ninguna instancia previa directamente todos los diferendos contencioso-administrativos.

La competencia del TCA se limita a la anulación o confirmación de actos administrativos (artículo 309); no puede reformarlos ni realizar otro tipo de acción.[16]

Los artículos 309 y 319 de la Constitución, así como el artículo 10 de la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, contemplan las normas sobre admisibilidad y justificación.

Las sentencias del TCA son aplicables al caso concreto y no tienen efecto vinculatorio en general. No está prevista una instancia de revisión contra las sentencias del TCA. Anulado un acto administrativo, se podrá deducir una acción de reparación ante los tribunales ordinarios. No existe consenso en cuanto a si debe accionarse por la vía del derecho contencioso-administrativo antes de poder deducir la acción de reparación o si se puede deducir esta última directamente ante un tribunal ordinario. La jurisprudencia entiende que debe invocarse el TCA antes de poder deducir la acción de reparación ante los tribunales ordinarios.

2.6. Medidas cautelares

El artículo 150 del decreto prevé, como medida cautelar ante actos de la administración, la suspensión transitoria de la ejecución del acto impugnado. La ejecución puede ser suspendida cuando la ejecución pudiera causar daños graves a la

---

15 Ibídem, p. 445.
16 Ibídem, p. 446.

parte actora o cuando pudiera devenir en una interferencia grave del interés general o de los intereses de un tercero. A su vez, la suspensión no debe importar una lesión grave del interés general.[17]

Asimismo se dispone de dos tipos de medidas cautelares en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa. El TCA puede dictar la suspensión cuando la parte actora tema graves perjuicios que en ningún caso guardan relación con los eventuales daños que una dilación de la ejecución pudiera generar al funcionamiento del órgano interviniente. Asimismo, es posible dictar la suspensión cuando a juicio del TCA el acto administrativo aparezca en un principio como manifiestamente ilegal (artículo 2 de la LOTCA).

2.7. La ejecución de la sentencia contencioso-administrativa

La ejecución de las sentencias se rige de acuerdo con las siguientes normas:[18]

En el caso de sentencias del tribunal que condenan una omisión de la administración respecto de una sentencia tribunalicia, la parte condenada puede optar entre restablecer el estado previo bajo apercibimiento de cumplimiento forzado o la reparación de daños y perjuicios emergentes del no cumplimiento de la sentencia.

En cuanto a sentencias que condenan a realizar una acción, debe decidirse si el acto por cumplir puede ser ejecutado sustitutivamente por un tercero que no forma parte de la administración o no cabe si esa posibilidad. En caso de que ello no sea posible, solo resta la reparación de daños y perjuicios.

Las sentencias que contemplen la entrega de una cosa pueden ejecutarse bajo apercibimiento de pena y la orden de privación con ayuda del poder público. Solo en caso de que esto no fuera posible cabe la posibilidad eventual de la reparación de daños y perjuicios.

En caso de una sentencia que involucra el pago de una suma de dinero —un caso relativamente frecuente—, debe definirse previamente si se trata de una suma ya calculada o un monto por el momento indefinido. En este último caso debe calcularse el monto. Una vez fijada la suma, es necesario establecer el alcance de la imposibilidad de ejecutar bienes del Estado.

La reparación de los inconvenientes causados por el acto administrativo puede efectivizarse por la anulación misma. Por otro lado, también es posible que la administración deba dictar uno o varios actos administrativos o medidas para eliminar el acto administrativo defectuoso. En caso de que la administración no adopte estas medidas en forma voluntaria, es necesario que la orden emane del TCA.

---

17 Durán Martínez: o. cit., vol. II (1999), p. 36.

18 Véase Delpiazzo: *Derecho administrativo.…*, o. cit., pp. 448-449.

2.8. Evaluación

Durán Martínez, quien analizó detenidamente las estructuras administrativas de Uruguay, señala que para la evaluación del sistema no deben analizarse las normas sino la realidad. A pesar de la gran cantidad de normas, el proceso contencioso-administrativo no cumple adecuadamente su función.

Defectos del sistema[19]

Se considera particularmente problemática la falta de especialización de los jueces. En la mayoría de los casos cuentan con experiencia judicial, pero no en derecho administrativo. Se indica como una de las razones la falta de una instancia previa al TCA, lo que para un juez sería la única posibilidad de adquirir conocimientos prácticos en derecho administrativo. Muchos vieron el derecho administrativo por última vez durante sus estudios universitarios, lo que en la mayoría de los casos data de tiempo atrás, ya que el TCA —igual que la Suprema Corte— es la máxima jerarquía a la que puede aspirar un juez.

La circunstancia de que el TCA sea el único órgano facultado para revocar actos administrativos y la forma concreta que adquiere el proceso de decisión determinan que la capacidad del tribunal se vea colmada con causas de frecuente presentación y estas se dilaten innecesariamente.

Asimismo, es problemático que la única medida de protección previa a la instancia del TCA sea la garantía jurídica transitoria. Solicitar esa garantía transitoria está sujeto a estrictas condiciones, y la dilación que a menudo sufren los juicios lleva a que se decida acerca del fondo del asunto antes que sobre la solicitud de suspensión de los efectos.

Si el objetivo es la reparación del daño, deben seguirse dos procesos: primero conseguir la revocación del acto administrativo, para después exigir la reparación. Este proceso atenta contra la racionalidad económica de los juicios.

Asimismo, no quedan claras las competencias. Se puede invocar como última instancia judicial tanto al TCA como la Suprema Corte. Sin embargo, en muchos casos no queda claro cuál de los dos tribunales debe entender en la causa, de manera que surge otra demora en razón de la remisión.

Otro problema es la ejecución de la sentencia dictada por el TCA. Debido a la falta de un adecuado mecanismo de ejecución, no existe prácticamente una solución satisfactoria en caso de que la administración no ejecute o ejecute el fallo del tribunal en forma inapropiada.[20]

---

[19] Véase Durán Martínez: *Contencioso administrativo* (2007), pp. 501 ss., además de entrevistas con los profesores doctores Dardo Preza y Augusto Durán Martínez.

[20] Durán Martínez: *Contencioso administrativo*, o. cit., p. 503.

3. El derecho administrativo de Colombia

3.1. Organización y fuentes de derecho

Colombia es una democracia presidencialista, unitaria, descentralizada y organizada bajo la forma de un Estado de derecho social. El procedimiento administrativo y la justicia en lo contencioso-administrativo tienen en Colombia dimensiones mucho mayores que en muchos otros países de América del Sur. La Constitución establece el marco general que, sin embargo, requiere de su concreción a través de las leyes correspondientes. Los artículos 236-238 de la Constitución[21] contienen algunas disposiciones sobre la justicia en lo contencioso-administrativo. El derecho colombiano prevé un amplio control de la administración pública por los tribunales administrativos a los efectos de verificar su adecuado funcionamiento, la legalidad de sus actuaciones y su eficiencia.[22] Esta jurisdicción se compone actualmente del Consejo de Estado como instancia administrativa suprema, los tribunales administrativos en los diferentes departamentos[23] y los juzgados administrativos.[24]

El Código Contencioso-Administrativo (en adelante, CCA)[25] constituye tanto una suerte de ley del proceso contencioso en lo administrativo como una especie de manual de referencia para los tribunales. Entre otras cosas, el CCA establece normas sobre las competencias de los tribunales, las diferentes instancias y los tipos de acciones legales.

3.2. El acto administrativo

Los actos administrativos en Colombia se subdividen en actos de contenido reglado y actos de contenido discrecional, debido a una motivación más amplia en caso de unos que de otros. También los actos discrecionales están sujetos al control del Poder Judicial; sin embargo, en ellos solo se puede controlar el correcto ejercicio de la motivación.[26] En tal sentido, el artículo 36 del CCA establece que un acto administrativo discrecional debe guardar conformidad con los objetivos de la norma que le es subyacente.

---

[21] Constitución Política de Colombia de 1991, ‹http://www.presidencia.goV.co/prensa_new/constitucion/index.pdf›.

[22] Ostau de Lafont Planeta: *La administración como instrumento de la democracia al servicio de la comunidad* (2001), p. 511; Ibáñez Najar: *El derecho público colombiano* (2006), p. 138.

[23] Creado por la ley estatutaria de la Administración de Justicia, n.º 270 de 1996: ‹http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/colombia/ley51.HTM›. En estos momentos está siendo sometida a revisión.

[24] Ibáñez Najar: o. cit., p. 132; Sarria Olcos: *Justicia administrativa en Colombia* (1996), p. 931.

[25] Decreto-ley 1 de 1984, ‹http://www.udenar.edu.co/derechopublico/CCA_2001.htm›.

[26] Sarria Olcos: o. cit., pp. 955-957.

3.3. El proceso administrativo

Según lo establecido en el artículo 5 del CCA, toda persona podrá hacer peticiones a la autoridad verbalmente o por escrito. Habiéndoseles dado a los interesados la oportunidad de expresar sus opiniones, la administración toma una decisión indicando las razones (artículo 35 del CCA). En el CCA están previstos tanto el silencio positivo como negativo de la administración (artículos 40 ss.). En general, el silencio de la administración es interpretado como una decisión negativa. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales equivale a decisión positiva.

Los recursos legales que se pueden interponer contra una decisión están consagrados en los artículos 49 y 50 del CCA. El artículo 50 prevé tanto la reposición ante el mismo funcionario que tomó la decisión, a fin de que la aclare, modifique o revoque, como el de apelación ante el inmediato superior administrativo. También se puede interponer queja en forma directa dentro de los cinco días ante la autoridad superior. Los actos administrativos quedan en firme cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62 del CCA).

3.4. La jurisdicción contencioso-administrativa

3.4.1. Las competencias de los tribunales en lo contencioso-administrativo

La Constitución contiene algunas disposiciones sobre la composición y las competencias del Consejo de Estado, máxima instancia en lo contencioso-administrativo. El Consejo está compuesto por 26 jueces que son elegidos por ocho años a propuesta del Consejo Superior de la Judicatura. Está dividido en dos salas que ejercen sus funciones por separado (según el artículo 236 de la Constitución): la Sala de Consulta, que cumple una función asesora, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que ejerce el control sobre la administración. Según el artículo 97 del Código de la Sala en lo Contencioso-Administrativo, esta está dividida en seis secciones, cada una de las cuales está integrada por cuatro jueces.

Existe una Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo que decide sobre disputas de competencia, pedidos de remoción del cargo de miembros del Congreso y recursos extraordinarios de oposición y revisión.[27] El artículo 128 del Código regula exhaustivamente los casos en que el Consejo de Estado decide como única instancia. En segunda instancia decide el Consejo en asuntos que en primera instancia fueron decididos por los tribunales administrativos.

Los artículos 106 ss. del CCA están dedicados a los tribunales administrativos. Según el artículo 106, existen cuatro tribunales, cuyas competencias son reguladas en los artículos 131, 132, 133. Los jueces de los tribunales son elegidos en sesión

---

[27] Ibídem, p. 938.

plenaria del Consejo de Estado, de listas que le fueron sometidas previamente por el Consejo Superior de la Judicatura.[28]

3.4.2. Tipos de acciones y partes

El Código prevé un número singularmente mayor de acciones contra las operaciones administrativas que en la mayoría de los restantes países sudamericanos. Entre otros, están previstos:[29]

- nulidad de los actos administrativos;
- reposición del estado legal;
- reparación directa de los daños causados;
- control de los actos contractuales o del cumplimiento del contrato;
- definición de competencias.

El artículo 83 del CCA establece el alcance de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Esta juzga los actos administrativos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos.

Según lo establecido en el artículo 82 del CCA, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo juzga controversias y litigios administrativos originados entre la administración pública y particulares. Toda persona podrá solicitar la nulidad de los actos administrativos. Este acto tiene carácter declarativo, no puede ser revocado y la declaración de nulidad tiene efecto *erga omnes*.

También el silencio de la administración (tanto negativo como positivo) puede ser recurrido cuando tiene efectos vinculantes y cuando está expresamente regulado por ley. Estos casos están regulados en los artículos 40 ss. y 60 del Código.[30]

Asimismo, puede interponerse en razón de lo dispuesto por el artículo 241, n.º 19, de la Constitución un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional respecto de decisiones judiciales contrarias a la garantía de los derechos constitucionales.

3.5. Medidas cautelares

La suspensión provisional de la ejecución del acto administrativo es dictada por los tribunales administrativos. El CCA prevé en su artículo 181 la posibilidad de apelar la suspensión provisional.

---

28 Ibídem.
29 Ibídem, p. 939.
30 Sarria Olcos: o. cit., p. 965.

3.6. La ejecución

Las sentencias tienen efecto *erga omnes* y, según el artículo 174 del CCA, son de cumplimiento obligatorio para los particulares y para la administración, según el artículo 174. Según el artículo 64, un acto administrativo debe estar en firme para que pueda ser ejecutado contra la voluntad de los interesados. La ejecución de la sentencia está a cargo de la propia administración. Según lo establecido en el artículo 176 del CCA, las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta días, la resolución correspondiente. Los problemas pueden presentarse sobre todo si la sentencia es contraria a los intereses de la administración. El artículo 177 del CCA contempla disposiciones detalladas para la ejecución de sentencias contrarias a los intereses del poder público.

3.7. Evaluación

Problemática resulta la dimensión de la administración pública. La complejidad del aparato administrativo conduce, por un lado, a una fragmentación de los órganos en todos los niveles de la administración y afecta la coherencia funcional. Por el otro, en disputas administrativas se recurre con creciente frecuencia al derecho privado. La huida del Estado y de la administración al derecho privado tiene lugar sin que se cuestione la racionalidad de esa medida. El derecho administrativo carece de alternativas que permitan hacer frente a las crecientes exigencias de eficiencia y rapidez que exige un aparato administrativo moderno.[31]

La ley 489 de 1998,[32] que establece una modernización del sistema, por el momento no derivó en tendencias modernizantes o ni en aumento de la eficiencia del aparato administrativo. Por el contrario, la administración sigue caracterizándose por conflictos funcionales. Cada sector se aísla del otro y actúa en su propio beneficio, lo que afecta de manera crónica y lamentable el orden jurídico.[33]

Sarria Olcos evalúa positivamente la independencia de los jueces. Sostiene que está garantizada a través de la estructura del cargo, el sistema de pagos y de ascensos, etcétera. Asimismo, sostiene este autor que la experiencia demuestra que los jueces no temen dictar una sentencia contraria a los intereses del Estado. Por el contrario, estaría demostrado que en ciertos casos muestran hasta cierta agresividad en la forma en que buscan actuar contra errores del Estado.[34]

En tal apreciación no se contempla el problema de la corrupción.

---

[31] Ostau de Lafont Planeta: o. cit., pp. 520-523; respecto del futuro desarrollo del derecho administrativo colombiano véase Atehortúa Ríos: *Mutaciones en el derecho administrativo colombiano,* pp. 67 ss, 87 ss.

[32] ‹http://www.caminosvecinales.goV.co/Documentos/ Juridica/LEY%20489%20DE%201998.pdf›.

[33] Ostau de Lafont Planeta: o. cit., pp. 520-521.

[34] Sarria Olcos: o. cit., p. 971.

En cuanto al procedimiento mismo, Sarria Olcos detecta simplemente problemas menores, como falta de claridad en cuanto a la competencia de los tribunales, la posibilidad de elegir entre diferentes opciones y la dificultad de detectar la mejor de todas ellas en un caso concreto, así como la duración del procedimiento, que en algunos casos determina que la sentencia no se dicte a tiempo.[35]

3.8. Corrupción

Aunque parece evidente, en la mayoría de los análisis no se contempla el problema de la corrupción. La corrupción trasciende todo el sector público, de modo tal que también se ven afectadas la administración y la justicia en lo contencioso-administrativo. Ostau de Lafont Planeta interpreta que la dimensión de la corrupción en la vida diaria puede incluso ser el mayor problema de la sociedad colombiana. Sin duda, la corrupción alcanzó un nivel que pone en entredicho las estructuras de la administración y sus funcionarios. Afecta o impide la eficiencia de la administración y pone en duda el rol de *honesto servidor público.*[36]

De hecho, Colombia adoptó algunas medidas para combatir la corrupción. Existen ciertos órganos de control, como la Fiscalía General de la Nación, algunas instituciones del gobierno, el Código Único Disciplinario (ley 200, de 1995), el Estatuto de Control Fiscal (ley 42, de 1993), el Estatuto Anticorrupción (ley 190, de 1995) y la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (ley 412, de 1997). Sin embargo, para combatir eficazmente la corrupción no solo hace falta aplicar la ley con mayor rigor, sino también desarrollar la voluntad de combatirla en todos los sectores de la sociedad.[37]

4. El derecho administrativo de Argentina

4.1. Fuentes de derecho

La República de Argentina es una república presidencialista. Su Constitución[38] solo contiene algunas pocas y muy generales regulaciones respecto del derecho administrativo. El artículo 18 de la Constitución establece las garantías legales de que goza el ciudadano. El artículo 109 de la Constitución prohíbe que un órgano del Ejecutivo cumpla funciones judiciales como consecuencia de la garantía democrática de la independencia de los jueces.[39]

---

35 Ibídem.

36 Ostau de Lafont Planeta: o. cit., pp. 528-529.

37 Ibídem, p. 536.

38 Constitución de la Nación Argentina de 1994: ‹http://www.legislatura.goV.ar/1legisla/constra.htm›.

39 Dromi: *Derecho administrativo* (2001), pp. 190 ss.

La jurisdicción contencioso-administrativa depende del Poder Judicial y es competencia de las provincias. En principio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no tiene competencia en asuntos administrativos y constituye solo una posibilidad extraordinaria de apelación (artículo 14, ley 48), para los casos mencionados en el artículo 117 de la Constitución.[40]

Otra norma es la ley nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA).[41] A escala nacional, la jurisdicción administrativa y sus competencias están reguladas en las leyes 3954, 11634, 11683, en las normas que rigen la organización de la justicia nacional y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPPCN).[42] Este último instrumento en particular regula las condiciones en que se hace lugar a las acciones legales.

4.2. El acto administrativo

Los artículos 7 en adelante de la LNPA contienen normas relativas al acto administrativo. Los artículos 7 y 8 establecen los requisitos esenciales y formales del acto administrativo. El artículo 9 garantiza, además, que la administración se abstendrá de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o de garantías constitucionales, y de poner en ejecución un acto administrativo que no esté en firme. El silencio de la administración se interpreta como negativo, a menos que medie una disposición expresa que habilite para acordarle sentido positivo (artículo 10). El acto administrativo es automáticamente nulo cuando la voluntad de la administración resulta excluida por error esencial, dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos, violencia física o moral ejercida sobre el agente, o por simulación absoluta. También es automáticamente nulo cuando la autoridad que dictó el acto era incompetente para hacerlo, por falta de causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado, o por violación grave de la ley aplicable. Es impugnable cuando existe irregularidad, omisión de la administración o vicio.

4.3. Procedimientos administrativos

El acto administrativo en Argentina goza de presunción de legalidad y por lo tanto tiene fuerza ejecutoria. Sin embargo, la LNPA prevé diferentes recursos ante la administración que puede interponer el destinatario del acto.[43]A diferencia del procedimiento ante los tribunales en lo contencioso-administrativo, que exige la protección de un derecho subjetivo o un interés legítimo a través de los recursos interpuestos, en

---

40 Ibídem, pp. 1094 s.

41 ley 19549, ‹http://www.ausp.org.ar/19549.htm›.

42 ‹http://www.infoleg.goV.ar/infolegInternet/anexos/ 15000-19999/16547/texact.htm›.

43 Entrevista con Carola Abalos.

el procedimiento administrativo también puede reclamarse la protección de intereses simples. En el procedimiento administrativo, además de la legalidad, también puede verificarse la utilidad. La decisión en el marco del procedimiento administrativo es impugnable, primero mediante el procedimiento administrativo mismo y luego (una vez agotada esa instancia) ante los tribunales en lo contencioso-administrativo.

Básicamente, la administración debe atenerse a su decisión. Una revocación, modificación o sustitución de la decisión debe observar los principios de la seguridad jurídica. El artículo 22 de la LNPA prevé la revisión de un acto firme cuando resulten contradicciones en la parte dispositiva, cuando después de dictado se recobren o descubran documentos decisivos cuya existencia se ignoraba, o cuando haya sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o en casos de fraude.

Según el artículo 12 de la LNPA, la administración puede suspender la ejecución de un acto administrativo por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al afectado, o cuando se alegue fundadamente una nulidad absoluta.

4.4. Jurisdicción en lo contencioso-administrativo

4.4.1. Competencia de los tribunales

La justicia administrativa en Argentina es competencia originaria de las provincias. La Constitución asigna la competencia directamente a los superiores tribunales o a las supremas cortes de las provincias que tienen asignadas la jurisdicción en lo contencioso-administrativo. No obstante, está prevista la posibilidad de crear instancias especializadas en la jurisdicción contencioso-administrativa, sea como instancia única o complementaria. Los códigos de las provincias de Chaco, Santa Fe y Tucumán hacen uso de esta posibilidad. El Código Contencioso-Administrativo de Córdoba[44] crea en su artículo 10 una instancia complementaria como primera instancia. Regulaciones similares existen también en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y en el Código Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[45]

En el nivel nacional están previstas dos instancias. Los tribunales competentes en lo contencioso-administrativo son en primer término los juzgados de primera instancia. Sus decisiones son revisadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, que en algunos casos es también instancia única.

La competencia de los tribunales comprende la verificación de todos los aspectos de la legalidad de lo actuado por la administración, incluido el ejercicio de la po-

---

[44] Ley 7182 de 1984.

[45] Dromi: o. cit., pp. 1092 s.; las competencias de las diferentes instancias están reguladas en las leyes 3954, 11634, 11683 y 25164.

testad discrecional.[46] La persona afectada por el acto administrativo puede, después de agotadas las instancias administrativas, recurrir a la vía judicial si puede hacer valer la violación de un derecho subjetivo y un interés legítimo. El artículo 18 de la Constitución establece una amplia garantía legal.

4.4.2. Tipos de acción

El derecho administrativo prevé el recurso de reclamar la nulidad del acto administrativo. En este caso se revisa la legalidad de lo actuado por la administración. El juez interveniente sólo decide si el acto administrativo lesiona un derecho objetivo y en caso afirmativo dicta su nulidad El acto administrativo es ilegal cuando lesiona un interés legítimo. Este interés legítimo puede derivar de la violación de regulaciones de competencia, disposiciones formales, procedencia o una ley

El procedimiento de *plena jurisdicción* no solo apunta a la nulidad de un acto administrativo, sino también al reconocimiento de una situación legal individual con el efecto de la restitución del estado anterior y del pago de una indemnización. Para hacer valer este procedimiento es necesario alegar fundamentadamente la lesión de un derecho subjetivo.[47]

La ley también prevé el procedimiento de interpretación. En este caso puede argumentarse que la administración ha violado un interés legítimo o un derecho subjetivo al interpretar erróneamente un acto, un decreto, una ordenanza, una resolución, un contrato, etcétera.[48] Antes de recurrir a la vía judicial, el peticionante debe dirigirse a la autoridad inmediatamente superior para una interpretación adecuada. Pasados diez días luego de presentada la petición, sin decisión de la autoridad o en caso de decisión adversa, el interesado puede recurrir al tribunal en lo contencioso-administrativo competente. En este caso es el tribunal el que decide cuál es la interpretación correcta.[49]

El procedimiento de la violación constituye un proceso administrativo especial, en el que la administración misma debe solicitar la anulación de un acto administrativo favorable a un particular pero ilegal y contrario al bien común. La necesidad de esta acción deriva de que la administración básicamente no puede revocar sus propias decisiones. En su lugar debe impugnarlas judicialmente.[50]

Una vez agotados todos los recursos, incluidos los recursos ante la justicia, la decisión es inapelable.[51]

---

46 Dromi: o. cit., p. 1100.
47 Ibídem, p. 1104.
48 Artículo 55.*d*, 88-93 CPA de Corrientes; artículo 15.*d*, 70 CPA de La Rioja.
49 Dromi: o. cit., p. 1104.
50 Ibídem, pp. 1105-1106.
51 Ibídem, pp. 1102-1103.

4.4.3. Partes en el proceso

En el proceso contencioso-administrativo siempre interviene un ente administrativo y un destinatario de la actuación administrativa. La capacidad de juicio se guía por las normas del CPPCN. Terceras partes están habilitadas para solicitar la revocación de un acto administrativo si este los lesiona en un derecho.[52]

El coadyudante, una suerte de supervisor del proceso, representa el interés público en caso de que este se vea afectado por la actuación administrativa. Interviene en forma espontánea y sin consideración de partes.[53]

4.5. Medidas cautelares

En Argentina existen tres posibilidades para obtener el dictado de medidas cautelares mediante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Cuando se solicita la suspensión de la ejecución invocando el artículo 12 de la ley nacional de Procedimientos Administrativos y la administración no la dicta dentro de los diez días, es posible interponer una medida cautelar ante la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.[54]

Un afectado puede acudir directamente a los tribunales invocando el artículo 230 del CPPCN, ante el temor de un perjuicio irreparable, aun con consideración del principio de la prioridad del interés público.

Otra posibilidad existe en el caso de actos administrativos que adolecen de arbitrariedad o ilegalidad, mediante una acción de amparo cuando se afirma una violación actual o inmanente, o cuando un derecho garantizado por la Constitución se ve afectado o amenazado. Sin embargo, esta posibilidad no se puede aplicar cuando otros recursos ante la administración y los tribunales ofrecen garantías suficientes.[55]

4.6. La jurisdicción contencioso-administrativa

La jurisdicción contencioso-administrativa en Argentina se rige básicamente por las regulaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPPCN). Sin embargo, para la ejecución de las sentencias contra la administración en algunos casos rigen disposiciones propias que en muchos casos derivan de disposiciones de excepción; por ejemplo, de las leyes de emergencia.[56]

---

52 Ibídem, pp. 1095-1097.

53 Ibídem, p. 1098.

54 Altamira Gigena: *Medidas cautelares en el contencioso administrativo* (1994), p. 26.

55 Cajarville Peluffo: *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo* (1999), p. 969.

56 Entrevista con Héctor Chayer, 12 de abril del 2007.

5. El derecho administrativo de Venezuela

5.1. Fuentes de derecho

La República Bolivariana de Venezuela es una democracia presidencialista y se define como Estado de derecho democrático y social. La Constitución de Venezuela[57] contiene algunas disposiciones básicas acerca de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.[58] En Venezuela es una jurisdicción especial dependiente del Poder Judicial. De los artículos 2, 137, 141 y 259 de la Constitución que definen la organización del Estado se desprende que el principio de legalidad es un pilar del derecho contencioso-administrativo. Significa que la administración pública está sujeta a derecho.[59]

Además de la Constitución, contienen la normativa pertinente la ley orgánica de la Corte Suprema,[60] obsoleta hoy en día; la ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,[61] del 2004, que la sustituye; la ley orgánica de la Administración Pública,[62] del 2001, y la ley orgánica de Procedimientos Administrativos.[63]

5.2. El acto administrativo

El acto administrativo en Venezuela se comprende como una regulación dictada por cualquier autoridad de la administración pública o por los tribunales en ejercicio de una función normativa. La definición abarca los actos que fueron sancionados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas o mediante una entidad privada en ejercicio de una función administrativa o normativa o a través de una legislación directa.[64] Los actos administrativos que tienen carácter sancionador están sujetos al mandato del debido proceso consagrado en el artículo 49.

Asimismo, respecto de determinadas decisiones está previsto un margen de discrecionalidad de la administración. En este caso, la ley permite que la administración aprecie la procedencia del acto administrativo según el interés público. Sin embargo,

---

58 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999: ‹http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf›.

58 Brewer-Carías: *Derecho administrativo*, t. I (2005), p. 209; véase también Rodriguez García: *El marco constitucional del derecho administrativo en Venezuela* (2006), pp. 220 ss.

59 Brewer-Carías: o. cit., p. 204; ídem: *Marco constitucional del derecho administrativo en Venezuela* (2006), pp. 11-13.

60 N.º 1893 de 1976, ‹http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-venezuela-leycortesuprema.htm›.

61 ‹http://www.leyesvenezolanas.com/tsj.htm›.

62 Véase Brewer-Carías: *Derecho administrativo*, o. cit., t. I, p. 102; la ley puede consultarse en ‹http://www.defensoria.goV.ve/detalle.asp?sec=150409&id=251&plantilla=1›.

63 ‹http://www.tsj.goV.ve/legislacion/lopa.html›.

64 Brewer-Carías: *Derecho administrativo*, o. cit., t. I, p. 280.

este ejercicio de discrecionalidad con frecuencia quedó sujeto a ciertas limitaciones, como las contenidas en el artículo 12 de la ley orgánica de Procedimientos Administrativos, que exige que el acto guarde la debida proporcionalidad y adecuación. El ejercicio está sujeto, asimismo, al principio de la legalidad cuya observancia puede ser verificada en el marco de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.[65]

5.3. El procedimiento administrativo

Respecto de los actos administrativos, en Venezuela rige el principio de la autoprotección: la administración puede verificar sus propios actos, corregir errores materiales e incluso revocar los actos, si el acto administrativo no beneficia a un particular. El artículo 85 de la ley orgánica de Procedimientos Administrativos establece, además, que en los casos de nulidad absoluta los recursos previstos podrán interponerse en todo momento.

El destinatario del acto administrativo, en cambio, dispone de una gran cantidad de recursos leales. Puede exigir el control de legalidad a través de los recursos tradicionales, como el *recurso jerárquico* ante una autoridad superior, el *recurso de reconsideración* ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo, el *recurso de revisión* ante una autoridad superior en caso de surgir nuevas razones. La ley orgánica de Procedimientos Administrativos contiene en detalle las normas relativas a estos recursos.[66]

5.4. Jurisdicción contencioso-administrativa

El artículo 259 de la Constitución[67] establece que la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, máximo órgano del Poder Judicial. Tiene la función de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público[68] y funciona como supremo tribunal en lo contencioso-administrativo. Por lo tanto, no existe una división clara de las diferentes jurisdicciones.[69]

Asimismo, la jurisdicción contencioso-administrativa puede ser ejercida por los tribunales que determine la ley. En aplicación de esta disposición se crearon la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, así como ocho tribunales en las di-

---

65 Ibídem, pp. 294-295.

66 Ibídem, p. 280.

67 Responde al artículo 206 de la Constitución de 1961.

68 Artículos 1.º y 2.º de la ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de julio de 1976.

69 Brewer-Carías: *Marco constitucional…*, o. cit., p. 27; ver al respecto: Brewer-Carías: *Derecho administrativo,* o. cit., t. I, pp. 296-297.

ferentes regiones del país. En mayo del 2004 quedó sancionada la nueva ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que prevé la creación de una Corte Segunda.[70]

El artículo 263 de la Constitución establece los requisitos para ocupar el cargo de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia. El artículo no prevé la necesidad de una especialización o de conocimientos de derecho administrativo.

Asimismo, el artículo 259 de la Constitución dispone que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa están facultados para anular todos los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho. El artículo está redactado en términos amplios y evita una enumeración de aquello que pudiera ser contrario a derecho, dado que podría dejar algunos actos administrativos al margen del control.[71] De ello se desprende, a la inversa, que toda excepción de control de actos administrativos sería contraria a la Constitución.[72] El artículo 266, n.º 5, de la Constitución asigna la competencia de anular actos administrativos explícitamente al Tribunal Supremo de Justicia.

Según artículo 21, n.º 18, de la ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en caso de dictar la nulidad de un acto administrativo el tribunal también puede penalizar a la administración. Existe, además, el recurso de plena jurisdicción. El tribunal está facultado para decidir sobre la reparación de perjuicios ocasionados con responsabilidad de la administración a fin de restituir la situación conforme a derecho.[73] No solo está protegido el derecho subjetivo clásico; también lo están los derechos constitucionalmente garantizados, así como los derechos legítimos y directos.[74] Existen otros recursos que tienen por finalidad controlar los contratos que fueron celebrados con la administración. Además, existe un control abstracto de normas.[75]

El artículo 139 de la Constitución establece el principio de la responsabilidad individual del mandatario y el órgano del poder público por abuso o desviación de poder.[76] El artículo 140 de la Constitución, a su vez, establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños a particulares, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública. La responsabilidad del Estado estipulada en el artículo 140 de la Constitución se reitera en el artículo 14 de la ley orgánica de la Administración Pública.[77]

---

70 Ibídem, p. 297.
71 Véase la Exposición de motivos de la Constitución de 1991.
72 Brewer-Carías: *Marco constitucional…*, o. cit., p. 28.
73 Sosa Gómez: *Justicia administrativa* (2006), p. 1001.
74 Brewer-Carías: *Marco constitucional…*, o. cit., p. 28.
75 Brewer-Carías: *Derecho administrativo*, o. cit., t. I, p. 301.
76 Brewer-Carías: *Marco constitucional…*, o. cit., p. 29.
77 Ibídem, p. 30.

5.5. Medidas cautelares

El artículo 136 de la ley orgánica de la Corte Suprema prevé medidas cautelares. El Tribunal Supremo de Justicia puede anular los efectos de un acto administrativo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cuya nulidad fuera solicitada, siempre que la ley lo prevea o, en caso contrario, cuando surgieran daños irreparables o difíciles de reparar.[78]

6. El derecho administrativo de Chile

6.1. Particularidades del sistema chileno

La República de Chile es una democracia presidencialista, organizada en forma de Estado unitario descentralizado. Constituye un caso excepcional entre los países sudamericanos, ya que es el único que no tiene un tribunal contencioso-administrativo ni tampoco cumple esa función la Suprema Corte.[79] La Constitución de 1925 instruyó en su artículo 87 al Poder Legislativo a crear los tribunales en lo contencioso-administrativo, razón por la cual los tribunales ordinarios se declararon incompetentes en asuntos del derecho administrativo. Sin embargo, hasta la fecha los legisladores no han cumplido este mandato. La Constitución de 1976[80] introdujo un recurso de protección de las garantías constitucionales, pero no estableció tribunales en lo contencioso-administrativo.[81] Tampoco la reforma constitucional de 1980 modificó la situación vigente. No obstante, desde entonces se hace una interpretación más restrictiva del reclamo por lesión de un derecho en el marco de la protección de las garantías constitucionales, lo que facilita el ejercicio del reclamo. En la reforma de 1989 se eliminó por completo la instrucción al legislador de instituir tribunales administrativos.[82] En el caso de la reforma constitucional del 2005, se trata simplemente de una actualización de la Constitución de 1980.[83]

6.2. Control de la administración

Cabe destacar que la ausencia de control de la administración no significa que el Ejecutivo no esté sujeto a derecho. El control de la administración es ejercido fundamentalmente por la Contraloría General de la República, aunque esta controla

---

78 Cajarville Peluffo: *Suspensión jurisdiccional…*, o. cit., p. 968.

79 Pierry Arrau: *Tribunales contencioso-administrativos en Chile* (2006), p. 1; Bordalí Salamanca: o. cit., p. 291.

80 Acta constitucional n.º 2 del gobierno militar sobre derechos y deberes constitucionales (DL 1552/1976).

81 Bordalí Salamanca: o. cit., p. 291.

82 Kemelmajer de Carlucci: *La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos* (2006).

83 Pantoja Bauzá: *La fundación administrativa en la Constitución chilena* (2006), p. 181.

la legalidad de los actos antes de su ejecución. La Contraloría es un organismo autónomo que toma sus decisiones sobre los actos administrativos con gran independencia.[84] Sin embargo, este control, como se ha dicho, es únicamente previo.

En todo caso, existen algunos otros instrumentos para un control posterior. Existen más de 150 procedimientos de control diferentes, entre los que se encuentran diversos tribunales especiales, todos ellos pertenecientes al Poder Judicial.[85]

El instrumento de control posterior más amplio y más común es el recurso ante la Corte de Apelaciones, consagrado en el artículo 20 de la Constitución. Este artículo establece que quien por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufriera privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías podrá ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva. Esta podrá adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Se trata de una ampliación de la jurisdicción ordinaria en caso de verse afectados ciertos derechos consagrados en el artículo 19[86] (derecho de propiedad y de igualdad ante la ley). En consecuencia, la jurisprudencia dictó la nulidad de numerosos actos administrativos y como medida cautelar provisional dictó la suspensión de la ejecución hasta el momento de la decisión definitiva. La declaración de arbitrariedad o improcedencia es final y no puede ser revisada en otra instancia.[87]

Entre las restantes posibilidades procesales existen numerosas leyes especiales que estipulan procedimientos para la presentación de reclamos ante la administración.[88] Asimismo, existen numerosos tribunales administrativos especiales que no son claramente definibles, dado que no todos los tribunales cumplen estrictamente estos criterios.

Gran parte de los procedimientos únicamente prevén un control a través de la administración.[89] En este tipo de procedimiento, la administración hace las veces de juez. En algunos casos, la decisión de la administración puede ser recurrida ante los tribunales ordinarios,[90] para lo cual también rige el principio del agotamiento previo de la vía legal administrativa. En otros casos esta posibilidad no está prevista y la administración decide por sí misma y como única instancia. Asimismo, son difusos los límites entre la nulidad y la impugnabilidad de los actos administrativos.[91]

---

84 Pierry Arrau: o. cit., p. 3.

85 Ibídem, p. 4.

86 Ibídem, p. 4.

87 Cajarville Peluffo: *Suspensión jurisdiccional…*, o. cit., p. 972.

88 Por ejemplo, el Código Sanitario, ley de Superintendencia de Bancos; véase Pierry Arrau: o. cit., p. 5.

89 Kemelmajer de Carlucci: o. cit.

90 Como, por ejemplo, respecto de una decisión del director regional del Servicio de Impuestos Internos (artículo 115 del Código Tribuario); véase Bordalí Salamanca: o. cit., p. 292.

91 Pierry Arrau: o. cit., p. 7.

Una concreción de las posibilidades procesales ofrece la ley orgánica Constitucional de Bases Constitucionales de la Administración del Estado.[92]

6.3. Evaluación

En el sistema chileno, gran parte de los actos de la administración quedan fuera del alcance de la justicia. En parte se confunden los límites entre administración y justicia administrativa. La falta de tribunales en lo contencioso-administrativo determina vacíos en el sistema de garantías de los ciudadanos, que no cuentan con garantías legales adecuadas contra una violación de sus derechos subjetivos y legítimos intereses. Por otra parte, los procedimientos ante los tribunales ordinarios son lentos e ineficientes.

El recurso de protección de las garantías constitucionales ha ido evolucionando en dirección a un control judicial de la administración. Sin embargo, en los procedimientos administrativos no siempre se ven afectadas las garantías constitucionales de los ciudadanos, por lo que no siempre se puede interponer este recurso. En algunos casos, una vez agotadas las instancias administrativas, no existe posibilidad alguna de apelar la decisión de la administración por la vía judicial. En estas situaciones la administración cumple funciones de juez, con lo que se confunden los límites entre administración y justicia y desaparece la garantía de un juez independiente e imparcial.[93]

Otro aspecto problemático en el sistema vigente es la falta de seguridad jurídica. Los efectos de los actos administrativos en parte quedan paralizados a la espera de una decisión final que puede tardar años en llegar.

Un problema adicional consiste en que con frecuencia el control posterior tiene lugar a través de una ampliación de la justicia ordinaria. En estos casos decide un juez ordinario, que no es especialista en derecho administrativo.

Bordalí Pereira cita respecto de esta problemática una frase de más de treinta años atrás, cuyo autor es Hugo Pereira: “No puede ser más inorgánico, falto de técnica y de sistema el mecanismo nacional vigente para la composición de los conflictos administrativos”.[94]

7. Similitudes y diferencias de los derechos administrativos estudiados

A pesar de las diferentes tradiciones jurídicas a que responden los sistemas administrativos en los diversos Estados de América del Sur y las consiguientes diferencias en la organización del Estado, la justicia y la administración, a continuación

---

92 N.º 18575, ‹www.subdere.goV.cl/1510/articles-66438_archivo_adjunto.pdf›.

93 Bordalí Salamanca: o. cit., pp. 291-292, 298; Kemelmajer de Carlucci: o. cit.

94 Pereira: *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa en el derecho chileno,* p. 50; citado por Bordalí Salamanca, o. cit., p. 293.

se intentará explicar algunas diferencias y destacar similitudes, además de hacer una evaluación final.

7.1. Alcance de las normas constitucionales

El alcance de las normas administrativas en la Constitución varía fuertemente entre los diferentes países. Mientras, por ejemplo, en la Constitución argentina solo se han consagrado algunos principios (el derecho a ser oído, entre otros), la Constitución uruguaya prevé detalladas normas sobre las competencias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que incluyen también el desarrollo del procedimiento. Esto es posible dado que la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya no cuenta con competencias amplias. En Colombia, cuya justicia administrativa es mucho más compleja, la Constitución contiene únicamente algunas disposiciones que deben ser reglamentadas por ley. Es decir, el texto constitucional apenas indica el marco de aquello que debe ser regulado por ley. Esto se compadece con la dimensión del aparato estatal colombiano y por ende también de sus tribunales.

Contar con una normativa muy detallada plantea ventajas y desventajas. Mientras normas muy detalladas en la Constitución son, por un lado, de fácil acceso y convierten al proceso ante los tribunales en una garantía constitucional, por otro lado implican que el sistema termina anquilosado porque cualquier modificación exige una reforma constitucional.[95]

No obstante, deben tenerse en cuenta las diferentes realidades en los Estados. Así, por ejemplo, la estructura del procedimiento administrativo y de la justicia administrativa se explica a partir de las dimensiones del propio Estado. En un Estado tan pequeño como Uruguay, no sorprende que la justicia administrativa se concentre en un solo tribunal y lamente la falta de jueces capacitados, en tanto que en Argentina, un país con casi 38 millones de habitantes, existe un sistema federal con diversas instancias y posibilidades de recursos legales.

7.2. División de poderes

Las constituciones de los países estudiados consagran todas, sin excepción, la división de poderes. El objetivo de la división de poderes es limitar la influencia de un poder público sobre otro, pero no ejercer un control recíproco. Algunas constituciones prohíben expresamente el ejercicio de funciones judiciales por el Ejecutivo. Ejemplos son el artículo 73 de la Constitución chilena y el artículo 109 de la Constitución argentina.[96] Sorprende que sea justamente en Chile, un país cuya Constitución

---

95 Así lo indicó, por ejemplo, Durán Martínez en el marco de la encuesta a expertos sobre la normativa uruguaya.

96 Cassagne: “La justicia administrativa en Iberoamérica” (2007), pp. 22-24.

consagra expresamente la división de poderes, donde en la práctica están diluidos los límites entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. En estos casos las garantías de ser oído y de juez independiente se ven severamente afectadas.[97] Difícilmente puede aceptarse una situación que conlleva semejante lesión de garantías democráticas fundamentales en un Estado que en el artículo 4 de su Constitución se define como república democrática. Ello requiere una urgente reforma.

7.3. Asignación de la competencia respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa

Los sistemas contienen regulaciones muy diversas respecto de los entes jurisdiccionales a los que se asigna la jurisdicción contencioso-administrativa. Con la sola excepción de Chile, todos los demás países han instituido una jurisdicción como tal. Algunos —como Uruguay— la han instituido sobre una base constitucional y otros —como Argentina— sobre la base de una ley simple.[98] En Venezuela, la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia; en Argentina y en Colombia (allí Corte Constitucional) esta solo verifica la constitucionalidad de los actos administrativos en determinados casos. En Uruguay, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo incluso tiene la misma jerarquía que la Suprema Corte; por lo tanto, no puede haber un control de constitucionalidad de las sentencias dictadas por el TCA.

En algunos Estados resulta problemática la falta de especialización de los jueces en derecho administrativo. En Chile no está prevista siquiera una jurisdicción administrativa en sentido estricto. Por lo tanto, los tribunales que asumen funciones en lo contencioso-administrativo no están especializados en derecho administrativo y tampoco lo están los magistrados que los integran. Tampoco en Uruguay los jueces tienen experiencia en derecho administrativo. En Venezuela, la función es ejercida por la Suprema Corte, cuyos jueces tampoco necesariamente tienen conocimientos en la materia. Estas carencias son contrarias a la garantía del Estado de derecho de una efectiva protección legal.

7.4. Problemas de derecho procesal[99]

Se aprecia una divergencia entre las normas legales y la realidad procesal. Las medidas cautelares previstas por ley o contempladas en la Constitución misma muchas veces no se aplican concretamente al ciudadano.

---

97 Kemelmajer de Carlucci: o. cit.
98 Cassagne: o. cit., p. 23.
99 Véase Cassagne: o. cit., pp. 47-48; entrevista a Durán Martínez.

Un problema se plantea, por ejemplo, en el marco de las medidas cautelares. En casi todas las constituciones están previstas medidas cautelares contra la ejecución del acto administrativo.[100] La posibilidad de deducir una medida cautelar no lleva automáticamente a que se concrete la garantía que significa esa posibilidad para el ciudadano. En Uruguay, por ejemplo, la dilación de los juicios determina que se decida sobre el fondo del asunto antes que acerca de la medida cautelar. En ese sentido no se toma adecuadamente en cuenta la necesidad de que el ciudadano cuente con garantías jurídicas.

También se identifican como problemáticas las limitadas posibilidades de revisión, así como plazos muy cortos para presentar una acción ante los tribunales contencioso-administrativos una vez dictado el acto administrativo. En Uruguay, por ejemplo, el plazo máximo es de apenas 10 días para impugnar un acto administrativo ante el TCA una vez finalizado el procedimiento administrativo. Para un lego muchas veces es imposible informarse adecuadamente en un plazo tan breve sobre los derechos que le corresponden. Ello le impide hacer valer sus derechos procesales. Es necesario que el principio de la garantía jurídica efectiva y el derecho a ser oído en juicio sean aplicados sistemáticamente.

En cuanto al derecho contencioso-administrativo argentino, se considera problemático el hecho de que todo tribunal federal en última instancia puede declarar inconstitucionales los decretos administrativos y actos administrativos con efectos *erga omnes*.[101]

Problemática se considera la ejecución de los juicios contra la administración, que no siempre cumple. A menudo faltan, como en el caso de Uruguay, entre otros, los mecanismos correspondientes para obligar a la administración a ejecutar la sentencia, o esta solo es implementada tibiamente por los jueces.

8. Otros problemas estructurales de los sistemas de derecho administrativo en América del Sur

8.1. Descentralización

En diversos países, la descentralización de la administración está consagrada en la Constitución (ejemplos son Uruguay, Colombia y Chile), que es vista como el intento de un acercamiento de la administración pública a los ciudadanos.[102] Se aspira a mejorar el acceso de estos a los diferentes organismos y a que puedan actuar de manera más flexible y específica en razón de un mejor conocimiento de la situa-

---

[100] Altamira Gigena: o. cit., p. 26.

[101] Cassagne: o. cit., p. 44.

[102] Delpiazzo: *Marco constitucional…*, o. cit., p. 106; Cajarville Peluffo: *El marco constitucional del derecho administrativo* (2006), p. 44; Ibáñez Najar: o. cit., pp. 139-140; Santofimio Gamboa: *Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano* (2006), p. 272.

ción local. A pesar de que esta norma parece adecuada, en la práctica a menudo se suscitan problemas. Los ciudadanos muchas veces no tienen un cabal conocimiento de la distribución de las competencias, existe falta de comunicación entre las unidades administrativas y no resulta posible controlar la corrupción. En Colombia, una verdadera atomización de la administración lleva a que los actos administrativos sean inconsistentes o que algunas dependencias no puedan ser controladas, lo que allana el camino a la corrupción.[103] De este modo queda tergiversado el sentido de la descentralización.

8.2. Corrupción

Es llamativo que se ignore casi por completo la problemática de la corrupción. A pesar de guardar estrecha vinculación con la capacidad funcional del poder público y de que la corrupción en muchos países de América del Sur trasciende casi todos los niveles del poder público y, por ende, también de la administración y la jurisdicción contencioso-administrativa, la bibliografía no hace referencia a la problemática.

Sobre todo Argentina y Venezuela, pero también Colombia, muestran un desempeño particularmente negativo en el *Corruption Perception Index 2006* de Transparency International.[104] Con 3,9 puntos sobre 10, Colombia aún se ubica en el rango superior, en el puesto número 59 de un total de 166 países, en tanto que los 2,9 puntos de Argentina la ubican en el puesto 93 y Venezuela, con 2,3 puntos, queda en el puesto 138. Por lo tanto, cualquier descripción del funcionamiento del Estado de derecho en los países mencionados que no tenga en cuenta los efectos de la corrupción resulta poco convincente.

En casi todos los países se ha comprendido el problema y se han dictado leyes que tienen por objeto combatir la corrupción, como es el caso de Colombia. Sin embargo, con frecuencia lo problemático es que quienes tienen la tarea de combatir la corrupción, o bien se cuentan entre los beneficiarios de esta práctica, o bien son impotentes ante las elites nacionales que no se muestran dispuestas a renunciar a sus ventajas.

8.3. El fracaso de las reformas

Sorprende que gran parte de la bibliografía omita hacer un análisis crítico de la implementación y del cumplimiento del derecho contencioso-administrativo. Es cierto que en muchos países hubo todo un proceso como consecuencia del cual se crearon sistemas que en algunos casos efectivamente tienen en cuenta la realidad en los diferentes Estados (por ejemplo, el sistema federal en Argentina). Sin embargo, a

---

[103] Ostau de Lafont Planeta: o. cit., pp. 520-521.

[104] Puede consultarse en ‹http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/ cpi›.

menudo la realización concreta de la garantía jurídica fracasa en razón de problemas tales como plazos muy cortos, falta de mecanismos para la ejecución de la sentencia dictada o dilación de los juicios. Se observa una fuerte divergencia entre la teoría y la realidad jurídica.

En muchos países la triste realidad es que a menudo las reformas fracasan por falta de recursos.[105] Cualquier reforma demanda recursos que en la mayoría de los países de América del Sur faltan o que los gobiernos no están dispuestos a invertir. En Uruguay ya existía en el 2002 una propuesta de reforma sobre la introducción de un tribunal de primera instancia, que recogía amplio respaldo. Además de contar con dos instancias, los magistrados del TCA podrían adquirir así experiencia. Pero cinco años más tarde la realización de este proyecto parece estar muy lejos de concretarse. En un presupuesto escaso y excesivamente endeudado, el gobierno no tiene previstos los recursos para la reforma.

Otro obstáculo que enfrenta una reforma efectiva es la falta de un discurso público sobre los defectos del sistema, detallados al comienzo. Esto se debe a que no existe una tradición en bibliografía severamente crítica y a que el ciudadano tiene poco conocimiento de los problemas que aquejan a los sistemas de derecho contencioso-administrativo y que terminan coartando sus garantías constitucionales.

9. Conclusiones

En tanto los principios democráticos básicos y los correspondientes derechos procesales están garantizados, en la mayoría de los países el panorama es menos alentador a la hora de su aplicación.

En primer lugar, cabe destacar que la carencia de una justicia administrativa en Chile y la ausencia de una reforma para subsanar esta omisión es un fenómeno sumamente problemático para el Estado de derecho porque gran parte de los actos administrativos quedan fuera del ámbito de competencia de los tribunales, con lo que quedan desvirtuados las garantías constitucionales y los derechos procesales de los ciudadanos.

Para corregir los problemas que se aprecian en los sistemas del derecho administrativo y mejorar el funcionamiento del Estado de derecho se requiere actuar en diversos niveles. En la mayoría de los países los problemas se ubican en dos: déficit normativo y falta de cumplimiento de las normas existentes.

En última instancia, los problemas resultantes de las normas legales vigentes (por ejemplo, plazos de presentación muy cortos ante los tribunales o falta de mecanismos de ejecución) solo pueden ser eliminados mediante un cambio en la legislación. Del mismo modo, sería necesario invertir en una mejor capacitación de los agentes responsables. Sin embargo, en muchos casos no se cuenta con los recursos

[105] Consulta a los expertos Preza y Durán Martínez.

necesarios, o los respectivos gobiernos no están dispuestos a facilitarlos. En última instancia, es un problema de prioridades. Muchos gobiernos sudamericanos se manejan con presupuestos muy ajustados para el cúmulo de problemas que enfrentan y cuya solución tiene el consiguiente costo. Ante esta situación, las prioridades suelen ser otras que una reforma del derecho procesal, con escaso rédito entre el público en general. Por lo tanto, es importante aguzar la conciencia de los decisores acerca de esta problemática. La prensa puede desempeñar un papel importante en ese sentido. También podría ser de ayuda hacer notar la problemática al Poder Legislativo para que este sienta la necesidad de presentar proyectos de ley.

Una situación más difícil de resolver plantean los problemas que emergen de la falta de aplicación o cumplimiento de las normas ya existentes. Para combatir la corrupción hace falta más que la mera sanción de nuevas leyes. Antes bien, hace falta un cambio de mentalidad en todos los estratos de la población. El gobierno y la población en general deben ejercer la presión necesaria para lograr que combatan la corrupción incluso los sectores que hasta ahora se venían beneficiando de ella. No debe desconocerse que la corrupción no siempre es producto del afán de lucro de las élites, sino muchas veces el resultado del hecho de que funcionarios mal pagados necesitan *dinero extra* para subsistir.

En términos generales, sería deseable alcanzar una mayor participación cívica. El derecho administrativo es una materia por la que el ciudadano muchas veces recién se interesa cuando efectivamente se ve afectado por un acto administrativo adverso. Muchas veces no toma consciencia de que la problemática del funcionamiento del Estado de derecho y del derecho procesal guarda relación directa con la protección de las garantías constitucionales. En cambio, cuando a los ciudadanos se les explica adecuadamente cuáles son las desventajas que generan sistemas disfuncionales, toman conciencia de la importancia que tiene el funcionamiento de la administración y de la justicia administrativa para el Estado de derecho. En ese caso, el ciudadano puede convertirse en el motor de las reformas al exigirle al legislador que garantice sus derechos.

Bibliografía

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro: "Medidas cautelares en el contencioso-administrativo", en *Estudios en honor de Pedro J. Frías,* t. I, Derecho público, Córdoba (Argentina): Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos: "Mutaciones en el derecho administrativo colombiano", en Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, octubre 2001

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: "Principios de una nueva justicia administrativa en Chile", en Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ (coord.): *Justicia Administrativa,* 2007 (agradecemos al Prof. Ferrada Bórquez que nos haya facilitado un ejemplarde la obra previo a su publicación).

BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Derecho administrativo,* t. I, 2005, Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Central de Venezuela.

— "Marco constitucional del derecho administrativo en venezuela", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, abril 4-6, 2006.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: "El marco constitucional del derecho administrativo. Algunas reflexiones desde el derecho uruguayo", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 4-6 de abril del 2006.

— "Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo", en *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa,* t. II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1.ª ed., 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos: "La justicia administrativa en Iberoamérica", en *Justicia Administrativa,* en Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ (coord.): *Justicia Administrativa,* 2007.

DELPIAZZO, Carlos E.: "Marco constitucional del derecho administrativo uruguayo", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 4-6 de abril del 2006.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *Casos de derecho administrativo,* vol. II, Montevideo: Universidad Católica, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *Contencioso administrativo,* Montevideo, 2007.

DROMI, Roberto: *Derecho administrativo,* Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 9.ª ed. actualizada, 2001.

HUFEN, Friedhelm: *Verwaltungsprozessrecht,* Múnich, 6.ª ed., 2005.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique: "El derecho público colombiano", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 4-6 de abril del 2006.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 33, n.º 1, Santiago, abril 2006.

OSTAU DE LAFONT PLANETA, Rafael: "La Administración Pública como instrumento de la democracia al servicio de la comunidad", en Primeras Jornadas de De-

recho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, octubre 2001.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando: "La fundación administrativa en la Constitución chilena", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 4-6 de abril del 2006.

PIERRY ARRAU, Pedro: "Tribunales contencioso-administrativos en Chile", XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Guatemala, 7-10 de noviembre del 2006.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando: "El marco constitucional del derecho administrativo en Venezuela", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 4-6 de abril del 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: "Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano", V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 4-6 de abril del 2006.

SARRIA OLCOS, Consuelo: "Justicia administrativa en Colombia", II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público, 1996.

SOSA GÓMEZ, Cecilia: "Justicia administrativa", II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público, 1996

Encuesta a expertos

Prof. Dr. Dardo Preza, ministro del TCA, profesor de Derecho Penal en la UdelaR y la UCU, Uruguay (8.3.2007)

Prof. Dr. Augusto Durán Martínez, profesor de Derecho Administrativo en la Ude laR y la UCU, Uruguay (8.3.2007)

Dr. Héctor M. Chayer, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES), Argentina (12.4.2007)

Dr. Miguel Langón, procurador general, Montevideo (2002).

Dra. Ana Carola Abalos, abogada argentina (17.7.2007).

Enrique Navarro Beltrán (Chile)*

Notas sobre el contencioso administrativo en Chile y el Tribunal Constitucional

1. Inexistencia en Chile de un procedimiento único contencioso administrativo

1.1. Multiplicidad de contenciosos administrativos

En Chile el contencioso administrativo presenta particularidades muy disímiles —que se han venido consignando por décadas—,[1] desde el momento en que no existe un procedimiento de carácter único, además de encontrarse disperso en diversas acciones que regulan la materia.[2]

Si bien existen algunos intentos recientes de establecer procedimientos, como es el caso de la libre competencia[3] y la contratación pública,[4] lo cierto es que en la actualidad a los tribunales de justicia se les ha ido entregando competencia para conocer los más diversos asuntos en que se ven enfrentados la administración y los particulares. Para graficar lo anterior, cabe destacar que en la actualidad se observa más de un centenar de procedimientos.[5]

---

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile y la Universidad Finis Terrae. ‹enriquenavarro@tribunalconstitucional.cl›

1 "Una visión panorámica de los autores del siglo XIX y primera mitad del siglo XX en Chile", en *Los tribunales contencioso administrativos. Antecedentes para su estudio. Doctrina, jurisprudencia y proyectos,* 1982.

2 Sobre la materia véase Juan Carlos Ferrada Bórquez (ed.): *La justicia administrativa,* Lexis Nexis, 2005.

3 El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue establecido por modificación en virtud de la ley n.º 19911, del 2003. Con anterioridad existía una comisión resolutiva y comisiones preventivas regionales.

4 La ley n.º 19886 otorga jurisdicción en esta materia al Tribunal de Contratación Pública. El TC revisó el texto en los autos rol n.º 378/2003.

5 Véase Carlos Carmona Santander: "El contencioso administrativo entre 1990 y 2003", en *La justicia administrativa,* o. cit.

Lo inorgánico de la materia se aprecia en la circunstancia de que existen algunos contenciosos que son conocidos en primera instancia por tribunales ordinarios o por las cortes de apelaciones, y solo en algunos casos es procedente la revisión en la Corte Suprema.

Ejemplifica lo anterior la situación que se aprecia respecto de los servicios básicos. Así, por ejemplo, en materia eléctrica puede reclamarse de las sanciones impuestas por el regulador directamente a la Corte de Apelaciones de Santiago, y es posible apelar a la Corte Suprema.[6] En materia telefónica, si bien se puede reclamar de las resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones a la Corte de Apelaciones, respecto de dicha sentencia no puede recurrirse a la Corte Suprema.[7] A su turno, en materia sanitaria existen diversos contenciosos, y las sanciones pueden impugnarse ante un juez de letras[8] o ante la Corte de Apelaciones si se trata de resoluciones u omisiones de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.[9]

En el ámbito financiero se observan reclamos contenciosos administrativos respecto de las resoluciones o multas que imponga la Superintendencia de Bancos,[10] la Superintendencia de Valores y Seguros,[11] la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones[12] o la Sindicatura de Quiebras.[13]

Del mismo modo, existe un recurso de reclamación específico respecto de las resoluciones o instrucciones dictadas por el Banco Central.[14]

Por último, es del caso señalar que el Código del Trabajo señala diversas acciones respecto a decisiones administrativas de la Dirección del Trabajo.[15]

1.2. Situaciones —excepcionales— en que el contencioso administrativo se radica en primera instancia en un órgano administrativo

Adicionalmente, es del caso tener presente que el procedimiento contencioso administrativo en Chile presenta ciertas particularidades —no exentas de crítica por

---

[6] Artículo 19 de la ley n.º 18410, Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

[7] Artículo 36 de la ley n.º 18168, ley general de Telecomunicaciones.

[8] Artículo 12 de la ley n.º 18902, ley orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

[9] Artículo 32 de la misma ley.

[10] El artículo 22 de la ley general de Bancos regula procedimiento de reclamación ante la Corte de Apelaciones.

[11] El artículo 44 del decreto ley n.º 3538, que regula el estatuto jurídico de la Superintendencia de Valores y Seguros, establece una reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

[12] El artículo 94 del decreto ley n.º 3500, que establece nuevo sistema de pensiones, prevé un reclamo ante la Corte de Apelaciones.

[13] Artículo 8 n.º 5 y 22 de la ley n.º 18175, correspondiente a la ley de Quiebras, modificada por la ley n.º 20004.

[14] Artículo 69 de la ley n.º 18410 Orgánica Constitucional del Banco Central. El reclamo se presenta ante la Corte de Apelaciones de Santiago y puede apelarse a la Corte Suprema.

[15] Entre otros véase artículos 12, 27, 31, 34, 223, 305, 380, 474 del Código del Trabajo.

la doctrina especializada—, habida consideración de que, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, persisten aún casos en que es la propia Administración la que resuelve en primera instancia sobre las controversias que se suscitan entre ella y los administrados.

Así, puede revisarse el contencioso municipal que le otorga al alcalde competencia para conocer de los reclamos contra las resoluciones u omisiones de sus funcionarios, de cuya resolución se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones e incluso es procedente el recurso de casación ante la Corte Suprema.[16] Similar situación se observa en materia de aduanas.[17]

Como puede observarse, aunque se trata de una tendencia en retirada y fuertemente cuestionada, es del caso tener presente que, como lo señala un destacado administrativista argentino, "tanto en Chile como en Argentina se ha admitido el ejercicio de potestades jurisdiccionales a favor de órganos administrativos en razones de especialidad funcional".[18]

En Argentina, cabe tener presente, que la Corte Suprema ha señalado que la facultad de los entes administrativos para juzgar no atenta con el debido proceso y el derecho a la defensa, en tanto el afectado pueda recurrir ante el Poder Judicial, de modo de revisar lo fallado.[19]

De este modo, como lo consigna la doctrina administrativa, se trata de órganos de la administración activa, dotados de "funciones jurisdiccionales respecto de ciertas y determinadas materias que les han sido expresamente encargadas por la ley. Así, ejercen esta función, en determinados casos, el Director General de Aduanas, el Director General de Impuestos Internos".[20]

1.3. Breve referencia al derecho comparado

Como se sabe, en la justicia contenciosa administrativa existen diversas modalidades y vertientes, en estricta concordancia con la tradición jurídica de cada uno de los países.

---

[16] Artículo 140 de la ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley n.º 1, de 2001, la que fue revisada en su constitucionalidad por el TC en los autos rol n.º 50/1988, con motivo de una reforma al reclamo de ilegalidad municipal.

[17] Decreto con fuerza de ley n.º 30, de 2005, que fija el texto de la ordenanza de Aduanas. El TC conociendo de un proyecto que modernizaba el Servicio Nacional de Aduanas, dejó constancia de que dicho órgano ejercía funciones jurisdiccionales (rol n.º 247/1996).

[18] Juan Carlos Cassagne: "La justicia administrativa en Iberoamérica", en *La Justicia Administrativa*, 2005, p. 22.

[19] "César y Antonio Karma SCICA", *Fallos*, n.º 310, p. 360, citado por Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, t. II, 1999, p. 761.

[20] Enrique Silva Cimma: *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*, 1996, p. 33.

Así, la tradición francesa se origina con un fuerte énfasis en la resolución de los conflictos a través de órganos más bien de corte administrativo, particularmente, el Consejo de Estado. De este modo, se explica el otorgamiento de funciones de carácter jurisdiccional a órganos que forman parte del Ejecutivo.

En Inglaterra, en cambio, estas controversias están entregadas al conocimiento —en general— de los tribunales ordinarios. Alemania, a su turno, ha establecido una jurisdicción especial contenciosa administrativa situada fuera del Poder Judicial, mientras que en España forma parte de este último.

Sin embargo, en el curso del siglo XX se han producido interacciones entre dichos modelos. Así, "mientras que en Francia se comienza por entregar la resolución del contencioso administrativo a cuerpos administrativos que vienen a alcanzar paulatinamente un pleno o cuasi pleno carácter jurisdiccional, con sus correspondientes garantías, en Inglaterra el original sistema de control por tribunales ordinarios empieza a ser desplazado por la atribución de conocimiento de contenciosos administrativos especiales a órganos administrativos, sometidos en última instancia solo a un control político".[21]

Incluso la jurisprudencia estadounidense no ha estimado como contrario a la Carta Fundamental el que entidades administrativas puedan conocer ciertos contenciosos administrativos, si bien exigen que el ciudadano pueda impugnar lo resuelto ante los tribunales de justicia.[22]

En Hispanoamérica, por ejemplo, se observan diversas variantes en el contencioso tributario.[23] Así, en primer lugar, en ciertos países como Argentina, Costa Rica, México, Perú y Chile[24] se advierte la existencia de tribunales fiscales administrativos. En Brasil, Paraguay y Venezuela se han establecido tribunales judiciales especializados en el seno del Poder Judicial. Del mismo modo, en Bolivia, Ecuador y Guatemala se han instituido tribunales independientes. Por último, en Colombia y Uruguay se han otorgado competencias en estas materias al Consejo de Estado y al Tribunal Contencioso Administrativo, respectivamente, como entes autónomos.

---

[21] Eduardo Aldunate Lizana: "La evolución de la justicia administrativa", en *La justicia administrativa,* 2005, p. 15.

[22] V. Vigoriti: "Constituzione e Giusticia Amministrativa negli Stati Uniti D'America", en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico,* 1970, cit. por Andrés Bordalí Salamanca: "Principios de una nueva justicia administrativa en Chile", en *Justicia administrativa,* p. 348.

[23] Véase la excelente obra del jurista uruguayo Ramón Valdés Costa: *Instituciones de derecho Tributario,* Buenos Aires: Depalma, 1992.

[24] Desde el año 2002 se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria.

2. El recurso de protección como medio supletorio de la falta de un contencioso administrativo

El año pasado se conmemoraron los 30 años del recurso de protección, acción cautelar establecida por primera vez en el acta constitucional de 1976 y que hoy se contiene en el artículo 20 de la Constitución Política.

2.1. Antecedentes de la acción constitucional

El antecedente histórico de esta acción se remonta a las facultades protectoras de los tribunales de justicia, que poseyeron hasta 1874. Posteriormente, y por casi un siglo, el único mecanismo tutelar en Chile lo constituyó el hábeas corpus.[25]

En Hispanoamérica también puede citarse el amparo mexicano, de mediados del siglo XIX, que hoy día se extiende en diversas modalidades en toda la región.[26]

Se trata de que existan mecanismos que garanticen efectivamente los derechos, evitando que estos solo sean meras declaraciones.

En efecto, tal como lo recuerda el acta constitucional que establece la protección, "por muy perfecta que sea una declaración de derechos estos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección".[27] Como lo recuerda Calamandrei, todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real.[28]

2.2. Importancia de la acción cautelar

En estos 30 años transcurridos el incremento de las acciones ha sido ciertamente notable. De unas pocas decenas —a fines de los setenta— a más de siete mil anuales en la actualidad, que se refieren a diversas situaciones vinculadas a bienes jurídicos tan importantes como la vida, la igualdad, la privacidad, la libertad, la asociación y la propiedad.

Ciertamente, la dinámica protectora ha sido muy notable si se revisa la doctrina contenida en los fallos, que se aprecia en las decisiones en las que se tutelan la vida[29]

---

[25] Véase Enrique Navarro Beltrán: *Historia de la Corte de Apelaciones de Santiago*, Santiago, 1986.

[26] Eduardo Ferrer Mac Gregor: *El amparo en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 39 ss.

[27] Acta constitucional n.º 3.

[28] Calamandrei, cit. por Juan Colombo Campbell: *El debido proceso constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n.º 32, 2006, p. 52.

[29] En los años ochenta hubo pronunciamientos sobre huelgas de hambre (Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de agosto de 1984, *Gaceta Jurídica* n.º 50, p. 76). En los años noventa destacan decisiones sobre negativa de pacientes para recibir transfusiones sanguíneas (Corte Suprema, 18 de enero de 1996, *Gaceta Jurídica* n.º 187, p. 62). En los ochenta surge controversia sobre la denominada *píldora del día después* (Corte Suprema, 30 de agosto de 2001, rol n.º 2.186-2001).

y la integridad física y psíquica e incluso el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.[30] Lo mismo puede decirse con relación a la igualdad ante la ley[31] y la prohibición de ser juzgados por comisiones especiales.[32] Interesante ha sido la confrontación entre la privacidad y la intimidad[33] y la libertad de información.[34] La libertad de conciencia ha tenido escasos pronunciamientos[35] En materia de derecho de reunión y asociación destacan pronunciamientos sobre justicia doméstica.[36]

Además, deben destacarse los derechos de contenido económico, como la libertad empresarial y la no discriminación en el trato económico.[37]

Por último, respecto del derecho de propiedad, este no solo se ha entendido en relación con las cosas corporales e incorporales, o derechos, sino además respecto a

---

[30] Véase Enrique Navarro Beltrán: "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en *Revista Chilena de Derecho,* n.º 20, 1993, p. 5995; y Raúl Bertelsen Repetto: "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derechom* n.º 25, 1998, p. 139. La jurisprudencia ha reconocido diversos tipos de contaminación: acústica, acuática, terrestre, atmosférica e incluso la visual. La reforma constitucional del 2005 precisó la procedencia de este recurso contra actos u omisiones ilegales.

[31] La igualdad, siguiendo al Tribunal Constitucional, se ha entendido como dar el mismo trato a los que se encuentran en similar situación. De modo que lo que se prohíbe son las discriminaciones arbitrarias (Corte Suprema, 3 de junio de 1994, *Gaceta Jurídica,* n.º 168, p. 81). Se han estimado como atentados a la igualdad ante la ley la resolución administrativa que limita el número de síndicos (Corte Suprema, 23 de mayo de 1995, *Gaceta Jurídica,* n.º 180, p. 30) y aquella que niega autorización para instalar publicidad (Corte Suprema, 8 de abril de 1997, *Gaceta Jurídica,* n.º 202, p. 47).

[32] En esta materia se aprecian un sinfín de actuaciones, preferentemente administrativas, que importan una suplantación de las funciones jurisdiccionales propias de los tribunales. Véase Corte Suprema, 25 de marzo de 1998, *Gaceta Jurídica,* n.º 213, p. 179. Más recientemente, Corte Suprema, 27 de abril de 2005, rol n.º 1226-2005.

[33] Clásicos resultan los conflictos de derechos entre la libertad de expresión y la honra. Un caso paradigmático es el denominado *La última tentación de Cristo,* Corte Suprema, 20 de enero de 1997, rol n.º 519-97, en el que se prohibió la exhibición de la película. Una forma diversa de resolver es el caso *Prat,* donde se da preferencia más bien a la libertad de creación, Corte Suprema, 16 de julio de 1003, rol n.º 1.961-2003.

[34] Los tribunales la han estimado como una de las libertades fundamentales, incluso en períodos complejos de nuestra historia. Véase Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de diciembre de 1980, RDJ 77, sec. 2.ª., p. 195. El Tribunal Constitucional ha señalado su alcance en los autos rol n.º 226, de 1995. Recientemente se ha reiterado que el acceso a la información es parte de la garantía constitucional (rol n.º 634-2006).

[35] Un caso es de la denominada *secta Moon;* Corte Suprema, 15 de septiembre de 2005, n.º 2.226-2005. Del mismo modo, puede consultarse sentencia que se pronunció sobre la objeción de conciencia respecto del servicio militar (Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 2003, rol n.º 1970-2003).

[36] Aquí pueden citarse la exclusión ilegal y arbitraria de asociaciones. Recientemente, Corte Suprema, sentencias de 10 de marzo de 2004, rol n.º 378-04, y 21 de julio de 2004, rol n.º 2729-04.

[37] Cabe señalar que en materia de libertad económica existe también una acción popular denominado "amparo económico". Sobre el punto vid. Enrique Navarro Beltrán: "El recurso de amparo economico (Notas sobre quince años de jurisprudencia)", en *UFT,* n.º 9 (2005).

cualquier derecho de contenido patrimonial, como el derecho a la imagen, al cargo, al título, etcétera.[38]

Cabe destacar el sentido garantístico que se le ha dado a esta acción cautelar, particularmente frente a situaciones que en principio pudieran no resultar amparadas. Así, frente a situaciones abusivas que ponen en riesgo la salud o la educación, los tribunales han recurrido al derecho de propiedad o, en su caso, a la igualdad ante la ley.[39]

Para apreciar la magnitud de esta acción, es del caso tener presente que solo en el año 2005 la Corte Suprema resolvió más de mil apelaciones de protección, de las que acogió en definitiva cerca de un 25%. En otras palabras, de cada cuatro acciones que fueron conocidas por el máximo tribunal, una fue aceptada, lo que constituye un porcentaje elevado si se lo compara con el de otros ordenamientos jurídicos, en los que solo las inadmisibilidades bordean el 90%.

Un número importante de estas corresponde precisamente a acciones que se han interpuesto respecto de actos u omisiones ilegales o arbitrarios de la autoridad administrativa.

3. Criterios señalados por el Tribunal Constitucional en el ámbito contencioso administrativo

3.1. Si bien la autoridad administrativa puede ejercer funciones jurisdiccionales, ello debe efectuarse respectándose los principios del debido proceso

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), la autoridad administrativa puede ejercer funciones de carácter jurisdiccional.

Así, por ejemplo, al analizar las facultades del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en el marco de la Ley General de Telecomunicaciones, se consignó al efecto que "es indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional, con partes interesadas en la solución de un conflicto de intereses con relevancia jurídica, con una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia".[40]

De este modo, cuando dicho ministro dicta una resolución que otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones, se trata "de un funcionario público que está estableciendo o afectando derechos de terceros, es decir, está actuando como una autoridad administrativa que por la vía de la reclamación pasará a ejercer funciones jurisdiccionales, sometidas al procedimiento judicial administrativo que la propia disposición señala".[41]

---

[38] Enrique Navarro Beltrán: "La constitucionalización del derecho a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema", en *Revista U. Mayor*, n.º 3 (2004), pp. 97-122.

[39] Enrique Navarro Beltrán: "Soluciones jurisprudenciales a desprotecciones constitucionales", en Actas de las XXXIIV Jornadas de Derecho Público, Lexis Nexis, pp. 291-294.

[40] Rol n.º 176/1994, considerando 4.º.

[41] Ibídem, considerando 3.º.

Sobre la materia cabe señalar que el artículo 19, n.º 3, inciso 5.º, de la Constitución Política establece que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado" y que corresponderá al legislador "establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Respecto del alcance de esta garantía, tratadistas extranjeros han señalado:

> El derecho al "debido proceso legal" (*due process of law*), que en último término significa el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, […] encierra dentro de sí un amplio conjunto de garantías que se traducen en otros tantos derechos del justiciable que, en esencia, son los siguientes:
>
> 1. El derecho a un juez imparcial.
> 2. El derecho a ser informado de la acusación formulada.
> 3. El derecho a la defensa y asistencia del Letrado.
> 4. El derecho a un proceso público.
> 5. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
> 6. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. y
> 7. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.[42]

Como se sabe, el constituyente se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, ordenando siempre al legislador precisarlas en cada caso, "dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede".[43]

En palabras de esta misma magistratura, de lo dicho se desprende que "se estimó conveniente otorgar un *mandato al legislador* para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador".[44]

En diversos pronunciamientos el TC ha señalado que los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos, aunque se trata propiamente de órganos administrativos, ejercen funciones jurisdiccionales.[45]

---

[42] Francisco Fernández Segado: "El derecho a la jurisdicción y las garantías del debido proceso en el ordenamiento constitucional español", en *Ius et Praxis*, n.º 5, Universidad de Talca, 1999, p. 90.

[43] TC, rol n.º 478/2006.

[44] Rol n.º 481/2006.

[45] Al respecto véanse roles n.º 499, 502, 515, 520, 525, 526, 527, 528, 547, 554, 555, 566, 569, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 629, 630, 635, 636, 639, 640, 641, 642, 647, 657 y 658, todos de 2006.

En el primer caso en la historia de Chile en que un tribunal deroga un precepto legal (artículo 116 del Código Tributario), el TC consignó que dichos funcionarios administrativos, "al conocer y resolver, en primera o única instancia, conflictos jurídicos derivados de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, son tribunales que actúan en ejercicio de la jurisdicción que la ley les ha confiado".[46]

3.2. La potestad sancionadora de la administración debe respetar el principio de tipicidad

En diversos fallos, el TC ha resuelto que el principio de tipicidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3.º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado —el llamado *ius puniendi*— y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3.º del artículo 19.[47]

Hace ya una década también el TC había señalado que "los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado". Así se ha consignado:

> Entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta.[48]

De esta manera, este mismo Tribunal concluido:

> La Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política.[49]

En estricta concordancia con lo anterior, también este Tribunal ha señalado recientemente:

---

46 Rol n.º 681/2006.
47 Rol n.º 480/2006.
48 Rol n.º 244/1996.
49 Ibídem.

> Los principios del artículo 19 n.º 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 n.º 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido.[50]

Lo razonado por el TC chileno se encuentra en absoluta armonía con lo sentenciado por el español, conforme al cual:

> La exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencias que […] afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que […] el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta.[51]

De este modo, el principio de tipicidad requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como las respectivas penas a aplicarse, todo lo cual ciertamente es aplicable en materia sancionatoria.[52]

Por ello se ha definido la sanción administrativa como "un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal".[53]

Como lo expresa Nieto:

> El mandato de tipificación se desarrolla en dos planos sucesivos: primero ha de declarar la ley cuáles son conductas que se consideran infracción administrativa y luego ha de atribuir a cada una de tales infracciones la sanción que le corresponde.[54]

En concordancia con lo anterior se ha sostenido:

> Es preciso reclamar que, atendido el campo cada vez más extenso abarcado por las regulaciones administrativas, en lo sucesivo se intente una tipificación precisa de las conductas que las infringen. Naturalmente las descripciones correspondientes no pueden ser tan minuciosas como las penales. Sin embargo, deben contemplar, por lo

---

50 Rol n.º 437/ 2005.

51 Tribunal Constitucional español, sentencia de 29 de marzo de 1990, citada en Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Derecho administrativo,* p. 177.

52 Véase Juan Carlos Cassagne: *Derecho administrativo,* t. II, Lexis Nexis, 2003, p. 448.

53 Eduardo García de Enterría: *Curso de Derecho Administrativo,* t. II, Madrid, 1992, p. 161.

54 Alejandro Nieto: *Derecho administrativo sancionador,* 2002, p. 294.

> menos, los límites generales, más allá de los cuales se prohíbe a la Administración toda intervención punitiva.[55]

Lo anterior incluso motivó a que en el Coloquio de Estocolmo de la Asociación Internacional de Derecho Penal se acordara al efecto:

> La definición tanto de las infracciones administrativas como de las sanciones que les son aplicables debe ser precisada de acuerdo con el principio de legalidad.

3.3. El pago previo antes de reclamar de las sanciones (solve et repete)

El TC ha señalado sobre el punto, con motivo de un proyecto de ley:

> La aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, n.º 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", y a la "defensa jurídica" pudiendo, por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional actos de la Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad.[56]

Ello, sin embargo, no ha sido unánime, para lo cual basta remitirse a lo resuelto también por esta magistratura en los autos rol n.os 185 (1995) y 287 (1999), en los que no se estimó contrario al texto fundamental el establecimiento de determinadas consignaciones. En este último caso se precisó que el precepto legal que establecía la necesidad de una consignación previa no impedía el acceso a la justicia de los afectados por la multa, "sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan", de modo de "restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común".[57]

Los reparos de juridicidad a esta institución también los ha señalado la jurisprudencia emanada de diversos tribunales tanto en Europa como en América.

Así lo precisó la Corte Constitucional italiana en fallo de 31 de marzo de 1961. En España, a su vez, lo señaló la judicatura en sendas resoluciones de 26 de noviembre de 1985 y 17 de enero de 1986).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español en diversos fallos también ha aceptado la consignación en materia laboral respetando el principio de razonabilidad y con las finalidades de asegurar la debida ejecución de la sentencia, evitar la pre-

---

55 Enrique Cury: *Derecho penal. Parte general,* t. I, p. 81.

56 Rol n.º 536/2006.

57 En el rol n.º 546/2006 se produjo un empate entre los ministros del TC respecto de la procedencia del pago previo con relación a las sanciones impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

sentación de recursos meramente dilatorios y a su vez afectar la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.[58]

A su turno, en materia tributaria es aceptada en ciertas legislaciones, como es el caso de Argentina[59] y Estados Unidos (bajo la fórmula *pay first, litigate later* o *full payment rule*).

La doctrina también ha sido crítica sobre la materia. Así, en España se ha indicado que el condicionamiento de la admisión de un recurso dirigido contra un acto declarativo del crédito a la efectiva satisfacción de este "limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para ese pago, imponiendo una indefensión absoluta a quienes no se encuentren en esa situación",[60] todo lo cual contravendría el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales. Incluso se ha sostenido: "Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que solo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta recientemente".[61]

A su turno, en Chile se ha afirmado:

> […] la notoria inconstitucionalidad de la exigencia de la previa consignación de una suma de dinero equivalente a un porcentaje de la sanción de multa impuesta por una autoridad administrativa, por cuanto ella vulnera de manera flagrante el derecho fundamental del afectado a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 n.º 3 de la Constitución), derecho que implica en sí mismo el derecho fundamental de acceso a la justicia y el derecho fundamental a una efectiva tutela judicial por parte de los tribunales en un debido proceso, racional y justo.[62]

3.4. Es reserva del legislador el establecer los tribunales contencioso administrativos

En un fallo pronunciado estos días, el TC ha reiterado que le corresponde al legislador el establecer los tribunales que deben conocer de las materias contenciosas administrativas, en virtud de lo establecido en los artículos 38 y 77 de la Carta Fundamental. Así se ha puntualizado:

> Como lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias dictadas el último año, la decisión de sustituir o modificar —en este caso— el sistema de justicia tributaria por los vicios de mérito que se sustentan en la impugnación constitucional planteada en este proceso, constituye una problemática que deberá decidir el legislador —en

---

58 Véanse, al efecto, sentencias de 28 de febrero y 14 de marzo de 1983.

59 Roberto Dromi: *Instituciones de derecho administrativo,* p. 256.

60 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de derecho administrativo,* t. I, 1981, p. 434.

61 Ibídem, t. II, 2002, p. 204.

62 Eduardo Soto Kloss: "La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el 'solve et repete' y el Estado de derecho", Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005, p. 104.

> actual proceso de modificación, por lo demás— dentro del marco de sus competencias mediante una ley orgánica constitucional.[63]

Se agrega:

> El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley, o más bien su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica.[64]

De este modo, como se ha precisado por esta jurisdicción constitucional, solo cuando el Congreso Nacional exceda su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que este haya incurrido.[65]

Esta magistratura también ha sostenido reiteradamente que el control constitucional que ejerce limita en el mérito del acto impugnado o controlado. En efecto, en este contexto, esta se ha afirmado:

> El Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley […] no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional.[66]

Ha agregado, adicionalmente el TC:

> En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Solo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que este haya incurrido.[67]

En suma:

> La Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de

---

63 Rol n.º 616/ 2006.

64 Ibídem.

65 Véase, entre otros, rol n.º 664/2006, considerando 22.º.

66 Rol n.º 591/2006, considerando 9.º.

67 Ídem. En el mismo sentido véanse, entre otros, los roles n.os 231, considerando 7.º; 242, considerando 3.º; 465, considerando 23.º; 473, considerando 11; 541, considerando 15.º y, recientemente, 786.

> los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas.[68]

Se trata, por lo demás, de una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes tribunales constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando:

> La Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquel del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución.

Concluye el tribunal galo, en el ámbito de una modificación a la ley penal:

> Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos.[69]

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado:

> La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad.

Explicando dicho espacio de libertad legislativa, este tribunal ha añadido:

> El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional.

Como ha indicado la doctrina hispana:

> El juicio del Tribunal se ha de circunscribir así a determinar la conformidad con la Constitución de la Ley impugnada. No es, por tanto, un juicio de valor acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque este es el campo de actuación en que han de moverse las distintas opciones políticas dentro del marco de la Constitución.[70]

En el mismo sentido, en Alemania se ha precisado:

> Mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para

---

[68] Rol n.º 535/2006, considerando 11.º. En el mismo sentido, rol n.º 517/2006, considerando 12.º.

[69] Véase David Dokhan: *Les limites du contròle de la constitutionnalité des actes législatifs*, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, esp. pp. 450 ss.

[70] Francisco Fernández Segado: *El sistema constitucional español*, 1992, p. 1085.

> examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa.[71]

De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales.[72]

Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional, que veda a dicho órgano de control constitucional "cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento".[73]

4. Conclusiones

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. En Chile *no existe un procedimiento único en materia contenciosa administrativa,* y más de un centenar de diversas acciones establecidas se prevén en leyes especiales dictadas al efecto.
2. En situaciones de excepción se ha permitido que la autoridad administrativa también ejerza *funciones jurisdiccionales,* como ocurre, por ejemplo, en materia tributaria, aduanera y municipal, debiendo en todo caso respetar las garantías de un debido proceso, particularmente el derecho a impugnar lo resuelto ante los tribunales superiores de justicia.
3. Una de las acciones que ha venido a tratar de resolver la falta de un contencioso administrativo ha sido el *recurso de protección* previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. De acuerdo con este, las cortes de apelaciones conocen de las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que amenacen, priven o perturben derechos constitucionales afectados por actos de autoridad de autoridad o particulares.
4. A ello debe agregarse la existencia de acciones de lato conocimiento, como, por ejemplo, la *nulidad de derecho público* que permite a un tribunal civil dejar sin efecto un acto de la autoridad administrativa que hubiere sido dictado sin sujeción a la Carta Fundamental, particularmente a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de esta.
5. Al Tribunal Constitucional le ha correspondido ir precisando los alcances y directrices que deben ir configurando los *procedimientos legales y los*

---

[71] Helmut Simon: "La jurisdicción constitucional", en *Manual de derecho constitucional,* 1996, p. 851.

[72] Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, t. 77, p. 170, II, en Jürgen Schwabe: *50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán,* 2003, p. 92 .

[73] Artículo 28 de la ley 87, del 11 de marzo de 1953.

actos de la administración en materia de fiscalización y aplicación de sanciones.

6. Entre dichos principios se reconoce el que la *potestad sancionatoria administrativa* debe sujetarse a parámetros fundamentales del *ius puniendi* como es la legalidad y *tipicidad* de la conducta que se sanciona. Del mismo modo, no debe obstaculizarse el derecho a impugnar ante un tribunal lo obrado por la administración en el ejercicio de sus facultades.
7. Finalmente, el TC ha reiterado que *le corresponde al legislador señalar los órganos jurisdiccionales* y, en general, los tribunales a los que les corresponda resolver las controversias entre la administración y los particulares afectados.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*

El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales

1. Posiciones constitucionales

No siempre una constitución incluye cláusulas relativas al procedimiento administrativo. En términos generales, y para el caso latinoamericano, pueden detectarse las tres siguientes posturas básicas:

a. silencio constitucional;
b. normas constitucionales reguladoras del procedimiento administrativo;
c. normas constitucionales reguladoras de la jurisdicción administrativa.

Analizaremos acto seguido estas posibilidades. La mención de las constituciones que se citan es a mero título ejemplificativo, y por tanto no agota el escenario normativo existente.

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid. Catedrático de Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. ‹nestorsagues@arnet.com›

2. Silencio constitucional

La constitución puede no referirse al procedimiento administrativo. Ello es así cuando considera que la cuestión no es fundamental y la deja en manos de la discreción legislativa. Tal actitud puede ser típica de constituciones antiguas (como la argentina, verbigracia, que data básicamente de 1853-1860).

Eso no quiere decir que el *procedimiento* y el *proceso*[1] administrativo queden necesariamente sin cobertura constitucional. Muchas veces, los operadores del sistema constitucional, y en particular los jueces y su órgano máximo de interpretación de la Constitución (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Sala constitucional ubicada en una Corte Suprema), van delineando verdaderas reglas jurídicas de nivel consuetudinario constitucional, construidas por dichos operadores, que las definen a menudo como normas inferidas o deducidas de algunos artículos constitucionales de tipo amplio, como por ejemplo los que regulan, en general, el debido proceso adjetivo y sustantivo. Así, los derechos a ser oído, a ofrecer prueba, a controlar su producción, a obtener una decisión judicial, son proyectados con frecuencia al mundo procesal administrativo.

En otros casos, son reglas de fuente internacional, como el Pacto de San José de Costa Rica, las que pueden colmar el silencio constitucional formal, sea por voluntad de los operadores locales, sea por voluntad del operador jurisdiccional internacional. Volveremos sobre el tema más abajo.

3. Reglas constitucionales sobre el procedimiento y el proceso administrativo

Algunas constituciones, por lo común de factura más moderna, contienen cláusulas que tratan puntualmente aspectos del tema que nos ocupa. Por ejemplo, la de Ecuador (artículo 196) señala que los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones (distintas de la judicial) e instituciones del Estado "podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley". En este caso, se trata de una regla constitucional de habilitación de: 1) competencia judicial de competencia para revisar actos administrativos, y 2) competencia legislativa para reglamentar el procedimiento o proceso del caso.

---

[1] La distinción entre *proceso* y *procedimiento* administrativo es polémica. Aquí seguimos la propuesta de entender al primero como algo que materialmente puede darse en cualquier sector de la administración, en tanto que el segundo estaría reservado cuando se desarrolla en la función jurisdiccional independiente y con los recaudos propios de esta, que se encarnan en el Poder Judicial. Véase Juan Carlos Cassagne: *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 378.

Otro ejemplo puede ser la constitución de Colombia, que en su artículo 29 anticipa que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", mientras que el artículo 238 prescribe que los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial podrán ser suspendidos provisionalmente, según lo regule la ley, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

A su turno, el artículo 49 de la constitución de Venezuela determina que las reglas del debido proceso se aplicarán a todas las actuaciones judiciales y administrativas, cuyos principios fundamentales son largamente expuestos en el mismo precepto (derecho a ser oído, presunción de inocencia, al juez natural, prohibición de confesión compulsiva, enunciado del *non bis in idem*, reparación por el error o retardo judicial, prohibición de los jueces no identificados, como los "jueces sin rostro", etcétera).

La constitución de Uruguay, probablemente la más extensa en el asunto que nos ocupa, atiende con cierta minuciosidad en su artículo 317 al recurso de revocación, que se interpone ante la autoridad administrativa que cumplió el acto impugnado; al recurso jerárquico, que debe articularse conjuntamente y en forma subsidiaria al de revocación; al recurso de anulación contra autoridad sometida a tutela administrativa, y a los de reposición y apelación, contra actos de los órganos de los gobiernos departamentales.

El artículo 318 alude al deber de las autoridades pertinentes de resolver los recursos administrativos y sobre cualquier petición que le presente el titular de un interés legítimo en la ejecución de un acto administrativo. Si no es decidido dentro de los ciento veinte días del momento que prevé el mismo artículo, se entenderá decisión negativa.

Por su parte, el artículo 319 aclara que la acción de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo no puede promoverse si previamente no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos pertinentes.

4. Reglas constitucionales sobre organización de la jurisdicción administrativa

Tal vez los casos más manifiestos sean los de Colombia y Uruguay, que han planificado tribunales administrativos autónomos y de alto nivel institucional, algunas veces con una suerte de paridad con la Corte Suprema o Tribunal Constitucional. De algún modo, se los podría entender como órganos constitucionales autónomos y hasta, por algunos, extrapoder.[2]

---

[2] Nos remitimos a nuestro trabajo "Los tribunales constitucionales como órganos extra-poder: roles y desafíos", en Tribunal Constitucional del Ecuador: *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, 2007, p. 309 ss., donde abordamos el tema de la distinción entre órganos constitucionales autónomos y órganos extrapoder, así como la caracterización jurídica de ambos.

La constitución colombiana, a partir del artículo 236, se ocupa "de la jurisdicción contencioso-administrativa" y menciona específicamente al Consejo de Estado como su autoridad máxima, dividido en salas y secciones conforme la ley lo disponga. Es un ente supremo en lo contencioso administrativo y conoce en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno nacional que no correspondan a la Corte Constitucional; entre otros roles, opera como órgano de consulta del Gobierno, prepara y presenta proyectos de actos de reforma de la constitución y proyectos de ley, conoce de los casos de pérdida de investidura de los congresistas, etcétera (artículo 237).

La constitución del Uruguay regula puntualmente "lo contencioso administrativo" en su artículo 307 y siguientes, comenzando por estructurar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, compuesto por cinco jueces según la ley lo disponga. Ellos deben tener las condiciones requeridas para ser juez de la Corte Suprema (artículo 308). El artículo 309 determina su competencia: demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la administración en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. También tiene jurisdicción para revisar los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los gobiernos departamentales, de los enes autónomos y de los servicios descentralizados.

Conforme al artículo 310 de la Constitución, el Tribunal no puede reformar el acto impugnado, sino confirmarlo o anularlo. Para declarar la nulidad por lesión a un derecho subjetivo, basta la mayoría de sus miembros, aunque todos deben emitir la resolución. En los demás casos, se necesitarán cuatro votos conformes.

Si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declara la nulidad del acto administrativo por lesionar un derecho subjetivo, su efecto se limitará al caso concreto; pero si la decisión se funda en "interés de la regla de derecho o de la buena administración", tiene consecuencias *erga omnes* (artículo 311).

Los artículos 314 y 315 de la Constitución se ocupan del procurador del Estado en lo contencioso administrativo. El artículo 320 se detiene en la creación por ley reforzada, con mayoría especial de votos, de órganos inferiores de la jurisdicción contencioso administrativa, y el 321, de la preparación del presupuesto del Tribunal por él mismo, que deberá remitir al Poder Ejecutivo, el que a su turno incorporará las modificaciones que estime pertinentes.

Por su parte, la constitución de Venezuela dispuso en su artículo 262 la erección, en el seno del Tribunal Supremo de Justicia (órgano equivalente a una Corte Suprema), de una Sala Político Administrativa, con competencia para dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte tenga alguna de esas entidades (salvo las disputas entre municipios de un mismo estado), y para declarar la nulidad de reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo nacional, cuando ello sea procedente.

5. Reglas procedentes e inferidas del Pacto de San José de Costa Rica.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos comienza su artículo 8.º diciendo:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, *o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*.[3]

En el numeral 2 se especifican las garantías fundamentales: presunción de inocencia, derecho a ser asistido con intérprete si no habla la lengua del juzgado, de que se le comunique la acusación que se le formula, de contar con medios adecuados para la preparación de su defensa, de defenderse personalmente o con un defensor de su libre elección, de contar con un defensor oficial si no nombra a uno privado, de ofrecer e interrogar a los testigos, de no ser obligado a declarar contra sí mismo, de recurrir ante un juez o tribunal superior, de no ser sometido a otro juicio por la misma causa, y de publicidad del proceso, salvo para preservar los intereses de la justicia.

En el caso *Tribunal Constitucional del Perú*, prorrogando la doctrina sentada en *Paniagua Morales y otros*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando dichas normas, ha puntualizado algunas pautas de especial interés. En concreto, apuntó primero que aquellas reglas "mínimas" del proceso penal rigen también "en general" en cualquier ámbito donde se determinen derechos y obligaciones, incluso, por ejemplo, en el denominado *juicio político.* En segundo lugar, todo órgano que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales (y que, según la Corte, puede no integrar el Poder Judicial, ya que se refiere a "cualquier autoridad pública, sea *administrativa*, legislativa o judicial",[4] debe cumplir con esos recaudos mínimos, y ser, entonces, competente, independiente e imparcial. En tercer término, cabe una revisión judicial, según el artículo 25 del Pacto, ante un órgano obviamente judicial, si se hubieren lesionado derechos provenientes del Pacto, de la constitución o de la ley.[5]

Esta importante tesis provoca una serie de consecuencias y de interrogantes:

a. La doctrina de la Corte Interamericana legitima la actuación de órganos administrativos, para la determinación de derechos y obligaciones, ya en el *procedimiento*, ya en el *proceso* administrativo, pero exige que ellos sean competentes, imparciales e independientes. Este recaudo no siempre será fácil de

---

[3] Destacado nuestro.

[4] Destacado nuestro.

[5] Sergio García Ramírez (coord.): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: UNAM, 2001, p. 820 ss.

obtener en la etapa del *procedimiento,* donde es frecuente, por ejemplo, que ciertos recursos —no todos— sean atendidos por la misma autoridad pública que emitió el acto impugnado, y que puede estar involucrada e interesada en su mantenimiento.

b. De no haber mediado una instancia ante el Poder Judicial, habrá que habilitarla en cierto momento, para cumplir con el artículo 25 del Pacto. En otras palabras, un procedimiento y un proceso administrativo llevados exclusivamente ante una autoridad administrativa y que fenezcan en ellas, violarían el Pacto.

c. Tanto en el procedimiento como en el proceso administrativo (sustanciado ante autoridad administrativa o judicial) se plantean ciertos interrogantes sobre la proyección de las reglas *mínimas* del proceso penal. Por ejemplo: ¿es factible ahora la absolución de posiciones? Esta podría entenderse excluida en el ámbito disciplinario, pero ¿qué decir del tema en otros asuntos discutidos en sede administrativa o judicial? Del mismo modo, si el problema carece de entidad penal, ¿tendrá siempre el administrado condenado a algo, a contar con una doble instancia o doble condena?[6]

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reglas penales "mínimas" del artículo 8.º del Pacto rigen "en general" en los demás fueros, de tal modo que sus operadores poseen una sugestiva cuota de adaptación sobre los alcances de esa proyección. A todas luces, el éxito de esa adaptación puede inevitablemente dar lugar a disputas, las que, en última instancia, tendrán que ser disipadas por la Corte Interamericana, como intérprete final del Pacto (según su artículo 67). No todas las pautas del proceso penal del artículo 8.º, ya citadas, resultan pues automáticamente transportables al procedimiento y al proceso administrativo: no caben aquí actitudes maximalistas o minimalistas que exageren o compriman la proyección. Esta debe ser prudente e inteligente a la vez, asumiendo las particularidades de cada sector del derecho. La aplicación irreflexiva o maquinal del bagaje penalista al

---

[6] Precisamente, en el caso *Marchal,* la Corte Suprema de Justicia de Argentina consideró que un tribunal inferior donde se plantease este interrogante, relativo al derecho de apelar contra una condena impuesta en sede administrativa jurisdiccional, debía pronunciarse explícita y adecuadamente sobre tal postulación, y si omite ese deber, incurre en arbitrariedad. Dos jueces de la Corte Suprema hacen una específica remisión al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictado en la causa *Tribunal Constitucional del Perú.* Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de abril del 07, en *El Derecho,* Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 11 de julio de 2007, p. 14, con nota aprobatoria de Roberto A. Punte: *El reciente fallo "Marchal" y la aplicación del* artículo *8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos a los actos administrativos de contenido jurisdiccional.*

[7] Sobre la elusión de las directrices de la Corte Interamericana sobre el debido proceso, en materia de *juicio político,* véase Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, pp. 161 ss.

ámbito administrativo (en particular al no disciplinario) puede ser dañosa, como lo sería también la elusión de postulados clave del debido proceso penal que también deben regir en los espacios procesales de la administración.[7] En definitiva, todo conduce a una perspectiva de razonabilidad, donde hay que combinar, como diría Max Weber, la ética de las convicciones o principios con la ética de las responsabilidades, o de las consecuencias.[8]

El debate, entonces, está abierto, y no hay en él soluciones ya hechas, decididas por el propio Pacto, sino respuestas por elaborar por sus operadores.

5. Conclusiones

No es indispensable que un Estado incluya en su Constitución reglas concernientes al procedimiento y al proceso administrativo, o a la diagramación de la jurisdicción administrativa, si una legislación adecuada y una jurisprudencia constitucional aditiva proyectan en ambos asuntos las bases esenciales del debido proceso en general. Mucho depende del *mercado constitucional* local, en el sentido de la demanda social de normativización que eventualmente exista, y del comportamiento de los operadores constitucionales y subconstitucionales para actualizar correctamente un texto constitucional antiguo o silencioso sobre aquellas cuestiones.

De todos modos, si el constituyente estima conveniente incursionar en tales temas, respondiendo a demandas sociales de normativización, hará una buena gestión en la medida en que redacte adecuadamente las prescripciones del caso.

El silencio constitucional puede también cubrirse según las pautas que provengan de la jurisdicción supranacional (léase, para el caso latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), que ya ha elaborado algunas directrices al respecto, cuyo cumplimiento parece obligado para los países involucrados en un sistema jurisdiccional regional. Esas pautas pueden incluso exigir modificaciones en la legislación vigente en cada país, si esta resulta incompatible con las referidas líneas jurisprudenciales.

También debe subrayarse, para Latinoamérica, que las guías elaboradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia dejan un buen margen de construcción discrecional por los operadores nacionales acerca de cómo efectivizarlas.

---

[8] Cf. Max Weber: *El político y el científico* (sin mención de traductor), Buenos Aires: Libertador, 2005, p. 72.

VI. Derecho de la integración

- *Regina Ingrid Díaz Tolosa (Chile)*
  Pautas de interpretación de los tratados internacionales derivadas del deber de promoción de los derechos humanos impuesto a la judicatura chilena por la Constitución Política

- *Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)*
  Análisis crítico de la teoría del acto aclarado:
  su posible aplicación en la interpretación prejudicial andina
  como garantía de consagración del juez nacional
  como juez comunitario andino

- *Waldemar Hummer (Austria)*
  Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur.
  Retiro de la Comunidad Andina (CAN) y adhesión al MERCOSUR

- *Francisco J. Menin (Argentina)*
  Las regiones, provincias y municipios en los procesos
  de integración regional

Regina Ingrid Díaz Tolosa (Chile)*

Pautas de interpretación de los tratados internacionales derivadas del deber de promoción de los derechos humanos impuesto a la judicatura chilena por la Constitución Política**

1. Introducción

Los derechos humanos son una materia común al derecho internacional y al derecho interno; estos ordenamientos coexisten en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona,[1] pero, aunque se complementan, se influyen y se enriquecen mutuamente,[2] su análisis no puede yuxtaponerse sin más, como si nos encontráramos ante dos simples variantes de una misma fuente, sino que hay que diferenciarlos como se merecen.

La tarea de aplicación de un ordenamiento jurídico por los órganos jurisdiccionales exige una actividad de interpretación y una justificación jurídica de sus decisiones.[3] Así pues, al aplicar una norma de derecho internacional los jueces no pueden mencionarla sin más, sino que es necesario que hagan una interpretación del contenido y el alcance de la disposición, indicando los criterios utilizados. Se sabe que existen ciertos principios generales para la interpretación de los tratados, pero

---

* Abogada y doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. ‹ridiaz@uc.cl›.

** Este texto es una versión revisada de la monografía presentada para aprobar el curso Introducción a los Derechos Fundamentales, dictado por el doctor Eduardo Aldunate Lizana, dentro del programa de Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile en el primer semestre académico del año 2007.

1 Cf. Dulitzky (1996), pp. 130-132.

2 Cf. Cea (1997), p. 85 y 86; Dulitzky (1996), p. 130; Medina (1994), p. 9.

3 Pi (1999), p. 62.

¿son los tratados interpretados de la misma forma por los jueces internacionales y por los nacionales?, ¿la práctica internacional tiene fuerza vinculante en el ámbito nacional?[4]

La Constitución Política de la República de Chile no ofrece una respuesta explícita a estas interrogantes; no existen cláusulas interpretativas que indiquen con qué parámetros se ha de realizar el análisis de la normativa internacional. Por tanto, habrá que buscar las respuestas en la doctrina y la jurisprudencia.

Para averiguar qué criterios se han de utilizar para la interpretación de los tratados internacionales, primero se ha de examinar la Constitución y determinar cuáles disposiciones sería necesario considerar. La Constitución chilena se encuentra en deuda con el derecho internacional y no le otorga el tratamiento requerido hoy, en un sistema democrático de Estado de derecho inserto en un mundo interrelacionado o globalizado. Las únicas disposiciones que existen tienen relación con el mecanismo de conclusión y de incorporación de los tratados, pero el texto ni siquiera es claro en este último punto.

A partir de la Reforma Constitucional de 1989 que incorpora el inciso 2.º del artículo 5.º de la Constitución,[5] en la doctrina y la jurisprudencia nacionales se han ventilado diversas teorías acerca de la jerarquía o el rango que tendrían los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, pues la norma no lo establece explícitamente, con la férrea idea de que ello solucionará los problemas de aplicación e interpretación de los tratados. Esto se puede resumir del siguiente modo: si el tratado tiene rango de ley, la Constitución siempre preferirá al tratado en caso de conflicto; en cambio, para quienes postulan que el tratado tiene jerarquía constitucional, habrá que estar a los criterios de especialidad y de temporalidad a fin de determinar cuál norma servirá para resolver un caso concreto. Sin embargo, este raciocinio que parece útil y simple nada aporta, más allá de generar disparidad jurisprudencial, pues las diversas posturas están avaladas por destacados partidarios, variados antecedentes y argumentos tan convincentes y certeros que permiten sustentar cualquiera de ellas.[6]

Es patente que la Constitución chilena carece de una pauta concreta entregada a los operadores jurídicos acerca de cómo deben interpretarse las normas relativas a los derechos humanos; por tanto, es necesario remontarse al contexto histórico que se vivía en el momento de la incorporación del artículo reformado, a fin de conseguir ciertos indicios de cómo se debería proceder para interpretar de manera adecuada los tratados internacionales.

---

[4] Cf. Robertson (ed.) (1968), p. 226.

[5] Artículo único de la Ley de Reforma Constitucional n.º 18825, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de agosto de 1989: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

[6] En el mismo sentido, Vivanco (1997), p. 71.

Así pues, se constata que esta disposición es ante todo una cláusula impuesta a los órganos del Estado con la finalidad de que ellos respeten, protejan y promuevan los derechos humanos. Al considerar este deber, y que los derechos humanos son anteriores al Estado y a cualquier orden escrito que los consagre, y también la naturaleza de la fuente internacional convencional, se estima que las pautas de interpretación que los jueces nacionales han de seguir en sus foros deben estar dirigidas por ciertos principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, y en especial, por las cláusulas de interpretación contenidas en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*[7] y las pautas específicas contenidas en diversos tratados sobre derechos humanos (verbigracia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*).[8]

2. Incorporación de los tratados sobre derechos humanos al ordenamiento jurídico chileno

2.1. El artículo 5.º, inciso 2.º, como posible cláusula de jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos

En la doctrina chilena, desde la Reforma Constitucional de 1989 que introduce la norma del inciso 2.º del artículo 5.º, se discute cuál sería la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, con el afán de determinar qué norma es aplicable, si la internacional o la interna, ante un caso concreto al que se deba dar solución y en el que estas normas se encuentren en conflicto, ya sea por el contenido, ya sea por la extensión que se consagra de los derechos fundamentales en cada una de estas fuentes.

Desde aquella fecha se han realizado varios seminarios o conferencias destinadas a tratar el tema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Las ponencias o trabajos se han publicado en diversas revistas chilenas de derecho, de manera monográfica o reproduciendo las jornadas. Así por ejemplo, se ocupan del tema la *Revista Chilena de Derecho,* vol. 20, n.os 2 y 3 (1993), que reproduce las *XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, mientras el vol. 23 (1996), n.os 2 y 3, trata de la aplicación del derecho internacional en Chile; la revista de derecho de la Universidad del Desarrollo, *Actualidad Jurídica,* n.º 2 (julio 2000), y la revista de la Universidad de Talca *Ius et Praxis,* vol. 2, n.º 2 (1997), sobre *Constitución y tratados internacionales,* y el vol. 9, n.º 1 (2003), que transcribe el seminario *Derechos humanos, constitución y tratados internacionales.* A estas fuentes se han de agregar varios artículos publicados en forma diseminada en otras revistas, nacio-

---

[7] Decreto n.º 3633, "Aprueba Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita el 23 de mayo de 1969", publicado en el *Diario Oficial* el 11 de marzo de 1981.

[8] Denominada también Pacto de San José de Costa Rica, publicada en el *Diario Oficial* el 5 enero 1991.

nales y extranjeras, por constitucionalistas e internacionalistas, y numerosas tesis para optar al título de licenciado en Derecho en universidades chilenas.

De la lectura de estas fuentes se constata la existencia de diversas teorías, a saber: los tratados tienen rango de ley; los tratados sobre derechos humanos tienen rango supraconstitucional; los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional; los derechos fundamentales contenidos en los tratados tienen rango constitucional; los tratados sobre derechos humanos tienen rango supralegal pero infraconstitucional.

La doctrina tradicional[9] y el Tribunal Constitucional[10] consideran que los tratados tienen rango de ley, por las siguientes consideraciones: los tratados para su aprobación deben someterse a los mismos trámites que una ley;[11] los tratados internacionales están sometidos a control de constitucionalidad;[12] de otra forma se alteraría el mecanismo de reforma constitucional;[13] por la historia fidedigna de la Constitución (sesión n.º 371, 16 mayo 1978).[14] De acuerdo con esta teoría, en caso de conflicto, normalmente las disposiciones de la Constitución prevalecen sobre las del tratado, incluso respecto de aquellos que versan sobre derechos humanos.[15]

En el otro extremo, algunos sostienen[16] que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango supraconstitucional y, por tanto, preeminencia sobre la Constitución en caso de conflicto entre normas internacionales y constitucionales. Arguyen que los derechos fundamentales son universales e internacionales, por lo que el tema salta las fronteras y deja de ser una cuestión exclusiva de las jurisdicciones locales.

Las posturas intermedias otorgan a los tratados de derechos humanos,[17] ya un rango constitucional, ya un rango supralegal pero infraconstitucional. La primera considera que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango

---

9 Doctrina compartida por Benadava (1992), p. 59; Bertelsen (1996), p. 220; Mohor y Fiamma (1994), p. 115; Orrego (1993), p. 67; Ríos (1997), p. 101; Vivanco (1997), pp. 70-76, entre otros.

10 Verbigracia, *Requerimiento con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del Tratado entre Chile y Argentina sobre integración y complementación minera* (2000), considerando 31; *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (2002), considerandos 65 a 74.

11 Mohor y Fiamma (1994), p. 115; Orrego (1993), p. 66.

12 Bertelsen (1996), pp. 219-220; Mohor (1990), p. 176; Mohor y Fiamma (1994), pp. 121-122; Orrego (1993), p. 65; Ríos (1997), pp. 110 y 111; *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (2002), considerandos 68 y 69.

13 Orrego (1993), p. 64; Ríos (1997), p. 111; Vivanco (1997), p. 70; *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (2002), considerandos 65, 68, 69, 70 y 74.

14 Mohor y Fiamma (1994), p. 116 .

15 Cf. Ibídem, p. 118.

16 Verbigracia, Pacheco (1993), pp. 897-899.

17 Los tratados comunes, que no versan sobre derechos humanos, solo tendrían un rango legal.

constitucional[18] y se entienden incorporados a la Constitución, pues el artículo 5.º se encuentra dentro del capítulo I de la Constitución, relativo a las "Bases de la institucionalidad".[19] Así, estos tratados constituyen derecho constitucional material,[20] pues se trata de principios y normas que la Constitución declara, en el artículo 5.º, inciso 2.º, incorporadas a ella, con tanta o más supremacía que cualquier otro artículo de la Carta Fundamental, y por ello son preeminentes sobre la ley y a cualquier otra norma constitucional cuando se utilizan los criterios para resolver antinomias de especialidad y temporalidad.[21] Incluso, de esta forma advierten que los tratados internacionales sobre derechos humanos se convertirían en un mecanismo secundario de reforma de la Constitución establecido por el propio constituyente.[22]

Una variante de esta postura se encuentra en quienes piensan que los derechos sustantivos contenidos en los tratados tienen rango constitucional, no obstante tener el tratado en su conjunto solo rango legal. En todo tratado es posible distinguir las normas sustantivas del derecho humano de las organizacionales y las de procedimiento; la intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado.[23] En caso de incompatibilidad entre los derechos garantidos en tratados y los garantidos en la Constitución, los tribunales han de dar preferencia a la norma sustantiva que mejor asegure el derecho humano; en cambio, en las normas organizacionales o de procedimiento podría prevalecer la Constitución de 1980.

Finalmente, algunos[24] ubican a los tratados internacionales sobre derechos humanos en una posición intermedia en la pirámide jerárquica de fuentes, entre la ley y la Constitución. De esta manera, entonces, en el derecho interno ha de prevalecer todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado, siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales.

Tras esta breve sinopsis de la doctrina y la jurisprudencia nacionales acerca de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se puede constatar que cada una de estas teorías no soluciona los problemas de aplicación e interpretación de los tratados sobre derechos humanos; intentar determinar qué norma (interna o internacional) prima y cuál es desplazada solo genera disparidad jurisprudencial, pues las diversas posturas tienen fundamentos tan válidos que cualquiera

---

18 Postura esgrimida, entre otros, por Cea (1997), p. 83; Cumplido (1996), p. 258; Medina (1994), p. 67; Nogueira (1996), pp. 344, 351 y 355; Rossel (1997), p. 116.

19 Cea (1997), p. 82.

20 Cea (1997), p. 83; Nogueira (1996), pp. 344 y 355.

21 Cf. Cumplido (1996), p. 258; Nogueira (1996), p. 352; Pinochet (1990), p. 15.

22 Nogueira (1996), pp. 353-354.

23 Cumplido (1996), pp. 257-258; Cumplido (2003), p. 370, reafirma su postura, indicando: "lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos no la parte adjetiva del tratado"; Pinochet (1990), p. 9.

24 Verbigracia, Tapia (2003), pp. 352 y 353.

de ellas se puede defender fácilmente, y, por otra parte, no nos entregan criterios de interpretación.

2.2. El artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución Política es una cláusula declarativa de deberes impuestos a los órganos del Estado en aras de la protección de la persona

No es necesario detenerse o abocarse a agregar argumentos para defender la teoría sobre jerarquía de los tratados que se cree correcta si en la práctica nada aporta. Quizás sea más eficaz realizar una interpretación del artículo reformado en comento que entregue ciertas directrices que permitan a los jueces realizar una debida interpretación de las normas internacionales.

La reforma constitucional de 1989 solo ha introducido en el ordenamiento jurídico chileno un reforzamiento de la defensa de los derechos humanos,[25] una fórmula débil que solo se refiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos como fuente complementaria de derechos, sin hablar de jerarquías y sin colocarlos como pautas interpretativas de la normativa interna.[26] No obstante, se ha de considerar que la Constitución es un conjunto normativo sistemático y unitario en el que además del texto escrito hay que tomar en cuenta su espíritu y su raíz histórica.[27]

Así pues, se ha de recordar el origen de esta disposición: la cláusula se introduce en un contexto político de cambio; de una dictadura a un gobierno democrático, cuyo propósito era robustecer los derechos humanos, y así asegurar una democracia estable.[28] Luego, se deduce que la intención, en materia de derechos fundamentales, no era circunscribirse solo al artículo 19 de la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en la época de la introducción de la reforma, sino que se reconoce implícitamente que los derechos que emanan de la naturaleza humana no son enumerados taxativamente;[29] con el tiempo se pueden perfeccionar los existentes y desarrollar otros antes ignorados.[30]

Esto se refuerza con la frase de la disposición "Derechos esenciales de la naturaleza humana", es decir, no solo se consideran los catálogos de derechos incluidos

---

[25] Cumplido (1996), p. 258; Nogueira (1993), p. 57; Nogueira (1996), p. 351; Ríos (1997), p. 102.

[26] Manili (2003), p. 124.

[27] Bidart (1987), p. 235.

[28] Cf. Cumplido (1996), pp. 255-256; Cumplido (2003), p. 366; Medina (1994), pp. 41-42; Tapia (2003), p. 353.

[29] Cf. Cea (1997), p. 89; Cumplido (2003), pp. 369 y 370; Ríos (1997), p. 102.

[30] Nogueira (1993), p. 58; Nogueira (1996), p. 352; Manili (2003), pp. 46-47, esto es lo que se conoce como el principio de progresividad de los derechos humanos, una tendencia manifiesta hacia la extensión de los derechos humanos, tanto en el número como en el contenido de los derechos protegidos. Al parecer, Nogueira (2005), p. 399, confunde este principio de progresividad con el principio de protección máxima, que se explica en el apartado 3.1.1.*a* de este artículo.

en la Constitución y en los tratados, sino también todos aquellos inherentes a la persona humana, los cuales son anteriores y previos a cualquier derecho positivo.[31]

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, indicando expresamente que el límite de la soberanía lo constituyen los derechos esenciales del hombre:

> […] la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5.º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.[32]

Esta cláusula reconocedora de derechos implícitos o no enumerados[33] es sobre todo una declaración que establece deberes de respeto a los derechos humanos para todos los órganos del Estado[34] y reconoce el carácter vinculante de los instrumentos de derecho internacional[35] convencional:

> […] la enmienda constitucional tuvo por objeto reforzar el avance de los derechos humanos, al establecer como deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos e igualar los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental con los incluidos en los tratados internacionales.[36]

---

[31] Cf. Bertelsen (1996), p. 218; Cumplido (1996), p. 258; Medina (1994), p. 29; Nogueira (1996), pp. 351 y 352; Orrego (1993), p. 65, n. 21; Pinochet (1990), p. 9; Tapia (2003), p. 364.

[32] *Contra Romo Mena* (1996), considerando 4.º; *Detención ilegal de Poblete Córdova* (1998), considerando 10; *Muller con Fisco* (2007), considerando 8.º; *Contra Romo Mena* (1994), considerando 7.º, agrega: "[…]a mayor abundamiento, la Constitución establece como pilares esenciales de su ordenamiento jurídico en sus artículos 1.º, 5.º inciso 2.º y 19 numeral 26, la dignidad de la persona humana y los derechos humanos esenciales que emanan de ella, a cuya luz debe interpretarse todo el ordenamiento jurídico. a) Que el constituyente en el artículo 5.º inciso segundo de la Carta Fundamental, determinó que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos esenciales que emanan de la naturaleza humana, lo que, de acuerdo a la historia fidedigna de la Constitución, no son solo aquellos expresamente establecidos en el texto constitucional, sino cualquier otro existente o que se reconozca como tal en el futuro, como quedó constancia en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión n.º 203 de mayo de 1976".

[33] Cláusula de derechos implícitos que ha sido reconocida por la jurisprudencia; verbigracia, *Contra Romo Mena* (1994), considerando 7.º f): "[…] en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución, existen derechos constitucionales implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los que pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son constitución en sentido formal, sí son constitución en sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto, al poder constituyente derivado y a los poderes constituidos o instituidos".

[34] Cf. Bertelsen (1996), p. 221; Dulitzky (1996), p. 149; Nogueira (1996), p. 352; Pfeffer (2003), p. 478; Pinochet (1990), p. 11; Ríos (1997), pp. 104 y 112.

[35] Cf. *Muller con Fisco de Chile* (2007), considerando 13.

[36] *Contra Lauriani Maturana y Krassnoff Martchenko* (2005), considerando 57.

Nogueira ha sugerido perfeccionar esta cláusula otorgando mayor seguridad jurídica en materia de derechos fundamentales, complementándola con una disposición interpretativa en la que se plasmen principios tales como la preeminencia del derecho internacional en la medida en que contenga normas más favorables a las establecidas por el derecho interno, la aplicación directa e inmediata de las normas internacionales por los tribunales nacionales, el principio de progresividad y los derechos implícitos. Incluso propone incorporar el concepto de *bloque de constitucionalidad* para referirse a los derechos esenciales y sus garantías consagrados en la Constitución y en diversos tratados sobre derechos humanos que enumera, y colocar a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados sobre derechos humanos como pautas o guías de interpretación de los derechos fundamentales.[37]

3. Deber de respeto y de promoción de los derechos garantizados en tratados internacionales

La cláusula de deber de respeto y de promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile implica que "los órganos del Estado deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan el goce de los derechos".[38] Así, corresponde al legislador cumplir sus atribuciones de conformidad con los tratados internacionales, en especial en relación con la tarea de armonizar la legislación interna con las normas internacionales. Los tribunales también se ven obligados a realizar esta armonización, pero para el caso particular, al resolver casos concretos sometidos a su jurisdicción, han de regirse por procedimientos que aseguren el debido proceso garantizado en múltiples convenciones y aplicar en sus decisiones los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente todos los funcionarios del Poder Ejecutivo deben actuar de un modo acorde con las obligaciones asumidas por el Estado en materia de derechos humanos.[39]

---

37 Nogueira (2005), pp. 400-401.
38 Nogueira (1996), p. 353.
39 Cf. Dulitzky (1996), p. 160.

3.1. Deber general de respeto del derecho internacional

3.1.1. Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos que considerar

a) *Principio pro homine.* Los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos se complementan unos con otros para dar a los derechos fundamentales una protección máxima, y debe aplicarse el *principio de la preeminencia de las garantías más favorables*.

Sin embargo, la teoría del estándar máximo de protección no está exenta de problemas. Hablar en términos de *mayor grado de protección* significa siempre recurrir a criterios de valoración que dependen en última instancia de la subjetividad político-moral de quien realiza la afirmación. No es correcto hablar de estándar alto o bajo, porque decidir si un derecho está mejor o peor protegido depende de un juicio de valor previo, que prima unos intereses sobre otros. En definitiva, considerar cuál es el estándar máximo es un juicio de valor opinable.[40]

Pese a esta crítica, se ha de considerar que el estándar de protección máxima se relaciona con el principio *pro homine*, regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del hombre.[41] Esta puede ser usada como pauta hermenéutica que contiene parámetros precisos para hacer la elección: se ha de aplicar aquella norma más específica al fin de protección de los derechos humanos, más favorable a la víctima[42] o más beneficiosa para el sistema de derechos.[43]

Es destacable que frente a este principio toda pretensión de jerarquía es inútil. Aquí se aniquila la vieja discusión entre monistas y dualistas, pues en virtud de este principio se puede utilizar la norma internacional o la norma interna; lo que importa es cuál de ellas otorga una mayor protección a los derechos humanos. Por tanto, actúa como un corte transversal entre ambas fuentes de derechos, la interna y la internacional.[44]

b) *Principio pro actione.* Este principio se desprende de las normas referidas a la tutela judicial efectiva de los derechos y al derecho al acceso de la justicia; verbigracia, el artículo 8.º sobre garantías judiciales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En materia hermenéutica ello implica que en cada caso el juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo

---

40 Pi (1999), pp. 73-74.

41 Henderson (2004), pp. 87 y 91.

42 Principio *favor debilis*, aquel por el cual debe tomarse en cuenta, en una relación jurídica, si una de las partes se encuentra en una situación de inferioridad respecto de la otra (Manili [2003], p. 223).

43 Cf. Ibídem.

44 Cf. Henderson (2004), p. 93; Manili (2003), p. 222.

siempre su rechazo *in limine*.[45] En caso de duda entre abrir o no una determinada vía procesal en defensa de un derecho humano, por aplicación de este principio hay que estar a la respuesta afirmativa.[46]

c) *Autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos.* Estos tratados son directamente aplicables por los jueces nacionales que conozcan de un caso.[47] Sin embargo, se ha de considerar que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos creados por estas normas funcionan en forma subsidiaria al sistema judicial de cada Estado. En otras palabras, la parte sustancial de la normativa —es decir, la que consagra derechos y garantías— es de aplicación inmediata, mientras que la parte procesal —es decir, la que regula los mecanismos de protección internacional— es de aplicación subsidiaria. Esto se debe a la regla del agotamiento previo de los recursos judiciales internos antes de acudir a los órganos internacionales, aunque es un principio que tiene excepciones: si existe denegación o retardo injustificado de justicia, si los recursos no existen en la legislación interna o son ineficaces; verbigracia, si son inaccesibles por falta de asistencia legal o por el costo del trámite.[48]

Aunque la Constitución no reconozca esta característica de aplicación directa de estos tratados, los tribunales deben implementarla en sus sentencias, pues si rehusaran darle aplicación comprometerían la responsabilidad internacional del Estado.[49] Además, se ha de considerar que si las cláusulas carecen de precisión normativa que permita su aplicación directa, pues no son suficientemente completas y detalladas,[50] el Estado no podrá alegar la falta o insuficiencia de su legislación interna para dejar de cumplir o aplicar las disposiciones de un tratado.[51] Corresponderá al Estado, entonces, dictar dentro de un tiempo razonable la legislación complementaria necesaria para dar a esas disposiciones operatividad en el plano interno.[52] Y, en todo caso, estas cláusulas deben servir de orientación para fomentar la realización de los derechos humanos[53] por los jueces nacionales. La excepción sería que la norma internacional tuviera una estructura que estableciera una facultad al Estado o le otorgase la posibilidad de determinar el procedimiento para su aplicación.[54]

---

45 Manili (2003), p. 225.
46 Manili (2003), p. 226.
47 Cf. Robertson (ed.) (1968), p. 101; Veloso (1977), p. 271.
48 Manili (2003), pp. 45-46.
49 Cf. Robertson (ed.) (1968), p. 102.
50 Cf. Bertelsen (1996), p. 221.
51 Nogueira (2005), p. 399.
52 Cf. Benadava (1992), pp. 42-43; Pfeffer (2003), p. 479; Rossel (1997), p. 118; *Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio n.º 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo* (2000), considerando 48.
53 Cea (1997), p. 87.
54 Nogueira (2006), p. 16, n. 2.

3.1.2. Imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales: artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo pueden agregar o mejorar los derechos ya asegurados en la Constitución, sino que pueden incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales preexistentes. En tal caso, el criterio para juzgar tales derechos no es si el tratado está conforme o no a la Constitución; el razonamiento medular consiste en determinar si el tratado origina un mejoramiento en la certeza y garantía de los derechos esenciales del ser humano, en virtud del *principio pro homine*.[55]

Al respecto, se ha de considerar que, como es obvio, no hay problemas si la norma constitucional concuerda con la del tratado.[56] Si la ley interna contiene las mismas garantías que los tratados o incluso entrega mayor protección, las reglas del tratado nunca se invocan,[57] pues el Estado se obliga a garantizar un mínimo de derechos a las personas sujetas a su jurisdicción, pero nada le impide reconocer en su derecho interno más derechos o reconocerlos en mayor medida que los instrumentos internacionales.[58] Tampoco debiera existir inconveniente si la norma internacional excede en contenido o número de derechos garantidos a la Constitución chilena, pues en tal caso el funcionario debería aplicar la norma internacional en virtud del reconocimiento de derechos (esenciales de la naturaleza humana) implícitos.[59]

Ahora bien, se suelen presentar problemas si el tratado contempla las garantías de forma más extensa y sus cláusulas son invocadas por los individuos en los tribunales nacionales.[60] En tal caso, si el juez nacional aplica el ordenamiento jurídico interno, se puede generar un hecho ilícito que comprometa la responsabilidad internacional del Estado,[61] ya que este no puede invocar su derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales.[62] Así lo establece expresamente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.[63]

La jurisprudencia nacional ha hecho referencia directa a este deber, indicando, por ejemplo:

---

55 Cf. Nogueira (1993), pp. 59-60; Nogueira (1996), pp. 354 y 356.

56 Gómez (1993), p. 81.

57 Cf. Robertson (ed.) (1968), pp. 238 y 264.

58 Cf. Cumplido (1996), p. 258; Medina (1994), p. 9.

59 Gómez (1993), p. 81.

60 Cf. Robertson (ed.) (1968), p. 238.

61 Benadava (1992), p. 58; Nogueira (1996), pp. 349-350.

62 Cf. Benadava (1992), p. 44; Cumplido (2003), p. 368; Manili (2003), pp. 3 y 256; Nogueira (1996), pp. 345, 350 y 358; Pfeffer (1997), pp. 68 y 71; Pfeffer (2003), p. 473; Pinochet (1990), p. 17; Robertson (ed.) (1968), pp. 12 y 27; Rossel (1997), p. 118; Tapia (2003), p. 358.

63 Cf. Nogueira (1993), p. 54; *Contra Romo Mena* (1994), considerando 6.º, letra *j*.

> […] la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado; y que un Estado no puede invocar su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.[64]

Así pues, si se compartiera la tesis de que el tratado tiene jerarquía de ley, jamás se podría sostener, en virtud del principio en comento, que una ley interna posterior sobre la misma materia sobre la que versa un tratado derogara este, pues es imposible invocar al derecho interno para desconocer los compromisos internacionales adoptados. Además, es menester en este punto mencionar el inciso 5.º del artículo 54, n.º 1, de la Constitución de 1980, actualmente vigente, introducido en la reforma constitucional del 2005,[65] pues señala que "las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios y tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional".[66]

3.1.3. Deber de armonizar la legislación interna con las normas internacionales

La manifestación positiva del principio de la imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales se traduce en el deber del Estado de adoptar medidas internas para armonizar la legislación interna con el orden internacional, y hace que no solo el intérprete sea el que tenga la tarea de armonizar estas normativas; también el constituyente y el legislador deberán preocuparse por la adecuación de la normativa vigente.[67]

Esto se explicita en el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la parte I, capítulo I, donde se trata de los deberes de los Estados: *deber de adoptar disposiciones de derecho interno.* Si el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención "no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

---

64 *Contra Lauriani Maturana y Krassnoff Martchenko* (2005), considerando 50; cf. *Contra Romo Mena* (1995), considerando 14.

65 Ley de Reforma Constitucional n.º 20050, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto de 2005, artículo 1.º, n.º 26; cf. Nogueira (2005), p. 87.

66 Mohor y Fiamma (1994), pp. 117-118, también llegan a esta conclusión, pero al aplicar el *principio de distribución de competencia:* "[…] teniendo el tratado y las diversas clases de leyes órbitas de competencia autónomas no podrían estas invadir el campo competencial del tratado, el que únicamente sería modificable o derogable según las normas del propio tratado o del Derecho Internacional". Agregan, p. 118, que en la sesión n.º 371 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución quedó expresa constancia de que "una ley no puede modificar un tratado".

67 Cf. Manili (2003), p. 227; Pfeffer (2003), p. 480.

Por su parte el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[68] indica:

> Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Pfeffer[69] indica ejemplos de esta adecuación legislativa: reforma constitucional de 1991,[70] que otorga amnistía, indulto y libertad provisional a los imputados de delitos terroristas; modificación del Código Civil,[71] que suprime la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos; el nuevo Código Procesal Penal,[72] que incorpora variadas garantías judiciales antes inexistentes para los imputados.

3.2. Pautas de interpretación de los tratados internacionales derivadas del deber de promoción de los derechos humanos

En los casos jurídicos sometidos a su resolución, con el fin de no comprometer la responsabilidad del Estado, el juez nacional debe intentar armonizar en el mayor grado posible,[73] con una interpretación sistemática y finalista,[74] los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello se basa en la presunción de que el legislador no tuvo la intención de infringir las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.[75]

En esta labor se ha de recordar que se está ante un todo orgánico que tiene un mismo fin: la mayor protección posible de los derechos y libertades fundamentales

---

68 Decreto n.º 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, "Promulga Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución n.o 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha", publicado en el *Diario Oficial* el 29 de abril de 1989.

69 Pfeffer (2003), p. 480.

70 Ley de Reforma Constitucional n.º 19.055, publicada en el *Diario Oficial* el 1 de abril de 1991.

71 Ley n.º 19585, "Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación", publicada en el *Diario Oficial* el 26 de octubre de 1998.

72 1.ª edición oficial aprobada por decreto n.º 1001 del Ministerio de Justicia, publicada en el *Diario Oficial* el 30 de octubre de 2000.

73 Es útil recordar la definición del Real Academia Española de *armonizar:* "poner en armonía o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin".

74 Cf. Benadava (1992), p. 26; Nogueira (1993), p. 54; Robertson (ed.) (1968), p. 223.

75 Benadava (1992), pp. 26, 27 y 46; Veloso (1977), p. 272.

de la persona humana.[76] Ello se traduce, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, en que:

> El intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución.[77]

Así pues, en este afán de interpretación armónica y conciliadora, se han de considerar una serie de pautas de interpretación de los tratados internacionales provenientes del derecho internacional y del derecho interno, y se ha de conocer cuán vinculante es la práctica internacional en el ámbito nacional. El juez nacional cuenta con reglas de interpretación derivadas de los propios tratados internacionales en general, especiales de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y con reglas del derecho interno, todo lo cual debe procurar armonizar de un modo lógico y sistemático.[78]

En Chile, las cláusulas de interpretación de los tratados en general son aplicables en virtud de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, vigente en el país desde 1981. Por su parte, los tratados sobre derechos humanos suelen contener pautas especiales de interpretación que obligan al Estado como parte contra-

---

[76] Así, Cea (1997), p. 85, destaca que "las Constituciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos *responden a una misma lógica*. Esa lógica se convierte, en lo que se denomina […] la Parte Dogmática de la Constitución, vale decir, la razón de ser o el *thelos* del Constitucionalismo, esto es el reconocimiento y protección de la dignidad y los derechos fundamentales del hombre"; cf. Cumplido (2003), p. 374; Manili (2003), p. 215. La jurisprudencia al respecto ha indicado, verbigracia, *Contra Romo Mena* (1994), considerando 7.º *e:* "[…] en materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección a los derechos de la persona humana, valor y principio fundamental y clave esencial para la interpretación de todo nuestro ordenamiento constitucional como también lo establece la Constitución Política de la República en sus artículos 1.º, 5.º inciso 2.º y 19 n.º 26, en una interpretación sistemática y finalista. Existe así una plena armonía entre el derecho convencional internacional vigente en Chile en materia de derechos humanos y la Carta Fundamental".

[77] *Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio n.º 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo* (2000), considerando 3.º. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala: "[…] la Carta Fundamental es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinando de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella" (*Requerimiento de inconstitucionalidad del decreto supremo n.º 1412, de 21 de agosto de mil novecientos noventa y ocho, del Ministerio de Relaciones Exteriores*, publicado en el *Diario Oficial* de 6 de noviembre de ese año, por el cual se promulgó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia, n.º 22 (1999), considerando 23; prevención de los ministros señores Eugenio Valenzuela Somarriva, Luz Bulnes Aldunate y Servando Jordán López, *Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio n.º 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo* (2000), considerando 3.º.

[78] Henderson (2004), p. 87.

tante. Finalmente, respecto al derecho interno, se ha de recordar que la Constitución chilena carece de una cláusula interpretativa del derecho internacional, por lo que de *lege ferenda* se sugiere incorporar una pauta en tal sentido. Si bien es cierto que para la garantía efectiva de los derechos no es suficiente que una Constitución se ocupe de manera específica de los tratados sobre derechos humanos, tampoco tal hecho es irrelevante. Las referencias a las normas internacionales sobre derechos humanos no son meramente decorativas, sino que implican verdaderos mandatos constitucionales para toda la comunidad y no solo para el Estado.[79]

3.2.1. Principios generales para la interpretación de los tratados internacionales

Al interpretar convenciones internacionales, los tribunales chilenos, por la naturaleza de la fuente internacional convencional (tratado),[80] deben aplicar las normas del derecho internacional sobre interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; la labor interpretativa no debe guiarse por las normas contenidas en el Código Civil sobre la interpretación de la ley.[81] Tradicionalmente los tribunales chilenos han interpretado por sí mismos los tratados internacionales que han considerado relevantes en los casos sometidos a su conocimiento y han declarado que en esta labor interpretativa debían guiarse por las normas contenidas en el Código Civil sobre la interpretación de la ley.[82] Sin embargo, en 1987[83] hubo un vuelco en esta tradición judicial, en el sentido de que, al interpretar un tratado, un tribunal chileno debe aplicar las normas de derecho internacional sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.[84]

---

[79] Dulitzky (1996), pp. 163 y 165.

[80] Como lo indica Veloso (1977), pp. 270-271, "las normas internacionales se aplican en el país en su calidad de tales, no se produce una transformación de su naturaleza jurídica de modo de convertirse en reglas jurídicas nacionales. Ni los actos aprobatorios en la etapa de formación del consentimiento ni la recepción de los tratados, cambian la naturaleza de los mismos. Ello se manifiesta en su propia denominación técnica en múltiples disposiciones de nuestro derecho, distinguiéndose de otras fuentes del derecho, especialmente de la ley. Por su parte, no obstante lo actos realizados en el interior de aprobación, ratificación, promulgación y publicación, el tratado queda sometido a las causas de extinción contempladas en el Derecho Internacional".

[81] Cf. Cumplido (2003), p. 368; Medina (1994), p. 28; Veloso (1977), p. 271.

[82] Benadava (1992), p. 44.

[83] *González Moreau con Ministro de Relaciones Exteriores* (1987), considerando 5.º.

[84] Benadava (1992), p. 46; véase jurisprudencia reciente en la cual el abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago don Hugo Llanos Mansilla señala en el considerando 4.º diversos fallos que se ha de aplicar el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar las normas de los tratados internacionales: *Pérez Fuenzalida con Juzgados de Letras del Trabajo de Santiago* (2006), *Iturrieta Núñez con Juez Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago* (2005), *Huerta Corrales con Silva Romero Juez del Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago* (2004), *Pinto Meneses con Juez del Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago* (2004), *Mueller Maturana con Juez del Séptimo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago* (2003).

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena establecen reglas mínimas de interpretación de los tratados internacionales que en cualquier caso deben considerarse. En efecto, el artículo 31 establece que un tratado "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin", y agrega: "para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además, de texto, incluidos su preámbulo y anexos". Y de manera secundaria, el artículo 32 dispone que se podrá "acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31: a) deja ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".[85]

3.2.2. Cláusulas interpretativas de los tratados internacionales sobre derechos humanos

Por otra parte, se ha de considerar que los tratados internacionales sobre derechos humanos contienen cláusulas especiales de interpretación que obligan al Estado como parte contratante del tratado, y por tanto, han de ser utilizadas por el juez nacional.

Así, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene las siguientes normas de interpretación:

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

---

[85] La Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido: "[…] los Convenios o Tratados internacionales deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional de buena fe (*bonna fide*), reglas de derecho internacional que se consideran Jus Cogens, y además, derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipulados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, la cual establece en su artículo 27 que, el Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. A su vez, el artículo 31 de la misma Convención que codifica una norma de derecho consuetudinario internacional establece que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (*Contra Romo Mena*, 1994, considerando 6.º, letra *h*).

Nótese que el artículo explicita el principio de protección máxima ya explicado, reconoce los derechos implícitos o no enumerados que emanan de la naturaleza humana, e incorpora el contenido de "actos internacionales" como pautas de interpretación; al respecto, se ha de recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es solo un estatuto de recomendación, pero frecuentemente es utilizada como base de decisiones, asumiendo el carácter de una regla de derecho.[86]

3.2.3. Fuerza vinculante de la práctica internacional a nivel nacional

La opinión de los órganos internacionales sirve para clarificar la extensión y naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, los que han de alinear sus preceptos a los de las Convenciones.[87] Y, por otra parte, las decisiones de las Cortes Internacionales influyen en los tribunales nacionales en cuanto a la interpretación de las Convenciones.[88]

Así pues, una de las vías para resolver la cuestión de interpretaciones disímiles de los mismos derechos humanos por la jurisdicción supranacional y la nacional consiste en que los tribunales locales se sometan a los criterios interpretativos vertidos por los órganos supranacionales en tales temas, lo que se conoce como *doctrina del seguimiento nacional*.[89] Esta postura se funda en el reconocimiento de una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional en cuanto a la interpretación de los derechos humanos, y también en un motivo de economía procesal, en cuanto el afectado podría perseguir la invalidez del fallo local si el tribunal nacional se aparta de los argumentos dados en un caso anterior, verbigracia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un derecho consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[90]

Al respecto, jurisprudencia nacional reciente puntualiza que la interpretación que haga de los derechos humanos la Corte Interamericana de Justicia, órgano supranacional con competencia para Chile, debe servir de guía a los tribunales chilenos: "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [es la] última y definitiva instancia de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, esenciales y humanos en el ámbito regional (Continente Americano)".[91] En tanto, otros fallos, sin explicitarlo directamente, hacen alusión directa a fallos de tribunales internacionales

---

[86] Robertson (ed.) (1968), p. 287; véase *Contra Gómez Aguilar* (2006), considerando 11, donde se toma en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la argumentación.

[87] Cf. Pinochet (1990), p. 17; Robertson (ed.) (1968), p. 232.

[88] Robertson (ed.) (1968), p. 232.

[89] Sagüés (2003), p. 214.

[90] Sagüés (2003), p. 214.

[91] Verbigracia, considerando 4.º del voto disidente del abogado integrante Leonel Rodríguez Villalobos, en COOPEUCH *Ltda. con Fernández Nova* (2005); *Banco de Santiago con Alziary* (2005), considerando 8.º.

mencionándolos en sus argumentaciones.[92] Incluso existen sentencias que aluden a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como integrantes del acervo jurídico del derecho internacional que en ningún caso el Estado de Chile podría no respetar,[93] lo cual según Sagüés sería discutible, ya que "la Comisión no es un Tribunal, ni sus decisiones obligan a la Corte Interamericana, que bien puede diferir de las conclusiones de la Comisión".[94]

Por su parte, Nogueira indica que el intérprete supremo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la Corte de San José de Costa Rica; por tanto, el juez nacional necesariamente ha de tener en cuenta la jurisprudencia emanada de tal tribunal.[95] Además, sostiene que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos son los que determinan las directrices dentro de las cuales el derecho interno tiene que resolver la materia concreta referida a derechos de la persona humana.[96] Así pues, la interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional respecto de los derechos asegurados por los convenios o tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico chileno.[97]

4. Conclusiones

1. Las normas internacionales e internas que protegen y promueven los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana se complementan y enriquecen recíprocamente, pues su objeto es común: otorgar al ser humano la mayor protección posible en el ejercicio de sus derechos. Esto no significa que ante una caso jurídico que requiere una solución se hayan de aplicar ambas normas una al lado de la otra, o aplicar la norma interna en las argumentaciones del fallo y solo mencionar que ello se ve reforzado por tal tratado que consagra también el derecho vulnerado. La obligación de los jueces de fundamentar sus sentencias les exige realizar una interpretación del tratado internacional en forma separada, aunque el contenido y la extensión que se consagre al derecho sean idénticos a los que establece el derecho interno.

---

92 Verbigracia, *Contra Gómez Aguilar* (2006), considerandos 11 a 13; *Contra Vallejos y Pinochet Ugarte* (2006), considerando 9.º; *Contra Ruiz Bunger y otros* (2006), considerando 9.º; *Pérez Fuenzalida con Juzgados de Letras del Trabajo de Santiago* (2006), considerando 5.º; *Desafuero Pinochet Ugarte* (2006), considerando 13; considerando 1.º del voto disidente del abogado integrante Hugo Llanos Mansilla, en *Pinto Meneses con Juez del Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago* (2004); *Contra Lauriani Maturana y Krassnoff Martchenko* (2005), considerando 50; *Contra Romo Mena* (1994), considerando 7.º letra *c*.

93 Verbigracia, considerandos 11 a 13 del fallo *Contra Gómez Aguilar* (2006).

94 Sagüés (2003), pp. 214 y 216.

95 Nogueira (2006), p. 16.

96 Nogueira (1996), p. 357.

97 Ibídem, p. 358.

2. La Constitución chilena carece de una disposición o cláusula interpretativa que indique los parámetros para realizar la interpretación de los tratados. A partir de la reforma constitucional de 1989, muchos apuestan por determinar la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos con el afán de determinar si la norma internacional o la interna debe ser desplazada en la solución de un caso concreto, lo cual no ha tenido resultados definitivos, pues las distintas posturas son igualmente defendibles y no contribuyen a entregar directrices de interpretación, que es lo que importa. (En virtud del artículo, las normas internacionales convencionales que protegen los derechos humanos han de ser aplicadas en los tribunales nacionales, y no se puede invocar el derecho interno para eludir este compromiso; por ejemplo, no es eficaz sostener que la Constitución prima sobre el derecho internacional si con ello se está comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.)

3. Así pues, no es relevante que el artículo 5.º, inciso 2.º, de la Constitución chilena establezca o no una jerarquía normativa, sino destacar que es una cláusula declarativa de deberes de respeto y de promoción de los derechos de la persona humana impuesta a los órganos del Estado. Entre esos órganos, corresponde al Poder Judicial respetar y promover los derechos humanos garantidos en los tratados internacionales. Si se considera que los derechos fundamentales son anteriores al Estado y a cualquier positivación que se haga de ellos, se concluye que, para cumplir con esta obligación, al interpretar las normas internacionales convencionales es preciso considerar una serie de reglas del derecho internacional, a saber: el principio *pro homine,* el principio *pro actione,* la autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos, la imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales y el deber de armonizar la legislación interna con las normas internacionales.

4. Al aplicar estas reglas, y si se razona acerca de la naturaleza jurídica de la norma internacional convencional, se concluye que es preciso en la labor de interpretación aplicar las disposiciones pertinentes contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de toda disposición específica sobre la materia que contenga el tratado, que se está aplicando en el caso en cuestión, para fundar el veredicto que resuelve sobre un derecho fundamental conculcado.

5. Además estas directrices se deberían armonizar, de manera sistemática, con las reglas de derecho interno sobre interpretación de tratados, las que en el caso chileno no existen. De *lege ferenda* es deseable se incluya un acápite en la Constitución referido expresamente al derecho internacional, que zanje con precisión todo lo relacionado con estas materias.

Bibliografía citada

BENADAVA, Santiago (1992): "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en la obra colectiva *Nuevos enfoques del derecho internacional*, Santiago: Jurídica de Chile, pp. 9-59.

BERTELSEN REPETTO, Raúl (1996): "Rango jurídico de los tratados internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.os 2 y 3, t. I, pp. 211-222.

BIDART CAMPOS, German J. (1987): *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires: Ediar.

CEA EGAÑA, José Luis (1997): "Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República", en *Ius et Praxis*, vol. 2, n.º 2, pp. 81-92.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1996): "Alcances de la modificación del artículo 5.º de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 23, n.os 2 y 3, t. I, pp. 255-258.

— (2003): "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2.º del artículo 5.º de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, pp. 365-374.

DULITZKY, Ariel E. (1996): "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en Thomas BUERGENTHAL y Antônio CANÇADO TRINDADE (comps.): *I Estudios especializados de derechos humanos*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 129-166.

GÓMEZ BERNALES, Gastón (1993): "Constitución, derechos esenciales y tratados", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, vol. 27 (Dogmática constitucional y derechos humanos), pp. 71-100.

HENDERSON, Humberto (2004): "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, pp. 38-99.

MANILI, Pablo Luis (2003): *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: La Ley.

MEDINA QUIROGA, Cecilia (1994): "El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno", en *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, pp. 3-54.

MOHOR ABUAD, Salvador (1990): "Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público*, vol. 47-48, pp. 153-193.

MOHOR ABUAD, Salvador, y Gustavo FIAMMA OLIVARES (1994): "La jerarquía normativa de los tratados internacionales", en *Revista de Derecho Público*, vol. 55-56, pp. 115-126.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1993): "Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5.º de la constitución chilena",

Cuadernos de Análisis Jurídico, vol. 27 (Dogmática constitucional y derechos humanos), pp. 49-69.

— (1996): "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.os 2 y 3, t. I, pp. 341-380.

— (2005): "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.): *La Constitución reformada de 2005*, Santiago: Librotecnia, pp. 381-403.

— (2006): "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana *Almonacid Arellano vs. Chile* a los operadores jurídicos nacionales", en *Gaceta Jurídica* n.º 316, pp. 16 ss.

ORREGO, Cristóbal (1993): "Vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 1, pp. 59-67.

PACHECO GÓMEZ, Máximo (1993): "Supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.os 2 y 3, pp. 897-899.

PI LLORENS, Montserrat (1999): "La argumentación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales", en *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona: Ariel, pp. 62-86.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1997): "Constitución Política de la República y tratados internacionales", en *Ius et Praxis*, vol. 2, n.º 2, pp. 63-72.

— (2003): "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, pp. 467-484.

PINOCHET ELORZA, César (1990): "Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n.º 13, pp. 9-18.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1997): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos", en *Ius et Praxis*, vol. 2, n.º 2, pp. 101-112.

ROBERTSON, A. H. (ed.) (1968): *Human Rights in national and international law*, Manchester, Manchester University Press.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2003): "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, pp. 205-221.

TAPIA VALDÉS, Jorge (2003): "Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5.º de la CPR de 1980", en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, pp. 351-364.

VELOSO FIGUEROA, Adolfo (1977): "Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n.º 165, pp. 265-275.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (1997): "La supremacía de la Constitución en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos: el caso chileno", en

José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY y Ángela VIVANCO MARTÍNEZ: "Acerca de la supremacía de la Constitución", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso,* vol. XVIII, pp. 69-76.

Normas citadas

Código Procesal Penal, 1.ª edición oficial aprobada por decreto n.º 1001 del Ministerio de Justicia. *Diario Oficial*, 30 de octubre de 2000.

Decreto n.º 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Diario Oficial,* 5 de enero de 1991.

Decreto n.º 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. *Diario Oficial*, 29 de abril de 1989.

Decreto n.º 3633 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. *Diario Oficial*, 11 de marzo de 1981.

Ley n.º 19585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. *Diario Oficial*, 26 de octubre de 1998.

Ley de Reforma Constitucional n.º 18825. *Diario Oficial,* 17 de agosto de 1989.

Ley de Reforma Constitucional n.º 19055. *Diario Oficial,* 1 de abril de 1991.

Ley de Reforma Constitucional n.º 20050. *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2005.

Jurisprudencia citada

González Moreau con Ministro de Relaciones Exteriores (1987): Corte Suprema, 5 enero de 1987, recurso de apelación de recurso de protección, disponible en *LexisNexis,* 10 036.

Contra Romo Mena (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1994, recurso de apelación, *LexisNexis,* 20 390.

— (1995): Corte Suprema, 26 de octubre de 1995, recurso de queja, *Gaceta Jurídica* n.º 185.

— (1996): Corte Suprema, 30 de enero de 1996, recurso de queja, *LexisNexis* 13 786.

Detención ilegal de Poblete Córdova (1998): Corte Suprema, 9 de septiembre de 1998, recurso de casación en el fondo, *LexisNexis* 15 523.

Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo n.º 1412, de 21 de agosto de mil novecientos noventa y ocho, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 6 de noviembre de ese año, por el cual se promulgó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia n.º 22 (1999): Tribunal Constitucional, rol

n.º 282-1999, 28 enero 1999, disponible en ‹http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_282.doc› (consulta: 5 de mayo de 2007).

Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio n.º 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (2000): Tribunal Constitucional, rol n.º 309-2000, 4 agosto 2000, disponible en ‹http://tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_309.doc› (consulta: 5 de mayo de 2007).

Requerimiento con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del Tratado entre Chile y Argentina sobre integración y complementación minera (2000): Tribunal Constitucional, rol n.º 312-2000, 3 octubre 2000, disponible en ‹http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_312.doc› (consulta: 5 de mayo de 2007).

Requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998 (2002): Tribunal Constitucional, rol n.º 346-2002, 8 abril 2002, disponible en ‹http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_346.pdf› (consulta: 26 de abril de 2007).

Mueller Maturana con Juez del Séptimo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2003): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 agosto 2003, *LexisNexis* 32 781.

*Huerta Corrales con Silva Romero Juez del Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago (*2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 noviembre 2004, recurso de amparo, *LexisNexis* 31 385.

Pinto Meneses con Juez del Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2004, recurso de amparo, *LexisNexis* 29 950.

Banco de Santiago con Alziary (2005): Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de julio de 2005, rol n.º 699-2004.

COOPEUCH Ltda. con Fernández Nova (2005): Corte de Apelaciones de La Serena, 5 de septiembre de 2005, rol n.º 432-2005.

Contra Lauriani Maturana y Krassnoff Martchenko (2005): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de enero de 2004, *Gaceta Jurídica* n.º 283, pp. 204 ss.

Iturrieta Núñez con Juez Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2005): Corte de Apelaciones de santiago, 24 de mayo de 2005, recurso de apelación, *LexisNexis* 32 190.

Contra Gómez Aguilar (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de enero de 2006, *LexisNexis* 34 970.

Contra Ruiz Bunger y otros (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de julio de 2006, recurso de apelación, *LexisNexis* 34 885.

Contra Vallejos y Pinochet Ugarte (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 noviembre 2006, recurso de apelación, *LexisNexis* 35 667.

Desafuero Pinochet Ugarte (2006): Corte Suprema, 3 de octubre de 2006, *LexisNexis* 35 315.

Pérez Fuenzalida con Juzgados de Letras del Trabajo de Santiago (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de octubre de 2006, acción de amparo, *LexisNexis* 35 409.

Muller con Fisco de Chile (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2007, recurso de apelación, *LexisNexis* 36 105.

Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)*

Análisis crítico de la teoría del acto aclarado: su posible aplicación en la interpretación prejudicial andina como garantía de consagración del juez nacional como juez comunitario andino

1. Introducción

El presente artículo establecerá un análisis crítico de la teoría del acto aclarado con relación al juez nacional, si se llegara a considerar su aplicación en la máxima competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como es la interpretación prejudicial.

El principio de efectividad y celeridad que debe prevalecer en todos los actos jurisdiccionales comunitarios justifica esta investigación, en pos de empoderar una teoría interpretativa que, analizada desde la experiencia europea, parece afianzar un vinculo más fuerte entre el juez nacional y el juez del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

De la misma manera se podrá establecer, a partir del análisis de la teoría del acto aclarado en la interpretación prejudicial, si existe la posibilidad de interpretar una ley comunitaria por un juez nacional andino, que por principio es también juez comunitario, o si este solo se limita a pronunciar las palabras de la ley,[1] en este caso de la interpretación prejudicial que haga el tribunal comunitario.

---

* Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana San Pablo de La Paz (Bolivia). Magíster en Derecho Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede La Paz). Magíster en Relaciones Internacionales con mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito). Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Quito). ‹jcduenasbo@yahoo.com›

[1] Una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, este deberá continuar la tramitación del proceso interno y, en su sentencia, adoptar el pronunciamiento del tribunal comunitario

Es decir, si la teoría del acto aclarado desplaza la discrecionalidad interpretativa del tribunal comunitario en pos de dar mayor libertad de decidir al juez nacional o, al contrario, restringe su libertad interpretativa y aleja al juez nacional de ser partícipe de la norma comunitaria y, por ende, de un efectivo proceso de integración comunitario.

De esta manera resulta de suma importancia establecer nexos que tiendan a justificar la aplicabilidad de la teoría del acto aclarado en el derecho comunitario andino, como una herramienta interpretativa que beneficie la máxima aspiración y objetivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cual es el tener una jurisprudencia uniforme y constante en la que los jueces nacionales sean los primeros actores de su aplicación.

2. La aplicación uniforme de la interpretación prejudicial

Antes de explicar la incidencia de la teoría del acto aclarado en la uniformidad en el derecho comunitario andino, se debe determinar brevemente el carácter uniformador del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de su máxima competencia, como es la interpretación prejudicial.

¿Cómo garantiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la aplicación uniforme de la normativa comunitaria andina? A través del recurso de *interpretación prejudicial*, que implica un ámbito de colaboración entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sin embargo, es válido cuestionarse si este recurso es realmente un elemento uniformador del derecho comunitario andino o simplemente un formalismo más que retrasa innecesariamente un proceso nacional.

Dicha vinculación entre el juez nacional y el juez comunitario se expresa de la siguiente manera en la sentencia 11-IP-1996:

> Aparte de los jueces de primera instancia, para quienes la consulta es facultativa, los jueces nacionales de única o de ultima instancia que conozcan en un proceso judicial interno de cualquier norma comunitaria de las señaladas protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado del Tribunal, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta), que vaya a ser aplicada en un juicio interno, debe suspender el proceso y solicitar al Tribunal Andino la interpretación de dicha norma, en los términos establecidos en el artículo 29 de dicho Tratado. La obligatoriedad se predica de los jueces cuyas providencias no fueren susceptibles de recursos en derecho interno.

En cuanto a la naturaleza de la interpretación prejudicial, la misma sentencia reza:

(artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal). Además, según lo dispone el artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir a este la sentencia que dicte en cada uno de los casos que hayan sido objeto de interpretación (criterios reiterados en las sentencias del 5 de febrero de 2003, dictadas en los expedientes 91-IP-2002 y 97-IP-2002, casos *Alpin* y *Alpinette* respectivamente, publicadas en la GOAC n.º 912, del 25 de marzo de 2003) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

> La interpretación prejudicial no es una prueba en el derecho andino, no es la simple absolución de un cuestionario, no está llamada a constituirse como un informe de expertos o como una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su fuerza vinculante para el juez nacional se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional "con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente", como reza el preámbulo de su Tratado de Creación que es instrumento orientador para la hermenéutica de su ordenamiento básico primario.

De lo expuesto se deriva que una de las características básicas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es no solo establecer una línea doctrinal, jurisprudencial, sino, más allá de eso, cimentar las bases del derecho comunitario a través de la interpretación prejudicial. Sin embargo, el concepto por el cual los jueces nacionales actúan como jueces comunitarios solo implicaría que estos tendrían ese grado al aplicar la normativa comunitaria, ya que su interpretación estaría restringida exclusivamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Sobre una definición de interpretación prejudicial que confirma su naturaleza de incidente procesal y formalista que suspende la tramitación del proceso, el Tribunal de Justicia andino ha manifestado sobre que esta es:

> […] una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, y se desenvuelve dentro del principio de cooperación y colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario en la administración de justicia ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración.[2]

En cuanto a la posibilidad de que el juez nacional pueda negarse a cumplir lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la mencionada sentencia 11-IP-1996 establece el rechazo a dicha posibilidad, al declarar:

> No es concebible para este Tribunal que el juez, por sí mismo o a pedido de las partes o sus representantes en los procesos internos pueda resistirse a dar cabal cumplimiento a la petición de interpretación prejudicial. Las consecuencias de esta conducta "contra legem" puede derivar en acciones de incumplimiento o en vicios procesales de consecuencias impredecibles.

No obstante, en cuanto a la consideración de interpretaciones prejudiciales, es importante ver la autocrítica y la reflexión sobre la no aplicación del acto aclarado que realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su *Testimonio comunitario:*

> Las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino versan en su gran mayoría en cuestiones de interpretación de la normativa andina sobre Propiedad Intelectual, donde se ha elaborado una valiosa jurisprudencia que en muchos casos se repite de ma-

---

[2] Sentencia 11-IP-1996. Se toma esta sentencia de manera tentativa para ilustrar las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

> nera inmisericorde relegando el valor de este mecanismo a un trámite más que dilata innecesariamente la tramitación de un juicio.[3]

Se puede establecer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no reconoce como herramientas de celeridad las doctrinas del acto claro ni del acto aclarado, esto en posible desmedro de la relación del juez nacional y el juez comunitario, puesto que el margen de acción del juez nacional se restringe al mínimo al ser solo el aplicador de la norma comunitaria. La interpretación se halla enteramente en manos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que derivaría inclusive en retardación de justicia para los ciudadanos de los países miembros, ya que dicho tribunal muchas veces se sobrecarga con análisis de casos similares que se dilatan de manera frecuente.

3. Diferencia de la teoría del acto claro con la teoría del acto aclarado

La principal diferencia entre la teoría del acto claro y la teoría del acto aclarado se basa en el papel que cumple el juez nacional en el momento de conocer sobre una normativa comunitaria. En la primera el juez tiene la seguridad o el convencimiento íntimo de cómo aplicar una normativa comunitaria, y en la segunda se da preeminencia a la reiterada jurisprudencia que tenga el tribunal sobre una materia determinada, por lo que se hace innecesario su reenvío al tribunal comunitario.

En ambas situaciones el juez nacional es determinante y tiene la facultad de decisión en temas comunitarios, lo que no acontece actualmente, ya que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina utiliza exclusivamente la teoría del litigio concreto en la resolución de sus interpretaciones comunitarias.

La aplicación de la teoría del acto aclarado, por su parte, tiene por finalidad evitar la morosidad, el gasto de tiempo y recursos que significa, tanto para la jurisdicción supranacional como para la nacional, poner en funcionamiento el procedimiento de la interpretación prejudicial cuando existe ya jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitida en un expediente similar, de cuya interpretación puede encargarse el juez nacional.

4. Aplicación de la teoría del acto aclarado en la interpretación prejudicial andina

¿Cuál es la utilidad de la interpretación prejudicial y cómo ayuda a una uniformidad del derecho comunitario andino dentro los países miembros? Según la doctrina, pareciera ser el mecanismo de cooperación más importante entre el juez nacional y el juez comunitario, mediante el cual este último interpreta en forma objetiva la

---

[3] *Testimonio comunitario*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004, p. 145.

norma comunitaria. Entre sus características se puede mencionar que tiene naturaleza de incidente procesal de carácter no contencioso y obligatorio.[4]

En estricta aplicación de la teoría del litigio concreto,[5] es de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecer qué normativa comunitaria andina se va a interpretar, de manera que dicho tribunal analizará la pertinencia o no de tales normas. El juez consultante, al ser notificado con la interpretación prejudicial, deberá continuar la respectiva tramitación del proceso; es decir, una vez resuelto el incidente procesal está obligado a adoptar el pronunciamiento del tribunal comunitario en su respectiva sentencia, según establece el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal.[6]

En otras palabras, la finalidad primaria de la interpretación prejudicial es conseguir y asegurar la interpretación —y por ende también la aplicación— uniforme del derecho comunitario en todos los países miembros, a través de la intervención en el marco de un expediente nacional en el cual se aplique o controvierta la normativa andina.

5. Fundamento de aplicar la teoría del acto aclarado

Ahora bien, ya que la interpretación prejudicial se plantea a como el principal mecanismo de interacción y cooperación entre el juez comunitario y el juez nacional, ¿existe alguna teoría interpretativa, más allá de la del litigio concreto, que ayude a establecer una relación más fluida entre ambos y a la vez facilite la elaboración de una jurisprudencia uniforme respecto a la interpretación prejudicial en el ámbito andino? Se explicará a la teoría del acto aclarado como una posible solución a esta interrogante.

Concebida la teoría del acto aclarado en Europa[7] como una teoría que procure al juez la libertad de interpretar una determinada ley comunitaria basándose en la

---

[4] Testimonio Comunitario, o. cit., p. 122.

[5] Por la que toda duda en el juez nacional de última instancia sobre derecho comunitario deberá contar necesariamente con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

[6] De la interpretación prejudicial.

[7] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) declaró en su sentencia Van Gend(7) que el (antiguo) artículo 12 del TCEE (Tratado de la Comunidad Económica Europea)(8), en tanto y en cuanto constituía una norma clara, precisa e incondicional, tenía efecto directo, es decir que podía ser invocada en forma automática por los particulares ante los jueces nacionales y estos, en consecuencia, debían salvaguardar los derechos que dicho artículo podía generar en cabeza de las personas físicas o jurídicas. La decisión del Tribunal fue emitida en atención a la interpretación prejudicial que le fuera cursada por la Tariefcommissie de Amsterdam (tribunal fiscal). El pleito en el ámbito nacional, en cuyo marco se planteó la cuestión prejudicial, se inició a partir del recurso incoado por un particular, la empresa Van Gend (que importaba determinados productos de Alemania), contra la Aduana holandesa por el cobro de aranceles a la importación por un monto superior a los que regían en el momento de la entrada en vigor del TCEE (1 de enero de 1958). La consulta remitida por el juez nacional al TJCE

reiterada jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha desarrollado, esta pareciera ser el mecanismo más adecuado para ser incorporado por el organismo jurisdiccional andino, ya que su jurisprudencia, principalmente en materia de marcas y patentes, es suficiente para cumplir este cometido.

Se debe señalar que el principal actor en la conformación de esta jurisprudencia en la subregión andina en materia de propiedad intelectual es solo un país, Colombia, el cual de manera sostenida y constante hace uso del mecanismo de la interpretación prejudicial y señala las principales pautas jurisprudenciales que sigue el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entonces, el fundamento básico de considerar la teoría del acto aclarado debería basarse, al igual que en la experiencia europea, en la jurisprudencia y la repetición constante de casos que presenta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que convertiría al juez nacional en el primer uniformador del derecho comunitario y sería un puntal para consagrar paulatinamente en la práctica el principio de primacía de la norma comunitaria frente a la legislación nacional.

Es menester señalar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se muestra escéptico en el momento de aplicar la teoría del acto aclarado, puesto que el juez nacional, precisamente por el desconocimiento que muestra sobre la jurisprudencia andina, no podría garantizar efectivamente la uniformidad al interpretar una norma comunitaria.

No obstante, este parece ser un riesgo menor si se informa adecuadamente al juez nacional sobre los lineamientos jurisprudenciales en los que ha trabajado el Tribunal de Justicia comunitario, lo cual redundaría en mayor eficiencia y coordinación entre ambos tribunales y concretaría en la práctica la consagración del principio de que todo juez nacional es juez comunitario.

El continuo crecimiento de solicitudes de interpretación prejudicial (casi doscientas en el 2004) refleja la base jurisprudencial en la que se debería apoyar el juez nacional; de esta manera se evitaría, como se expuso líneas arriba, la interpretación de una misma temática que se repite de manera inmisericorde.

A continuación y a manera de ejemplo, se presentan algunos temas sobre los que ha venido realizando interpretación el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sobre los que ha conformado jurisprudencia suficiente:

- relación derecho comunitario-derecho interno, complemento indispensable (8-IP-1995, 9-IP-1996,27-IP-1998);
- principio de libertad económica (87-IP-2002);
- principio de especialidad (95-IP -20);

---

hacía relación a saber si el mencionado artículo 12 era susceptible de ser invocado por los particulares. Patricio Bueno Martínez: *La teoría del acto aclarado, ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?,* Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2003, p. 2.

- principio de territorialidad (106-IP-2003, 44-IP-2002);
- fuentes del derecho comunitario, jerarquía normativa: originario, derivado (1-IP-1996, 10-IP-94, 1-IP-87, 6-IP-89);
- aplicación uniforme (11-IP-1996, 3-IP-1994, 6- IP-1993);
- teoría del acto claro y aclarado (4-IP-1994,1-IP-87, 3-IP-88, 4-IP-88, 5-IP-94, 9-IP-94, 91-IP-2002);
- obligaciones del juez nacional consultante (141-IP-2003, 10-IP-94, 1-IP-2002, 1-IP-87, 4-IP-94, 6-IP-99, 11-IP-96, 30-IP-99, 1-IP-94, 91-IP-2002, 97-IP-2002,7-IP-96, 17-IP-2001, 36-IP-99, 8-IP-98, 8-IP-95);
- principio *audiatur altera pas* ('óigase a la otra parte'): (4-IP-1995, 8-IP-1995).

En materias de normativa andina:

- emisión de la factura comercial desde un tercer país (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94);
- mercaderías expedidas directamente (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94);
- declaración del productor y certificación de origen (18-IP-2004, 35-AN-2001, 6-IP-93, 10-IP-94).

En materia de propiedad intelectual:

- marca gráfica-figurativa: (9-IP-1994, 1-IP-87, 4-IP-88, 4-IP-91);
- dilución de la marca (31-IP-1996. 4-IP-94);
- abandono de la solicitud de patente (106-IP-2002, 47-IP-99, 34-IP-95);
- marcas defensivas (92-IP-2002,100-IP-2002,97-IP-2002);
- marcas derivadas (92-IP-2002,100-IP-2002,97-IP-2002), y
- conexión competitiva (26-IP-2003.77-IP-2001).

La anterior descripción de temas y sentencias demuestra que ya se han acumulado criterios elaborados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que al ser transmitidos al juez nacional lo obligarían a tener conciencia de la jurisprudencia comunitaria, lo llevarían a desarrollar un criterio interpretativo al respecto y a convertirse efectivamente un juez integracionista, garantista además de la aplicación uniforme del acervo comunitario, y no un mero corresponsal de interpretaciones prejudiciales o —en palabras de la Ilustración— el juez que solo es *la boca de la ley.* Estas serían las ventajas de aplicar la teoría del acto aclarado en la normativa comunitaria andina.

En otras palabras, los casos arriba mencionados ejemplifican claramente, tal como se observa, que bien podría el juez nacional, para dictar la sentencia en la que

tiene que aplicar una norma comunitaria, analizar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia andino y, si existe identidad objetiva entre el proceso a decidirse y el anterior, no efectuar el reenvío de la cuestión prejudicial y resolver el litigio acogiendo la jurisprudencia comunitaria, evitando siempre hacerlo con base en su criterio personal.

En esta dirección, no cabe duda de que se cumple la finalidad del mecanismo recogido en el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como es la de "asegurar su aplicación uniforme" en el territorio de los países miembros por el juez nacional como pieza clave de dicha aplicación uniforme.

Entonces puede colegirse que solamente con la aplicación de la teoría del acto aclarado entendida como una especie de descentralización de la norma comunitaria, respaldada a su vez por jurisprudencia firme y abundante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a favor del juez nacional, se garantizaría la aplicación uniforme del derecho comunitario andino, ya que afianzaría en dicho juez nacional la conciencia práctica de que le corresponde ser juez comunitario y por ende aplicador y partícipe de la normativa andina.

6. Conclusiones y reflexión final

Para finalizar, y a manera de conclusión general, se determina que la teoría del acto aclarado (al igual que la teoría del acto claro)[8] es una elaboración de la jurisprudencia europea con un propósito definido: dar mayor capacidad de razonamiento y decisión al juez nacional. Esto no acontece en el derecho comunitario andino, donde se desecha su aplicación y se hace obligatorio el reenvío al organismo de justicia comunitario de cualquier duda interpretativa que exista sobre la norma comunitaria.

Lo anterior incidiría directamente en la posibilidad de que no se haga partícipe al juez nacional en la interpretación del derecho comunitario ni en la conformación de una jurisprudencia uniforme, reduciendo su papel a un mero aplicador de la ley comunitaria.

Se puede establecer entonces que el fundamento básico para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina adopte la teoría del acto aclarado, tal como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, se basa en una relación de coordinación entre el juez nacional y el juez comunitario que evitaría el desgaste de enviar interpretaciones de temas sobre los que existe jurisprudencia, ahorraría recursos económicos, daría preponderancia a los principios de celeridad y eficiencia en la justicia al evitar dilaciones en los procesos, y dicho juez nacional se convertiría en un elemento garantista de la aplicación uniforme de la jurisprudencia comunitaria aplicada al caso concreto.

---

[8] Tómese en cuenta que se analiza esta necesidad de interpretar las disposiciones comunitarias desde la teoría del acto aclarado que implica basarse en la jurisprudencia andina, no así la teoría del acto claro cuyas características dan incluso mayor libertad interpretativa al juez nacional, incidencias diferentes que no son el tema principal de este artículo.

Este último elemento se vería reforzado al ser el juez nacional el intérprete por excelencia de la jurisprudencia andina, y llevaría a tomar conciencia de su aplicación incluso en los países miembros (tal es el caso de Bolivia, que en todos estos años solo envió una solicitud de interpretación prejudicial, o Perú, que envió unas cinco al órgano jurisdiccional comunitario) donde la participación en recursos legales comunitarios ha sido deficitaria.

Una posible solución a este desequilibrio puede ser, como se dijo líneas arriba, dar al juez nacional el atributo de interpretar la ley comunitaria a partir de la jurisprudencia andina, para que desde su identidad y experiencia vaya tomando conciencia de la importancia del derecho comunitario andino como un verdadero puntal de la integración y se lo asuma como propio e interno del mismo Estado miembro.

Bibliografía

AKEHURST, Michael: *Introducción al derecho Internacional* (versión española y notas de Manuel Medina Ortega), Madrid: Alianza, 1972.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz: *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid: Eurolex, 2.ª ed., 1999.

BAZÁN, Víctor: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, México: Porrúa, 2003.

BORCHARDT, Klaus-Dieter: *La unificación europea. Nacimiento y desarrollo de la Unión Europea*, Luxemburgo: Documentación Europea, 1995.

— *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, 5.ª ed., 2000.

BUENO MARTÍNEZ, Patricio: *La teoría del acto aclarado. ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?*, Lima: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2003.

CATALANO, Nicola: *Manual de derecho de las Comunidades Europeas* (trad. Marino Ayerra), Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 1966.

CRESPO, Carmen Helena: *Preeminencia y aplicación directa del derecho comunitario*, Quito, 1993.

DROMI, Roberto, et. Al. : *Derecho Comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, segunda edición, Buenos Aires: Depalma, 1996.

ESPIN Eduardo: *El Tribunal de justicia de las comunidades como factor de integración jurídica*, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

FERREIRA REY, Omar: "Derecho internacional público y derecho de la integración", en *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*, segunda edición, Lima: Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983.

GONZÁLEZ-OLDEKOP, Florencia: *La integración y sus instituciones. Los casos de la Comunidad Europea y el MERCOSUR*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

HORSTPETER Kreppel: "El planteamiento de la cuestión prejudicial (Art. 234 CE) Problemas Sustantivos y procesales", en ponencia para el seminario *De las directivas 2000/43 y 2000/ 78 a las leyes 51/03 y 62/ 03*, organizado por Jueces para la Democracia, Madrid, 3 y 4 de junio del 2004.

JACQUE, Jean Paul: *Aspectos institucionales y jurídicos de la integración*, Centro de Formación para la Integración Regional, 1998.

KELSEN, Hans: *Teoría del derecho internacional consuetudinario* (trad. Nicolás de Piérola), Lima: Cultural Cuzco, 1996.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús: *Sistema jurídico del common law*, segunda edición, México: Porrúa, 2001.

MALDONADO LIRA, Héctor: *30 Años de integración andina. Balance y perspectivas,* Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

MANGAS MARTÍN, Araceli, y Diego LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y derecho de la Unión Europea,* Madrid: McGraw-Hill, 2.ª ed., 1999.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *Manual de derecho de la Comunidad Europea,* Madrid: Dijusa, 2002.

ORTIZ BLANCO, Luis: *El procedimiento en el derecho de la Competencia Comunitaria,* Madrid: Fundación Universidad Empresa, 1994.

RIECHENBERG, Kurt: "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

SARMIENTO Daniel: "Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* n.º 9, 2006, pp. 75-119.

SOSA GÓMEZ, Cecilia: "La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (referencia al caso venezolano)", en *Memorias del Seminario Internacional "La integración, derecho y los tribunales comunitarios",* Quito, Cuenca, Guayaquil y Trujillo, julio y agosto de 1996.

TANGARIFE TORRES, Marcel: *Derecho de la integración en la Comunidad Andina,* Medellín: Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Baker & McKenzie, 2002.

TOSI, Jorge L.: *Comercio internacional y MERCOSUR,* Buenos Aires: La Roca, 1999.

URIBE RESTREPO, Fernando: *El derecho de la integración en el Grupo Andino,* Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.

— *La interpretación prejudicial en el derecho andino,* Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.

VIGIL TOLEDO, Ricardo: "La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

ZELADA CASTEDO, Alberto: *Derecho de la Integración Económica Regional,* Buenos Aires, BID-INTAL, 1989.

— *Solución de controversias en el derecho internacional económico y en el derecho de la integración económica regional,* Sucre: Universidad Andina Simón Bolívar, 1996.

Waldemar Hummer (Austria)*

Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur. Retiro de la Comunidad Andina (CAN) y adhesión al MERCOSUR**

> […] mientras que Venezuela es el primer caso de un país que se suma al MERCOSUR como miembro pleno, aunque tal categoría está supeditada a una serie de medidas que debe tomar Venezuela para modificar su legislación de acuerdo a lo establecido por el MERCOSUR. Venezuela tiene una categoría de miembro no prevista con anterioridad, Estado Parte en proceso de adhesión […].[1]

> El ingreso de Venezuela al Mercosur resultó de un proceso sui generis, a través del cual el nuevo integrante fue admitido como "miembro pleno" antes, y no después, de haberse adaptado a las reglas de la unión aduanera.[2]

> Ante todo, es importante destacar que Venezuela es miembro pleno del MERCOSUR, pero su estatus jurídico (estrictamente) se encuentra en un estado intermedio.[3]

1. Introducción

La presente contribución analiza un proceso de integración política ilustrativo del pragmatismo heterodoxo con el que América Latina encara su integración. Se hará especial hincapié en el retiro de Venezuela de la Comunidad Andina, un bloque

---

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Derecho de las Comunidades Europeas y Relaciones Internacionales, Instituto de Derecho Europeo y Derecho Internacional Público de la Universidad de Innsbruck (Austria). Ex asesor jurídico de la Embajada de la República Argentina en Viena. ‹Waldemar.Hummer@uibk.ac.at›

** Traducción de Renata Hoffmann

1 E. Rivas: "¿El MERCOSUR es una utopía? ¿La Unión Europea debe ser su bastón?" (manuscrito), p. 22.

2 D. Magnoli: "MERCOSUR + 1: Chavismus contra MERCOSUR", en Fundación Konrad Adenauer (ed.): *Venezuela y el MERCOSUR*, Análisis e Informaciones n.º 24, mayo 2007, p. 6.

3 Véase N. Pontiroli: "La incorporación de Venezuela al MERCOSUR", en: *MERCOSUR ABC*, 4 de enero del 2007, ‹http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=999&IdSeccion=1›.

de integración subregional formado hasta ahora por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y su incorporación —o eventual incorporación— al bloque del MERCOSUR, compuesto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En principio, la salida de un Estado de una zona de integración y su posterior incorporación a otro bloque no constituye en sí un acto extraordinario, cuando se trata de pasar de una mera zona de libre comercio a una unión aduanera, por ejemplo.[4] Lo extraordinario en el caso concreto de Venezuela no es, entonces, tanto el cambio entre dos zonas de integración, sino más bien la forma en la que se concretó esa evolución.

Por primera vez en la historia de la integración latinoamericana iniciada cincuenta años atrás, y a lo largo de la cual se fueron creando sucesivos bloques de países,[5] los Estados miembros de una zona de preferencia —en este caso los miembros del MERCOSUR— conceden el estatus de *miembro pleno* a un tercer Estado aun antes de entrar en vigor el Protocolo de Adhesión al MERCOSUR y a pesar de que este deberá cumplir con las plenas obligaciones comerciales consagradas en el Tratado del MERCOSUR recién a partir del 2014 (!). A ello se agrega la circunstancia de que el acuerdo alcanzado concede a Venzuela —esto es, el estado tercero firmante— la posibilidad de participar en las reuniones de los órganos y demás foros del MERCOSUR con derecho a voz inmediatamente después de la mera firma del Protocolo de Adhesión.

Además de la enorme dosis de confianza que los Estados del MERCOSUR depositan anticipadamente en Venezuela, adelantan también prestaciones sin recibir contraprestaciones equivalentes de Venezuela. Esta circunstancia sorprende, porque en el momento de celebrarse el Protocolo de Adhesión los Estados del MERCOSUR estaban en conocimiento de que la República Bolivariana de Venezuela bajo la presidencia de Hugo Chávez era un socio muy poco previsible. También sabían que la filosofía integracionista que Chávez representa con su proyecto de Alternativa Bolivariana para Nuestra América (ALBA) es antagónica con aquella llevada adelante por la zona de integración MERCOSUR, de características tradicionales y creada siguiendo los lineamientos del GATT.

---

[4] a) Basta recordar, a modo de ejemplo caribeño, el retiro de 11 miembros de la zona de libre comercio CARIFTA (1968) y su posterior ingreso al CARICOM (1973) y a la unión aduanera del Caribbean Common Market (CCM) (1974), respectivamente. b) Como ejemplo latinoamericano podemos citar las dos uniones aduaneras (en *statu nascendi*) del Pacto Andino (1969) y de la Comunidad Andina (1988), respectivamente, así como del MERCOSUR (1991), a las que adhirieron cuatro y cinco miembros de la zona de libre comercio ALALC (1960) y ALADI (1980). c) Como ejemplo europeo basta citar la salida de Finlandia, Austria y Suecia de la EFTA (zona de libre comercio) y su subsiguiente ingreso a la Unión Europea (una unión aduanera y un mercado común o mercado doméstico) al 1 de enero de 1995. Cf. W. Hummer: "Integration in Lateinamerika und in der Karibik", en *Verfassung und Recht in Übersee*, n.º 1, 2005, p. 24 ss.; W. Hummer: "Annäherung zwischen EG- und EFTA-Staaten: außen-, neutralitäts- und wirtschaftspolitische Problemfelder", en F. Schwind (ed.): *Österreichs Weg in die EG - Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung* (1991), p. 7.

[5] Véase en este contexto W. Hummer: "Integration in Lateinamerika…" (nota 4), pp. 39 ss.

Por otra parte, los Estados del MERCOSUR tenían la posibilidad de interiorizarse de los mecanismos de adhesión que aplica la Unión Europea, que sugieren una forma de proceder diferente. Para que un Estado pueda incorporarse a la Unión Europea, no solo debe cumplir las condiciones del derecho primario que estipula el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea —esto es, ser un estado europeo y respetar la "plataforma de valores" común—, sino reunir, además, tres condiciones esenciales, los llamados Criterios de Copenhague del Consejo Europeo, del 21-22 de junio de 1993.[6] Un criterio adicional es la "capacidad de absorber" la incorporación de un nuevo socio que pueda tener la Unión Europea.[7] En estas condiciones, todo candidato debe demostrar *ex ante* que cumple con todos los requisitos y no demostrarlo *ex post*, y eso en un período de transición excesivamente largo.

Por otra parte, el Protocolo de Adhesión nada establece para el caso, no totalmente improbable, de que Venezuela en el 2014, la fecha tope prevista, aún no hubiera cumplido totalmente con las obligaciones derivadas de su compromiso con el MERCOSUR. Esta circunstancia es otro indicador de que el retiro de Venezuela de la CAN y la subsiguiente adhesión al MERCOSUR fue una cuestión manejada exclusivamente en función de razones de política exterior y económica, y que consiguientemente fue solucionada sin mayores cautelas jurídicas.

En virtud de las reservas energéticas de Venezuela, el ingreso de ese país confiere al MERCOSUR una nueva dimensión *económica*, por un lado, y debido a la "visión bolivariana" de Hugo Chávez, de no solo hacer renacer al Cono Sur sino a toda América Latina por la "vía revolucionaria", una nueva función eminentemente *política*, por el otro, a la que Chávez aludió de inmediato en la primera Conferencia Cumbre del MERCOSUR, de la que participó como miembro con igualdad de derechos. En la Conferencia Cumbre celebrada en Córdoba (Argentina) el 21 de julio del 2006, *Chávez* aprovechó la presencia de Fidel Castro para organizar junto con este un homenaje a Ernesto *Che* Guevara,[8] acto durante el cual elogió en particular el ímpetu revolucionario contra las aspiraciones hegemónicas e imperialistas de Estados Unidos.[9]

Esta actitud diferenciadora en materia de política de integración de Chávez se plasmó en la creación de la antes mencionada ALBA, a través de la cual el mandatario venezolano aspira a "una nueva y verdadera integración" en el sentido de una alternativa "superadora" de todas las otras modalidades previstas por la OMC para la crea-

---

[6] Texto en *Boletín de la Unión Europea*, n.º 6, 1993, Cifra I.13.; M. Schweitzer, W. Hummer y W. Obwexer: *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union* (2007), pp. 32 s.

[7] Ibídem, pp. 34 s.

[8] Ernesto *Che* Guevara fue capturado por el ejército boliviano hace 40 años, el 7 de octubre de 1967, en La Higuera, cerca de Vallegrande, en el departamento de Santa Cruz, y ejecutado al día siguiente. En 1997 sus restos fueron exhumados y llevados a Santa Clara, en Cuba. Cf. "Feiern für Che Guevara in Lateinamerika", en *Neue Zürcher Zeitung*, 10 de octubre del 2007, p. 5.

[9] Cf. "Chávez als neuer Star am Mercosur-Gipfel", en *Neue Zürcher Zeitung*, 24 de setiembre del 2006, p. 2.

ción de zonas de preferencia regionales. A partir de este concepto de integración, los conflictos económicos parecen estar preprogramados en caso de que efectivamente se concrete el ingreso de Venezuela al MERCOSUR.

Lo particularmente interesante en esta temática objetiva es, sin embargo, la circunstancia de que es posible que nunca se concrete el cambio de lado de Venezuela, dado que, si bien ya se materializó su salida de la CAN, su ingreso en el MERCOSUR podría fracasar, algo que parece cada vez más probable en vista de que hasta el momento tanto Brasil como Paraguay se negaron a ratificar el Protocolo de Adhesión de Venezuela al MERCOSUR. Para no quedarse sentado entre dos sillas, más recientemente Chávez está dando marcha atrás y habla de solicitar su reingreso a la CAN. Por el momento, el final de estas idas y venidas es totalmente incierto y probablemente depare una que otra sorpresa.

2. La salida de Venezuela de la Comunidad Andina

En julio del año 2004, durante la reunión del XV Consejo Presidencial Andino que tuvo lugar en Quito, el presidente venezolano anunció su intención de retirarse de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en respuesta a la suscripción de tres tratados de libre comercio (TLC) con los Estados Unidos celebrados por los gobiernos de Colombia, Ecuador y Perú, considerando que ellos contrariaban los objetivos de integración establecidos en el Acuerdo de Cartagena, que dio origen al Pacto Andino.[10]

Casi dos años más tarde, Chávez aprovechó una reunión con sus colegas de Bolivia, Paraguay y Uruguay, celebrada el 19 de abril del 2006 en Asunción, para anunciar la construcción de un gasoducto entre Bolivia y Paraguay, confirmando su voluntad de salir de la CAN. Este anuncio se hizo justamente cuando Venezuela ejercía la presidencia pro témpore de la CAN, lo que le permitió bloquear algunas iniciativas urgentes, como la convocatoria de una cumbre presidencial.

La *Carta de denuncia del Acuerdo de Cartagena* fue acompañada por el *Memorando de entendimiento* del 9 de agosto del 2006 y un *Protocolo de aplicación de un mecanismo de solución de controversias provisional*, como forma de garantizar un ordenado proceso de desvinculación de Venezuela de los deberes y derechos contraídos con la CAN.

---

[10] Laredo, Cignacco, Díaz y Angelone: "Perspectivas del MERCOSUR ante la incorporación de Venezuela", en *Aportes para la Integración Latinoamericana*, año XII, n.º 14, Instituto de Integración Latinoamericana y Universidad Nacional de La Plata, julio 2006, p. 56.

2.1. Venezuela como país miembro del Pacto Andino y de la Comunidad Andina respectivamente

Venezuela no fue uno de los países fundadores del Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969,[11] la partida de nacimiento del Pacto Andino[12] como acuerdo subregional y antecedente de la actual Comunidad Andina de Naciones (CAN).[13] Se convirtió en miembro pleno mediante su adhesión al Consenso de Lima —protocolo modificatorio del Pacto Andino—, del 13 de febrero de 1973, y sobre la base de las *Condiciones para la adhesión de Venezuela al Acuerdo* (decisión 70 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena).[14]

Mediante el Protocolo de Quito, del 12 de mayo de 1987,[15] el Pacto Andino fue transformado en la CAN, y concretado en sus detalles a través del Protocolo de Trujillo (1996)[16] y el Protocolo de Sucre (1997).[17] Con estos documentos la CAN se apartó también en lo formal del Acuerdo de Cartagena (1969) y el tratado madre de este, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) (1960) o Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

2.2. La denuncia del Acuerdo de Cartagena por Venezuela

El 22 de abril del 2006 Venezuela elevó su carta de denuncia del Acuerdo de Cartagena a la Comisión de la CAN y al gobierno peruano, ya que la sede de los órganos ejecutivos de la CAN se encuentra en Lima. Dado que, como se dijo, en ese momento ejercía la presidencia pro témpore de la Comunidad Andina, mal podía notificarse ella misma de su renuncia.

Aunque muchos comentaristas consideran que se trata de un mero pretexto y un camuflaje político, queremos resumir brevemente las razones que esgrimió Venezuela en los párrafos centrales de su carta de denuncia, dado que reflejan la filosofía de integración totalmente contrapuesta a las zonas tradicionales de integración en América Latina:

> Las recientes negociaciones y firma de los TLCs […], han conformado un nuevo cuerpo legal que pretende asimilar la normativa de los TLCs a la Comunidad Andina, cambiando de facto su naturaleza y principios originales […] Los TLC a la Comunidad Andina propulsan una injusta distribución de la riqueza y frenan el impulso del desa-

---

[11] 8 ILM 1969, pp. 910 ss.; Junta del PA-INTAL (ed.): *Historia documental del Acuerdo de Cartagena* (1974), pp. 17 ss.; ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm›.

[12] Ver W. M. Kühn: *Die Andengemeinschaft* (2003).

[13] Cf. W. Hummer: "Integration in Lateinamerika …" (nota 4), pp. 25, 47 ss.

[14] Cf. W. Hummer: "Neuerungen im lateinamerikanischen und karibischen Integrationsrecht", en *Verfassung und Recht in Übersee*, 2006, p. 80 ss.

[15] *Integración Latinoamericana*, n.º 134, mayo de 1988, BID-INTAL, p. 62 ss.

[16] Protocolo modificatorio del Acuerdo de integración subregional andino, del 10 de marzo de 1996; ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/trujillo.htm›.

[17] Protocolo de Sucre, del 25 de junio de 1997; cf. nota 24.

> rrollo integral del pueblo, provocando la progresiva desaparición de sectores productivos nacionales y la consecuente pérdida de soberanía económica. En general, los TLCs, poseen la misma concepción neoliberal del "Área de Libre Comercio de las Américas" (ALCA)[18] traduciéndose en injusticia, desigualdad, exclusión, privilegios de las minorías, discriminación y quebrantamiento de los principios de igualdad y progresividad en la garantía y disfrute de derechos, estableciendo nuevas formas de colonialismo.[19]

Sin embargo, el verdadero motivo de la salida de Venezuela de la CAN fue que, una vez concretado su ingreso al MERCOSUR, se habría convertido en miembro de dos uniones aduaneras, aunque ambas aún en *in statu nascendi*. A pesar de que, según las reglas que rigen el GATT, jurídicamente es posible pertenecer a dos zonas de preferencias regionales al mismo tiempo[20] —una realidad que en América Latina, con sus múltiples zonas de integración subregionales,[21] es más una regla que una excepción—, en el caso de dos uniones aduaneras no es posible, porque un país no puede aplicar dos aranceles externos comunes (distintos) a la vez.[22] Solo si ambos aranceles externos se asimilan, como fue el caso de los Estados del BENELUX dentro de la Comunidad (Económica) Europea,[23] es posible pensar en formar parte de dos uniones aduaneras al mismo tiempo y sería también factible llevarlo a la práctica.

---

[18] Archiv der Gegenwart del 11 de diciembre de 1994, pp. 39551 ss.; véase W. Hummer: "Integrationszonen als Elemente der politischen, wirtschaftlichen und völkerrechtlichen Wirklichkeit beider Amerikas in den neunziger Jahren", en *Lateinamerika-Informationen*, n.º 2-3, 1995, Österreichisches Lateinamerika-Institut/Viena, p. 7.

[19] Carta de denuncia del señor Alí Rodríguez Araque, ministro de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, a la presidenta y demás miembros de la Comisión de la Comunidad Andina, Caracas, 22 de abril del 2006, ‹http://www.mintra.goV.ve/noticias/ 2006/abril/denuncia_acuerdo_cartagena.html›.

[20] Véase W. Hummer y D. Prager: "Zur GATT - Kompatibilität von Mehrfachmitgliedschaften in regionalen Präferenzzonen - dargestellt am Beispiel Mexikos in der NAFTA/ALADI und Liechtensteins im EWR/Zollanschlussvertrag Schweiz", en *Archiv des Völkerrechts*, n.º 4, 1997, pp. 367 ss.; W. Hummer y D. Prager: "GATT, ALADI, NAFTA. Pertenencia simultánea a diferentes sistemas de integración" (1998); W. Hummer y D. Prager: "La pertenencia simultánea de un Estado a varios esquemas de integración económica y el sistema del GATT", en *Roma e América. Diritto Romano Comune*, n.º 6, 1998, pp. 3 ss.; S. Rios y L. Maduro: "Venezuelas Beitritt zum MERCOSUR", *Venezuela y el MERCOSUR, Análisis e Informaciones*, n.º 24, Fundación Konrad Adenauer, mayo del 2007, p. 49, presuponen equivocadamente que la pertenencia paralela a dos uniones aduaneras es concepcionalmente incompatible.

[21] Véase W. Hummer: "Subregionale Präferenzzonen als Mittel lateinamerikanischer Integrationspolitik", en *Zeitschrift für Lateinamerika*, Wien, Sonderband 1975; W. Hummer: "Regionale und subregionale Integrationszonen in Lateinamerika und der Karibik", en *Verfassung und Recht in Übersee*, 1976, pp. 71 ss.

[22] Véase también A. Gutiérrez: "Venezuela: oportunidades y amenazas de su inserción en el MERCOSUR", en Aportes para la Integración Latinoamericana, año XII, n.º 14, Instituto de Integración Latinoamericana y Universidad Nacional de La Plata, julio 2006, pp. 30 s.; Ríos y Maduro (nota 20), p. 50.

[23] Cf. artículo 306 del Tratado de la Comunidad Europea; P. Pescatore: "Belgium-Luxembourg Economic Union", en R. Bernhardt: *Encyclopedia of Public International Law* (1992), t. 1, pp. 367 ss.; E. D. Kruijtbosch: "Benelux Economic Union", en R. Bernhardt: *Encyclopedia of Public International Law* (1992), t. 1, pp. 373 ss.

La denuncia del Acuerdo de Integración Subregional Andino se basó en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena,[24] que dice:

> El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición como Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.
>
> El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado.
>
> En relación con los Programas de Integración Industrial se aplicará lo dispuesto en el literal i) del Artículo 62.

De esta norma y de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN[25] se desprende que a partir del 22 de abril del 2006 cesaron para Venezuela los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión. Ello significa que Venezuela debe mantener su régimen de liberalización de aranceles hasta cinco años después de su salida de la CAN —es decir, hasta el 2011—, lo que en la práctica significa que hasta entonces debe realizar sus importaciones y exportaciones en relación con Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú respetando los actuales aranceles. El secretario general de la CAN, *Allan Wagner Tizón*, hizo nuevamente referencia a esta circunstancia en el momento de dar a conocer el retiro de Venezuela del bloque.[26] En la Tercera Sesión del Grupo de trabajo Comunidad Andina - Venezuela, el 15 de diciembre del 2006, en Lima, Venezuela expuso al respecto su deseo de ver abreviado a dos años el período de transición en el sentido del artículo 135, inciso 2, del Acuerdo de Cartagena. Corresponde ahora a la Comisión de la CAN analizar esta solicitud.

En este contexto, la Secretaría General de la CAN elaboró dos documentos; por un lado, las *Consideraciones jurídicas de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela y sobre la protección del acervo histórico de las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina;*[27]por el otro, el *Acervo histórico y perspectivas de las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina y Venezuela*.[28] En el primer documento se revisan:

a) el alcance de los derechos y obligaciones del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena entre Venezuela y los países miembros;

---

[24] Nota 16; modificado por el Protocolo de Sucre de 25 de Junio de 1997, que entró en vigencia el 14 de abril del 2003; ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/sucre.htm›.

[25] Véase en este contexto, por ejemplo: Tribunal de Justicia de la CAN, proceso 125-AI-2004; proceso 145-AI-2005 y proceso 2-AI-2006.

[26] Cf. *Eurolat*, n.º 101, CELARE, 21 de abril al 4 de mayo del 2006.

[27] CAN, Secretaría General, SG/dt 341 del 3 de mayo del 2006.

[28] CAN, Secretaría General, SG/dt 347 del 28 de junio del 2006.

b) el acervo histórico normativo de las relaciones entre los países miembros y Venezuela en materias distintas al Programa de Liberación;
c) las implicaciones de la denuncia del Acuerdo de Cartagena en la participación de Venezuela en los órganos principales del Acuerdo de Cartagena y otros comités y consejos del proceso de integración;
d) la metodología y el tipo de acuerdo para formalizar las relaciones jurídicas entre las partes.

Finalmente, un estudio sobre los efectos jurídicos de la denuncia en ciertas materias del ordenamiento jurídico de la CAN figura como anexo.

A partir del 22 de abril del 2006 se produjo, además, el retiro de los delegados y funcionarios venezolanos de los órganos andinos;[29] el Tribunal de Justicia de la CAN se inhibió de seguir conociendo de las demandas por incumplimiento[30] y de los sumarios por incumplimiento de sentencia iniciados contra Venezuela;[31] la Secretaría General se inhibió de continuar el conociendo de los trámites de investigación de prácticas anticompetitivas de Venezuela y dejó sin efecto la autorización para la aplicación de medidas provisionales,[32] entre otros efectos.

2.3. El Memorando de entendimiento

A los efectos de ejecutar y precisar las normas contempladas en el mencionado artículo 135 del Acuerdo de Cartagena (retiro de la aplicación de los derechos y obligaciones), los Estados miembros de la CAN y la República Bolivariana de Venezuela firmaron el 9 de agosto del 2006 en Lima un *Memorando de entendimiento*.[33] En dicho instrumento, que no requeriría aprobación de los Congresos por tratarse de un mero desarrollo del artículo 135, los países convendrían hacer efectivos los derechos y obligaciones derivados del Programa de Liberación de bienes por el período de cinco años, dando plena aplicación de las disposiciones previstas en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, así como a las normas de calificación de orígen previstas en el capítulo XII. Si existiera acuerdo, este plazo podría extenderse más allá de los cinco años.[34]

---

[29] Ver considerandos de la decisión 640 del CAMRE, "Renuncia del Secretario General de la Comunidad Andina", 2/8/2006, GOAC, n.º 1377, 3/8/60.

[30] Véase la compilación en M. Vaillant: *Convergencias y divergencias en la integración sudamericana*, Santiago de Chile: CEPAL, serie Comercio Internacional n.º 83, agosto del 2007, p. 71, nota 77.

[31] Ibídem, nota 78.

[32] Resolución 1036 de la Secretaría General, GOAC, n.º 1373, 24/07/06.

[33] GOAC, año XXIII, n.º 1381, 10/8/2006, 2.4.

[34] CAN, Secretaría General, SG/dt 356, "Ayuda Memoria. Resumen aspectos jurídicos derivados de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela", del 2 de agosto del 2007 (5/11/79), pp. 1 s.

Mediante este *Memorando* se creó un grupo de trabajo con el objeto de que en el plazo de 30 días contados a partir de su instalación, prorrogables por un a sola vez por otros 30 días, estableciera las normas transitorias aplicables al programa de liberación de bienes, en materia de medidas de salvaguardia, solución de controversias, medidas sanitarias y fitosanitarias, y obstáculos técnicos al comercio, en concordancia con el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena. Asimismo, este grupo definirá los ajustes que se consideren pertinentes en el régimen de origen vigente para el comercio entre las partes. Contará con el apoyo técnico de la Secretaría General de la CAN. Iniciará sus trabajos, a más tardar, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del memorando, y elevará sus recomendaciones a las partes (artículo segundo). El grupo de trabajo se reunió por primera vez el 16 de octubre del 2006 en Lima.

Según el artículo tercero, los países miembros de la CAN, por una parte, y Venezuela, por otra, con fundamento en los resultados del grupo de trabajo, suscribirían, a más tardar el 30 de octubre del 2006, un Acuerdo que incorporara las normas transitorias acordadas aplicables al programa de liberación comercial de bienes en lo referente a salvaguardias, solución de controversias, medidas sanitarias y fitosanitarias, y obstáculos técnicos al comercio, en el marco del programa de liberación comercial de bienes. Sin embargo, a pesar del término del plazo fijado y de su prórroga, las partes, a la fecha, no han llegado a un acuerdo sobre las normas aplicables al período de transición previsto en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena.

Con base en el artículo quinto, los países miembros de la CAN darán aplicación al *Memorando de entendimiento* mediante decisión de la Comisión de la CAN. Consecuentemente, la Comisión de la CAN aprobó el *Memorando* el 9 de agosto del 2006, mediante su decisión 641,[35] y encomendó a la Secretaría General de la CAN adelantar los trabajos técnicos y coordinaciones necesarias para el cumplimiento de las tareas asignadas al grupo de trabajo mencionado.

2.4. El Protocolo de aplicación de un mecanismo de solución de controversias provisional

Con el propósito de dar seguridad jurídica a las operaciones comerciales que se realizan entre Venezuela y los países miembros, y en tanto no se reúna el grupo de trabajo y recomiende otro esquema más permanente, las partes podrían suscribir un *Protocolo de aplicación de un mecanismo de solución de controversias provisional entre los países miembros de la CAN y la República Bolivariana de Venezuela*[36] que contenga un mecanismo de solución de controversias provisional para solucionar las

---

[35] GOAC, n.º 1381 (nota 33), p. 1.

[36] Texto: Anexo III de la "Ayuda Memoria" (nota 34), pp. 7 ss; véase SG/dt 356 del 2 de agosto del 2006.

diferencias que surjan por la interpretación, aplicación o incumplimiento del Programa de Liberación previsto en los capítulos VI y XII del Acuerdo de Cartagena.

El mecanismo que se incluye en dicho *Protocolo* consta de tres etapas, básicamente.

1) Una *primera etapa* de consultas donde la parte reclamante o afectada solicita una reunión especificando sus motivos, así como las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan la reclamación.
2) Una *segunda etapa* en la que, de no alcanzar un acuerdo dentro de los 30 días siguientes a la reunión, las partes podrán nombrar un mediador que emitirá un informe de recomendaciones. El mediador será seleccionado de común acuerdo por las partes dentro de los 15 días siguientes a la finalización de la etapa directa, para lo cual podrán tener en cuenta los candidatos incluidos en las listas conformadas para ello. Cada lista estará conformada por cinco nacionales y dos no nacionales de la parte correspondiente y acreditarán conocimiento profundo en el comercio exterior y materias relacionadas con el programa de liberación. Si no hubiera acuerdo, el mediador será designado por el secretario general de la ALADI.
   Surtida la selección, el mediador será notificado e informado de los antecedentes que han dado lugar a la controversia, para que dentro de los 20 días siguientes sostenga una reunión con las partes en la que escuchará sus argumentos y resolverá inquietudes sobre el caso. Escuchadas las partes y, en todo caso, antes de que se cumplan 40 días después de haber sido notificado, el mediador emitirá y enviará su informe de recomendaciones a las partes.
3) Una *tercera etapa* en la que las partes, después de conocido el informe del mediador, se reunirán para determinar la manera de solucionar la controversia. Si alcanzado un acuerdo la parte reclamada no lo cumple, la parte reclamante podrá adoptar medidas de suspensión temporal de ventajas derivadas del Programa de Liberación, de manera proporcional, previa notificación y hasta que culmine el incumplimiento. Dicho protocolo entraría en vigencia una vez se surtan los procedimientos internos a que haya lugar según las normas constitucionales de las partes, y se aplicaría provisionalmente desde su suscripción.

2.5. Primeros resultados

En el marco de la reunión extraordinaria del Consejo Presidencial realizada el 13 de junio del 2006 en Quito, los jefes de Estado de los restantes cuatro países miembros de la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) reafirmaron “su vocación integracionista y su firme decisión de avanzar en el fortalecimiento y consolidación de la Comunidad Andina así como en la profundización de sus relaciones externas”, dando por superada la crisis generada tras la denuncia de Venezuela del Acuerdo de

Cartagena.[37] Al hacerlo, los presidentes de los Estados miembros de la CAN dieron a entender, algo apresuradamente, que consideran superados los problemas provocados por la salida de Venezuela del bloque. En verdad, sigue pendiente de resolución una serie de cuestiones referidas a la tramitación de la salida de Venezuela de la CAN, amén de que, a partir de las consideraciones de Venezuela sobre un eventual retorno a la CAN, se agregan ahora nuevas dificultades.

A continuación se describirán sucintamente los problemas de Venezuela emergentes de su proyectado ingreso al MERCOSUR.

3. La adhesión de Venezuela al MERCOSUR

Sin duda, la salida de Venezuela de la CAN y la consiguiente necesidad de *desvincularse* de sus derechos y deberes como miembro pleno plantean una serie de problemas. Sin embargo, su adhesión al MERCOSUR es mucho más compleja aún. El cambio del estatus actual de *Estado asociado*, obtenido en el 2004, por el de *miembro pleno* en el MERCOSUR enfrenta una serie de dificultades. Sin duda, la dificultad formal más seria es la no ratificación del Protocolo de Adhesión por Brasil y Paraguay, una situación que será abordada con mayor profundidad más adelante. Sin embargo, si el Protocolo de Adhesión finalmente llegara a entrar en vigor, concedería a Venezuela el estatus de miembro pleno a partir de ese momento y sin que hubiera puesto en marcha las medidas de liberalización que son condición para calificar como miembro pleno, y para las cuales se le había concedido un plazo de transición hasta el 2014. Hasta ese momento rigen las disposiciones del Acuerdo de Complementación Económica (ACE) n.º 59, firmado entre tres miembros de la CAN (Colombia, Ecuador y Venezuela) y el MERCOSUR el 16 de diciembre del 2003.

3.1. Las condiciones de adhesión al MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)[38] (1991) como acuerdo de complementación económica (ACE) n.º 18,[39] es una zona de integración subregional[40] en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) (1980),[41] a partir de lo cual se explica la disposición del artículo 20 del tratado fundacional, el Tratado

---

[37] Comunidad Andina (ed.): *Quiénes somos. Cronología*, p. 2, ‹http://www.comunidadandina.org/quienes/crono.htm›.

[38] El MERCOSUR tiene cerca de 12 millones de kilómetros cuadrados, un mercado potencial del 200 millones de habitantes y un PIB acumulado de más de un billón de dólares estadounidenses, lo que lo ubica entre las cuatro mayores economías del mundo; tomado de ‹http://mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1587&Itemid=1316›.

[39] Cf. Hummer: “Integration in Lateinamerika” (nota 5), p. 48.

[40] Cf. W. Hummer: “Subregionale Präferenzzonen…” (nota 21), pp. 11 ss.

[41] 20 ILM 1981, p. 672 ss.; cf. Hummer: “Integration in Lateinamerika” (nota 5), pp. 42 s.

de Asunción (1991),[42] según la cual el MERCOSUR (únicamente) está abierto a aquellos Estados que son también miembros de la ALADI. Los detalles concretos de las condiciones de admisión al MERCOSUR —sobre la base del artículo 20 del Tratado de Asunción— se establecieron en la *Reglamentación del artículo 20 del Tratado de Asunción*[43] del Grupo Mercado Común (GMC), de acuerdo con la cual los países miembros de la ALADI que deseen adherir al Tratado de Asunción deberán presentar la solicitud correspondiente por escrito al Consejo del Mercado Común (CMC), por intermedio de la presidencia pro témpore (artículo 1). La solicitud deberá ser aprobada por unanimidad de los Estados partes y será expresada mediante decisión del CMC (artículo 2). Luego de aprobada la solicitud, el CMC instruirá al GMC que negocie con los representantes del estado adherente las condiciones y términos específicos de la adhesión, los que deberán necesariamente comprender:

a) la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto[44] y al Protocolo de Olivos para Solución de Controversias del MERCOSUR;[45]
b) la adopción del arancel externo común del MERCOSUR, mediante la definición, en su caso, de un cronograma de convergencia para su aplicación;
c) la adhesión del estado adherente al acuerdo de complementación económica n.º 18 y sus protocolos adicionales a través de la adopción de un programa de liberalización comercial;
d) la adopción del acervo normativo del MERCOSUR, incluyendo las normas en proceso de incorporación;
e) la adopción de los instrumentos internacionales celebrados en el marco del Tratado de Asunción, y
f) la modalidad de incorporación a los acuerdos celebrados en el ámbito del MERCOSUR con terceros países o grupos de países, así como su participación en las negociaciones externas en curso (artículo 3).

La negociación se llevará a cabo por un grupo ad hoc que estará integrado por los representantes de los Estados partes y del estado adherente (artículo 4). El CMC deberá recibir los resultados de las negociaciones mencionadas en el artículo 4 en un plazo máximo de 180 días, a partir de la primera reunión del grupo ad hoc. Dicho plazo podrá ser susceptible de una prórroga automática por un período de igual duración. Vencidos estos plazos sin haberse concluido los acuerdos con respecto a las condiciones y términos específicos de la adhesión, el CMC evaluará la situación del estado adherente con relación al MERCOSUR (artículo 5). Los resultados de esas negociaciones estarán contenidos en un protocolo de adhesión, el cual deberá ser

42 30 ILM 1991, pp. 1041 ss.
43 MERCOSUR/CMC/Dec. n.º 28/05 del 7 de diciembre del 2005.
44 Versión en inglés: 34 ILM 1995, pp. 1248 ss.
45 Versión en inglés: 42 ILM 2003, pp. 2 ss.

incorporado al ordenamiento jurídico de los Estados signatarios (artículo 6). Hasta la entrada en vigencia del protocolo de adhesión el estado adherente podrá participar en las reuniones de los órganos y foros del MERCOSUR, con derecho a voz (artículo 7).

3.2. Digresión: otros candidatos a ingresar al MERCOSUR

Además del carácter de miembro pleno según el artículo 20, el Tratado de Asunción (1991) y la decisión n.º 18/04 del Consejo del Mercado Común (CMC)[46] prevén también el estatus de *miembro asociado* para terceros países, al que hasta ahora se acogieron Bolivia (1997), Perú (2003), Ecuador (2004), Colombia (2004) y Venezuela (2004). Chile tiene desde 1996 el estatus de *observador*. Venezuela es el primer estado miembro de la ALADI que no se conforma con esta situación intermedia y ha presentado una solicitud de ingreso al MERCOSUR.

La futura ampliación del MERCOSUR a partir del ingreso de Venezuela seguramente no será a última. En la XXXI Sesión del Consejo del MERCOSUR, celebrada los días 14 y 15 de diciembre del 2006 en Brasilia, también se deliberó acerca de la intención de Bolivia de transformar su actual estatus de estado asociado en el de miembro pleno, un pedido que, según declaraciones del ministro de Relaciones Exteriores de Brasil, Celso Amorim, se formalizaría en el primer semestre del 2007 mediante la presentación de una solicitud oficial de adhesión.[47] Como consecuencia de estas declaraciones, el presidente Rafael Correa manifestó que una de las primeras medidas oficiales de su gestión sería elevar un pedido de admisión de Ecuador al MERCOSUR.

En una cumbre extraordinaria de los ahora cuatro Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones celebrada el 14 de junio del 2006, se acordó no solo llegar a una rápida consolidación institucional y de procedimiento de la Comunidad Andina, sino solicitar a Chile que transforme su actual estatus de observador en el de miembro pleno. Sin embargo, el 20 de septiembre del 2006 Chile solo aceptó transformar su estatus de observador en el de *estado asociado*,[48] sin acceder a ingresar a la Comunidad Andina en calidad de miembro pleno. (Treinta años atrás, en 1976, había abandonado el Pacto Andino.)[49] La decisión de Chile permitió a la Comunidad Andina estrechar lazos con un importante estado del Cono Sur, a solo seis meses de la salida de Venezuela, aun cuando solo en forma de estado asociado.

---

46 MERCOSUR/CMC/Dec. n.º 18/04 del 7 de julio del 2004 ("Régimen de participación de los Estados asociados al MERCOSUR").

47 Entrevista con Celso Amorim en *Folha de São Paulo*, 16 de diciembre del 2006.

48 *Eurolat*, n.º 72, CELARE, agosto-octubre 2006, p. 17.

49 La razón fue la controvertida decisión 24 (1974), que instituyó un régimen común para inversiones extranjeras en el Pacto Andino; cf. Hummer: "Subregionale Präferenzzonen…" (nota 21), pp. 98 ss.

3.3. La solicitud de Venezuela de adherirse al MERCOSUR y su destino futuro

Venezuela presentó su solicitud de adhesión al MERCOSUR cinco meses antes de plantear su salida de la CAN, el 22 de abril del 2006, y lo hizo durante la XVI Cumbre Iberoamericana, celebrada los días 14 y 15 de octubre del 2005 en Salamanca. La solicitud fue acogida con satisfacción por el CMC el 8 de diciembre del 2005 mediante decisión n.º 29/05.[50] Asimismo, el CMC instruyó al GMC a negociar, al amparo del artículo 20 del Tratado de Asunción y su reglamentación, las condiciones y términos específicos de la adhesión de Venezuela al MERCOSUR. Tal como ya había sido estipulado en el artículo 7 de la mencionada decisión n.º 28/05, *Reglamentación del artículo 20 del Tratado de Asunción*, también el artículo 4 de la decisión n.º 29/05 establece que hasta la entrada en vigor del protocolo de adhesión el estado adherente podrá participar en las reuniones de los órganos y foros del MERCOSUR con voz pero sin voto.

3.3.1. El Acuerdo marco para la adhesión de Venezuela al MERCOSUR

Como anexo a la decisión n.º 29/05 figura un proyecto de *Acuerdo marco para la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR*,[51] en el que los Estados miembros del MERCOSUR y Venezuela acuerdan crear un grupo ad hoc, referido en la decisión n.º 28/05, integrado por representantes de los Estados partes del MERCOSUR y de Venezuela para negociar los plazos y condiciones que determinarán el desarrollo del proceso de adhesión de este país al MERCOSUR. Los resultados de esas negociaciones estarán contenidos en un protocolo de adhesión que deberá ser incorporado al ordenamiento jurídico de los Estados signatarios. Los Estados partes del MERCOSUR, con el ánimo de facilitar la adhesión de Venezuela, suministrarán, en un lapso no mayor de 60 días a partir de la firma del acuerdo, todos los instrumentos jurídicos que constituyen el acervo normativo que lo rige, y su estado de incorporación, así como los instrumentos internacionales celebrados en el marco del Tratado de Asunción. El grupo ad hoc deberá realizar su primera reunión en la primera quincena del mes de mayo del 2006, en la cual se determinarán el plan y los grupos de trabajo.

El artículo 5 del proyecto del acuerdo marco repite una vez más que a partir de la firma de este Venezuela podrá participar en las reuniones del CMC, el GMC y los demás órganos y foros del MERCOSUR con derecho a voz.

---

[50] Solicitud de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercado Común del Sur, MERCOSUR/CMC/Dec n.º 29/05, 8 de diciembre del 2005.

[51] "Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR (suscrito en Montevideo el 9 de diciembre del 2005)", en *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR/La Ley*, año 10, n.º 2, marzo 2006, pp. 151 s.

3.3.2. El Protocolo de adhesión de Venezuela al MERCOSUR

Sobre la base del acuerdo marco, los presidentes de los cuatro Estados miembros del MERCOSUR y Venezuela firmaron el 4 de julio del 2006 en Montevideo el *Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR* y sus anexos,[52] en el que se acuerda que Venezuela adhiere al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto y al Protocolo de Olivos para Solución de Controversias del MERCOSUR, en los términos establecidos en el artículo 20 del Tratado de Asunción (artículo 1). A partir de la fecha de la entrada en vigencia del protocolo, Venezuela adquirirá la condición de estado parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el MERCOSUR, de conformidad con el artículo 2 del Tratado de Asunción y los términos del protocolo de adhesión (artículo 10).

El protocolo de adhesión, instrumento adicional al Tratado de Asunción, entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación (artículo 12).

Las partes se comprometen a realizar las modificaciones a la normativa MERCOSUR necesarias para la aplicación del protocolo. Según el artículo 3, Venezuela adoptará el acervo normativo vigente del MERCOSUR, en forma gradual, a más tardar cuatro años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de este instrumento. A tales efectos, el grupo de trabajo creado en el artículo 11 del protocolo de adhesión establecerá el cronograma de adopción de dicha normativa.

A más tardar cuatro años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del protocolo, Venezuela adoptará la nomenclatura común del MERCOSUR (NCM) y el arancel externo común (AEC). A estos efectos, el grupo de trabajo establecerá el cronograma de adopción del AEC contemplando las eventuales excepciones de acuerdo con las normas pertinentes del MERCOSUR.

Las partes se comprometen a alcanzar el libre comercio en los siguientes plazos máximos (artículo 5):[53]

- Argentina a Venezuela: 1 de enero del 2010.
- Brasil a Venezuela: 1 de enero del 2010.
- Venezuela a Argentina: 1 de enero del 2012.
- Venezuela a Brasil: 1 de enero del 2012.

---

[52] Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, con los siguientes anexos: Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur y Lista de Productos Paraguayos y Uruguayos, que abarca unos 1500 productos (manufacturados) que, según el artículo 5 del Protocolo de Adhesión, están totalmente exentos del pago de aranceles por parte de Venezuela. Secretaría del MERCOSUR, Montevideo, 4 de julio del 2006 ‹www.mercosur.int; http://200.40.51.219/msweb/SM/Noticias/ infocumbre.asp›.

[53] Excepto para productos sensibles, en los que el plazo podrá extenderse hasta el 1 de enero del 2014.

- Venezuela a Paraguay: 1 de enero del 2012.[54]
- Venezuela a Uruguay: 1 de enero del 2012.[55]
- Paraguay a Venezuela: 1 de enero del 2013.
- Uruguay a Venezuela: 1 de enero del 2013.

En consecuencia, se prevén los siguientes *plazos de transición* para cada uno de los países: Argentina y Brasil deberán abrir sus mercados para los productos venezolanos en el 2010, en tanto que Venezuela solo deberá hacer lo propio para productos argentinos, brasileños, paraguayos y uruguayos en el 2012. Paraguay y Uruguay deberán abrir sus mercados para productos venezolanos solo en el 2013. Para productos sensibles de los cinco Estados miembros del MERCOSUR se establece un régimen de transición hasta el año 2014 (artículo 5, inciso 2). En un listado anexo al protocolo de adhesión, unos 1500 productos (procesados) con origen en Uruguay y Paraguay podrán ser importandos en Venezuela de inmediato exentos de aranceles.

A estos efectos, el grupo de trabajo establecerá un programa de liberalización comercial con sus respectivos cronogramas. El programa de liberalización comercial se aplicará sobre el total de los aranceles y medidas de efecto equivalente, excepto en lo contemplado en la normativa MERCOSUR vigente. Durante el período de transición del programa de liberalización comercial y hasta tanto Venezuela adopte el régimen de origen del MERCOSUR, se aplicará el régimen de origen previsto en el acuerdo de complementación económica (ACE) n.º 59. A más tardar el 1 de enero del 2014 quedarán sin efecto las normas y disciplinas previstas en el ACE n.º 59 para la relación entre las partes.

Las relaciones comerciales con el MERCOSUR, hasta tanto se concrete definitivamente la inserción de Venezuela como socio pleno del bloque, se regirán por lo establecido en el ACE n.º 59, firmado entre los miembros de la CAN (Colombia, Ecuador y Venezuela), de manera individual cada país, y el MERCOSUR el 16 de diciembre del 2003. Los restantes miembros de la CAN previamente habían firmado sus tratados de libre comercio con el MERCOSUR: Bolivia lo hizo el 17 de diciembre e 1996 (ACE n.º 36) y Perú el 25 de agosto del 2003 (ACE n.º 58).

Dicho de paso, este ACE n.º 59 fue el primer paso firme encaminado a la constitución de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), que vio la luz el 8 de diciembre del 2004 en Cuzco (Perú).[56] Este proyecto pretende incluir a los cuatro/cinco Estados que hacen parte del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay (y Venezuela), a los que se sumaría Chile; los miembros de la CAN: Bolivia, Co-

---

[54] Excepto para los principales productos de su oferta exportable, incluidos en el anexo IV del Protocolo de Adhesión, que gozarán de desgravación total e inmediata y acceso efectivo.

[55] Excepto para los principales productos de su oferta exportable, incluidos en el anexo IV del Protocolo de Adhesión, que gozarán de desgravación total e inmediata y acceso efectivo.

[56] Véase W. Hummer: "Neuerungen im lateinamerikanischen und karibischen Integrationsrecht", en *Verfassung und Recht in Übersee,* n.º 1, 2006, pp. 74 ss.

lombia, Ecuador y Perú, y otros dos países del Norte de América del Sur: Guyana y Surinam.[57]

3.3.3. El Informe final del grupo de trabajo

Según el artículo 11 del protocolo de adhesión, el grupo de trabajo deberá realizar su primera reunión dentro de los treinta días contados a partir de la fecha de suscripción del protocolo, es decir, el 4 de agosto del 2006, y concluir dichas tareas a más tardar en un plazo de ciento ochenta días a partir de la citada reunión. El primer plazo no se respetó totalmente, debido a que la sesión constitutiva del grupo de trabajo recién tuvo lugar el 5 de septiembre. La segunda sesión se desarrolló entre el 4 y el 6 de octubre y la tercera, prevista para comienzos de noviembre del 2006, fue postergada a pedido de Venezuela para que se pudiera analizar en forma exhaustiva el acervo comunitario. En la primera sesión se crearon cuatro subgrupos del grupo de trabajo, a saber:

- acervo normativo;
- adopción de la nomenclatura común del MERCOSUR (NCM) y del arancel externo común (AEC);
- programa de liberalización comercial, y
- relaciones con terceros países.

En su informe final,[58] el grupo de trabajo destacó que mantuvo cinco reuniones en el lapso de 180 días a partir de la fecha de la primera reunión, las que contaron con la presencia de las delegaciones de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Conforme con los compromisos asumidos en el protocolo de adhesión del 4 de julio del 2006, el grupo de trabajo se abocó a la tarea de:

- establecer un cronograma para la adopción del acervo normativo vigente del MERCOSUR;
- establecer el cronograma para la adopción de la nomenclatura común del MERCOSUR y del arancel externo común;
- establecer un programa de liberalización comercial con sus respectivos cronogramas;

---

[57] C. N. Oddone y L. Granato: "Los nuevos proyectos de integración regional vigentes en América Latina: la Alternativa Bolivariana para Nuestra América y la Comunidad Sudamericana de Naciones", en *Tendencias. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, Universidad de Nariño, vol. VIII. n.º 1, 1.er sem. 2007, pp. 76 ss.

[58] MERCOSUR/V CMC EXT./DI n.º 04/07.

- definir las condiciones y los cursos de acción a ser negociados con los terceros países o grupos de países involucrados para la adhesión de Venezuela a los instrumentos internacionales y acuerdos celebrados con ellos en el marco del Tratado de Asunción.

El resultado se detalla a continuación en forma muy breve:

1. *Adopción del acervo normativo vigente del* MERCOSUR. El cronograma está compuesto por cinco fases que se detallan a continuación:

a) *Primera fase*: dentro de los seis meses contados a partir de la entrada en vigor del protocolo de adhesión.
b) *Segunda fase*: dentro del primer año contado a partir de la entrada en vigor del protocolo de adhesión.
c) *Tercera fase*: dentro del segundo año contado a partir de la entrada en vigor del protocolo de adhesión.
d) *Cuarta fase*: dentro del tercer año contado a partir de la entrada en vigor del protocolo de adhesión.
e) *Quinta fase*: dentro del cuarto año contado a partir de la entrada en vigor del protocolo de adhesión.

El cronograma se aplicará al acervo normativo vigente clasificado como sigue:

- Protocolos e instrumentos adicionales o complementarios al Tratado de Asunción. El listado con 29 normas y sus respectivas fases de adopción consta como apéndice i al Informe final.
- Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos, incluyendo protocolos firmados en el marco del Tratado de Montevideo (1980). El apéndice II al Informe final contiene el listado con 12 normas y sus respectivas fases; quedan sin fase acordada para su adhesión los instrumentos que, estando vigentes, no requieren para entrar en vigor la ratificación de todos los Estados partes.
- La normativa derivada (el derecho secundario): decisiones del CMC, resoluciones del GMC y directivas de la Comisión de Comercio (CCM); estas normas se clasificaron como sigue: a) normas vigentes que requieren incorporación: el listado de 359 normas incluye 168 normas con sus respectivas fases de adopción y consta como apéndice III al Informe final; b) normas vigentes que no requieren incorporación para los Estados partes del MERCOSUR: el listado de 321 normas incluye 232 con sus respectivas fases de adopción y consta como apéndice IV al Informe final.

2. *Adopción de la nomenclatura común del* MERCOSUR *(*NCM*) y del arancel externo común (*AEC*)*: Venezuela adoptará, a más tardar en cuatro años a partir de la fecha de entrada en vigencia del protocolo de adhesión, la NCM y el AEC, contemplando las eventuales excepciones a este de acuerdo con las normas pertinentes del MERCOSUR. A esos efectos, el grupo de trabajo estableció una correlación de 11 582 ítems entre la NCM y la nomenclatura de Venezuela, a ser actualizada y ajustada de común acuerdo entre las cinco delegaciones. Además, Venezuela adoptará el arancel externo común del MERCOSUR de acuerdo con el siguiente cronograma, contado desde la entrada en vigencia del protocolo de adhesión:

a) no más de 60 días, por lo menos el 3% de las líneas arancelarias de la NCM;
b) a partir del segundo año, por lo menos el 20% de las líneas arancelarias de la NCM;
c) a partir[59] del cuarto año, las restantes líneas arancelarias e la NCM. Asimismo, Venezuela presentará, a más tardar el 2 de septiembre del 2007 o a la entrada en vigencia del protocolo de adhesión, si esta fecha fuera anterior, las listas en NCM de productos de las etapas del cronograma de adopción del AEC mencionadas en los literales *a*, *b* y *c*.

3. *Establecimiento del programa de liberalización comercial con sus respectivos cronogramas*: se han acordado los cronogramas de desgravación entre Paraguay y Venezuela y viceversa, así como entre Uruguay y Venezuela y viceversa.

4. *Condiciones y cursos de acción a ser negociados con los terceros países o grupos de países involucrados para la adhesión de Venezuela a los instrumentos internacionales y acuerdos celebrados con estos en el marco del Tratado de Asunción*: el grupo de trabajo definió las respectivas condiciones y cursos de acción a ser negociados con terceros países o grupos de países. El MERCOSUR, a través de sus presidencias pro témpore, proveyó a Venezuela listados y copias oficiales de los instrumentos internacionales a acuerdos celebrados con terceros países.

El Informe final será elevado al CMC en su próxima reunión, a mediados de abril del 2007, a través del GMC, con la solicitud de que el CMC determine los instrumentos jurídicos por los cuales se formalizarán los acuerdos alcanzados en el marco del grupo de trabajo y otros que se adopten en cumplimiento de las disposiciones del protocolo de adhesión.

---

[59] Félix Peña señala en este contexto que se dice “a partir” y no “en el” cuarto año; “El ingreso de Venezuela al MERCOSUR”, en *MERCOSUR ABC*, 22 de marzo del 2007, ‹hht://www.mercosurabc.com.ar/notaasp?IdNota=1080&IdSeccion=2›.

Sin embargo, no habría sido posible elaborar el Informe final del grupo de trabajo, sumamente detallado, de no haber realizado la Secretaría del MERCOSUR un excelente trabajo previo. En su informe técnico n.º 012/05, *Relevamiento completo de las normas (tratado, protocolos, acuerdos, decisiones, etc.) y declaraciones que Venezuela debería ratificar y/o adherir para convertirse en estado parte del MERCOSUR*, del 11 de noviembre del 2005,[60] la Secretaría confeccionó una lista de todos los actos jurídicos primarios y secundarios previos, así como demás normas pertinentes aprobadas en el marco del MERCOSUR.

3.4. Primeros resultados

Apenas unos pocos días después de la firma del protocolo de adhesión al MERCOSUR el 4 de julio del 2006, la Asamblea Nacional de Venezuela fue el primer parlamento de un Estado parte en aprobar el protocolo de adhesión, el 14 de julio, que fue ratificado por el presidente venezolano y promulgado el 19 de julio.[61] Al mismo tiempo, los cuatro presidentes de los Estados del MERCOSUR suscribieron la *Declaración presidencial del MERCOSUR*,[62] en la que —obviamente como forma de *controlar* y *rechazar* conceptos políticos excesivamente rigurosos de Hugo Chávez— hicieron expresa referencia a la "finalidad política" del MERCOSUR,[63] tal como fuera consagrada en la *Declaración presidencial sobre el compromiso democrático en el MERCOSUR*[64] del 25 de junio de 1996 en San Luis/Potrero de los Funes y ampliada en el

---

[60] Preparado por la Secretaría del MERCOSUR, Sector de Normativa y Documentación, Sector de Asesoría Técnica: Nota PPTU n.º 593/2005 (Presidencia Pro Tempore), 31 de octubre del 2005.

[61] Ley aprobatoria del "Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR", 13/07/2006, GOAC n.º 38.482, 19/07/06; véase "Reforma de la adhesión al MERCOSUR", en *Legislación Económica*, t. 43, n.º 519, diciembre 2006, pp. 2307 ss.

[62] Texto en "Lula da Silva apostó por negociar asimetrías. Mercosur en Caracas: Chávez aspira al Megaestado", en *MERCOSUR ABC* del 6/7/2006; ‹http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=794&IDSección=7›.

[63] Véase en este contexto W. Hummer: "El 'diálogo político' y el 'compromiso democrático' en las zonas de integración económica en América Latina", en Z. Drnas de Clément (coord.): *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro* (2002), pp. 1257 ss.

[64] Véase W. Hummer: "Demokratiesicherungsklauseln in regionalen Präferenzzonen - Europäische versus lateinamerikanische Praxis", en *Journal für Rechtspolitik*, 2001, p. 197 s.; Hummer: "El 'diálogo político'…" (nota 63), pp. 1260 ss.

Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR*, la República de Bolivia y la República de Chile,* del 24 de julio de 1998[65] más tarde.[66]

Sin embargo, parece evidente que no todos los Estados miembros del MERCOSUR pudieron ser tranquilizados e inducidos a ratificar el protocolo de adhesión, dado que hasta octubre del 2007, solo Argentina[67] y Uruguay[68] habían procedido a su ratificación. Los Congresos de Brasil y de Paraguay se opusieron con mucha vehemencia al ingreso de Venezuela al MERCOSUR. Sobre todo el Congreso brasileño criticó la actitud de Chávez de no renovar la licencia de transmisión a la única emisora televisiva de oposición, Radio Caracas Televisión (RCTV), de modo que esta se vio obligada a dejar de emitir sus programas el 27 de mayo del 2007. En adelante, en su lugar transmitirá el canal estatal Televisora Venezolana Social (TVes), concebido como radioemisora estatal y cuya principal finalidad será propagar el "socialismo del siglo XXI".

El argumento esgrimido oficialmente para no renovar la licencia de RCTV fue la denuncia de graves violaciones a la "deuda social", establecida por ley, cometidas por la emisora. De nada sirvieron las protestas del Parlamento Europeo, que el 24 de mayo del 2007 aprobó por 43 votos contra 22 una resolución[69] en la se califica la medida de "acto alarmante". También se desoyó la palabra del secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, quien señaló que la medida constituía un acto sin precedentes en la historia democrática más reciente de Latinoamérica.[70]

Si los Congresos de Brasil y Paraguay no aprueban el protocolo de adhesión en el próximo trimestre, Venezuela retiraría su solicitud, aseguró Chávez el 3 de julio del 2007, de vuelta de una gira por Eurasia, en un discurso transmitido por radio y televisión.[71] En esta ocasión Chávez atribuyó el retraso a los "intereses del imperio", como llama a los Estados Unidos, y en un agrio intercambio de palabras con

---

65 Véase "Aprobación de la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Protocolo de Ushuaia, sobre el compromiso democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile y a la Declaración Presidencial sobre el compromiso democrático en el MERCOSUR", reunión del CMC, Asunción 18-19 de junio del 2005.

66 Véase Hummer: "Demokratiesicherungsklauseln…" (nota 64), pp. 198 s.; Hummer: "El 'diálogo político'…" (nota 63), pp. 1262 ss.

67 Aprobado previamente por ley 26192, 7/12/2006, *Boletín Oficial*, 11 de diciembre del 2006; Argentina depositó el instrumento de ratificación en el depositario Paraguay el 14 de febrero del 2007.

68 Ley 18053, 6 de noviembre del 2006, *Diario Oficial* 13 de noviembre del 2006.

69 "Caso de la cadena 'Radio Caracas Televisión' en Venezuela", resolución del PE del 24 de mayo del 2007, P6_TA (2007) 0216.

70 "Venezuela zwingt Privatsender in die Knie", en *Neue Zürcher Zeitung*, 26-27 de mayo del 2007, p. 5.

71 Sin embargo, posteriormente Chávez negó haber dado semejante ultimátum a los congresos de Brasil y Paraguay; "Chávez nega ter dado 'ultimato' para entrada no Mercosul", BBC *Brasil Folhaonline*, 6 de agosto del 2007, ‹http://tools.folha.com.br/›.

el Congreso brasileño lo acusó de "repetir como un loro" lo que dice Washington.[72] A la vez, aseguró que la oposición de Brasil al ingreso de Venezuela se basa en la posición del empresario, que pretende "eliminar las protecciones a los productos venezolanos". Chávez advirtió a los empresarios brasileños que, si Venezuela no ingresara al MERCOSUR, serían ellos los verdaderos perdedores, basándose en los datos relacionados con que las exportaciones brasileñas a Venezuela en los últimos años ascendieron de 539 millones de dólares en el 2003 a 2973 millones en el 2006. Con ello, Brasil tiene con Venezuela su quinto mayor superávit comercial, con crecimiento de las exportaciones de 486% en los últimos tres años.

Al final de su discurso Chávez declaró:

> Venezuela está interesada en ingresar plenamente al MERCOSUR, pero con la base de un nuevo modelo de integración. Nosotros sí estamos interesados en ingresar a un nuevo MERCOSUR, pero si no hay voluntad de cambio retiramos la solicitud de ingreso y nos dedicamos de lleno a la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), porque si no sería perder el tiempo en reuniones y cumbres que al final no llegan a nada.[73]

Luego de la reunión de los dos presidentes, Lula y Chávez, el 20 de septiembre y de una visita a Caracas del ministro de Relaciones Exteriores de Brasil, Celso Amorim, el 1.º de octubre del 2007, los frentes parecen haberse flexibilizado un tanto, porque Amorim señaló en esta oportunidad que su gobierno trabaja en el ingreso de Venezuela al MERCOSUR y expresó su confianza en que el Congreso brasileño tomará una decisión que favorezca a ambos países y al proceso de integración regional.[74]

Ya se hizo reiterada referencia al rechazo manifestado por el presidente Chávez por zonas de preferencia regionales creadas de acuerdo con los lineamientos del GATT, así como su intención de activar la creación de la ALBA, de modo que parece indicado hacer una breve digresión acerca de este concepto político poco ortodoxo.

Asimismo, y para una mejor comprensión del *ímpetu de emancipación* de Hugo Chávez de las instituciones tradicionales de la integración regional, cabe hacer también una digresión sobre la creación del Banco del Sur, otra iniciativa del mandatario venezolano.

4. Digresión: La Alternativa Bolivariana para Nuestra América (ALBA)

El origen de la Alternativa Bolivariana para Nuestra América (ALBA), impulsada por la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra en la oposición de este

---

[72] "Brasil le abre la puerta del MERCOSUR a Chávez", en *La Nueva IGJ*, 1 de octubre del 2007, ‹http://www.infobae.com/notas/ nota.php?Idx=340496&IdxSeccion=0›-

[73] "El presidente de Venezuela pone plazo para la Integración al MERCOSUR", en *MERCOSUR ABC*, 5 de julio del 2007, ‹http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1184&IdSeccion=2›.

[74] "Brasil le abre la puerta del MERCOSUR a Chávez", art. cit. (nota 78).

país al proyecto de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA),[75] inspirado por los Estados Unidos.[76] El proyecto ALCA surge de la Iniciativa para las Américas (IPA), presentada por el entonces presidente de los Estados Unidos George Bush (p) en junio de 1990. Las negociaciones en torno al ALCA tuvieron su inicio en la IV Cumbre de las Américas, celebrada en Miami entre el 9 y el 11 de diciembre de 1994, y se extendieron durante el resto de la década de los noventa y el primer lustro del siglo XXI. Luego los Estados Unidos abandonaron su proyecto original y optaron por continuarlo por grupos regionales, reuniendo a los interlocutores que estuvieran dispuestos a suscribir el acuerdo por grupos regionales. Se negoció y firmó un Tratado de Libre Comercio con Chile, otro con Centroamérica y la República Dominicana (CAFTA)[77] y se iniciaron las negociaciones con Colombia, Perú y Ecuador de la CAN, sobre una base de múltiples acuerdos bilaterales de negociación.

En este contexto surgió en diciembre del 2001, durante la III Cumbre de Jefes de Estado de la Asociación de Estados del Caribe, la propuesta venezolana de integración "Alternativa Bolivariana para Nuestra América" (ALBA). Desde su propio surgimiento, el ALBA se entendió como una alternativa opuesta al ALCA. En este sentido, es difícil pensar el surgimiento del ALBA sin el ALCA como antecedente.[78] El primer paso concreto en la constitución del ALBA se dio en diciembre del 2004, con la firma en La Habana de un acuerdo entre los gobiernos de Venezuela y Cuba. Por otra parte, Bolivia se incorporó a dicha iniciativa en abril del 2006.[79]

Tal como se mencionó, el ALBA tomó distancia de los esquemas de integración de corte netamente económico, para situar la llamada *deuda social* en el centro de su estrategia integracionista.[80] En el plan estratégico del ALBA también se contemplan las siguientes cuestiones:

- intercambio comercial stricto sensu; un trato preferencial para los inversores nacionales (de uno u otro Estado), en los respectivos territorios nacionales;
- utilización de mecanismos de comercio compensado;
- utilización de las respectivas monedas nacionales para el pago de las transacciones comerciales entre los países;
- eliminación de barreras paraarancelarias a las importaciones de productos entre los Estados;

---

75 Véase Hummer: "Integration in Lateinamerika" (nota 5), pp. 30 s.; W. Hummer: "Integration", en G. Drekonja-Kornat (ed.): *Lateinamerikanistik. Der österreichische Weg* (2005), pp. 140 ss.

76 Véase Hummer: "Integration in Lateinamerika" (nota 5), pp. 30 s.

77 Véase W. Hummer y K. Henning: *Hundert Jahre völkerrechtliche (Schieds-)Gerichtsbarkeit in Zentralamerika,* Viena: LIT, 2006, pp. 67 ss.

78 Oddone y Granato (nota 57), p. 66.

79 Laredo, Cignacco, Díaz y Angelone (nota 10), p. 64.

80 Oddone y Granato (nota 57), p. 68.

- eliminación de la imposición sobre utilidades de las inversiones estatales, mixtas e incluso privadas, en tanto produzcan la recuperación de la inversión;
- trato preferencial al transporte marítimo y aéreo, en territorio nacional, de las compañías de la subregión, y financiación de proyectos productivos en sectores estratégicos para las economías.[81]

En este sentido, el ALBA se presenta como una "nueva y verdadera integración".[82] No quiere ser solo una forma de integración más justa y menos "neoliberal", sino que aspira a convertirse en una alternativa "superadora" de todas las otras modalidades previstas y aceptadas por la Organización Mundial de Comercio (OMC). De este modo se instala en forma paralela a las zonas de preferencia regional establecidas de conformidad con el régimen GATT en América Latina y el Caribe[83] —SICA, ALADI, MERCOSUR, Comunidad Andina, CARICOM, etcétera—, un modelo opuesto que no es compatible con aquel.

Halperín puntualiza la problemática en los siguientes términos:

> ¿En qué consiste la tan mentada alternativa latinoamericana "nueva y verdadera" frente a los esquemas "tradicionales", desarrollados en el seno de la OMC? Se trata de diversas acciones de cooperación en el campo social y también económico. Estas acciones cubren un amplio espectro de prestaciones (promoción, capacitación, estudios de factibilidad, dotación de financiamiento etc.) que por su propia naturaleza solidaria no son objeto de negociación bajo términos de reciprocidad. Dichas acciones de cooperación pueden ser aplicadas —y de hecho lo son— sin relación alguna con los formatos de integración económica que requieren el reconocimiento de la OMC. Resulta entonces un sistema rudimentario de vinculación económica interestatal que, contra las reglas y practicas de las economías de mercado, asigna costos y beneficios como parte del ejercicio del poder y la concertación política. De esta manera se llevan a cabo "negocios" entre países que, paralelamente, comparten los clásicos esquemas de integración, convalidados por la OMC. Este es el caso de las agendas entre Venezuela y cada uno de los restantes países del MERCOSUR. De este collage emerge una superposición de modelos esencialmente inconciliables.[84]

Difícilmente se pueda expresar con mayor claridad la incompatibilidad de la iniciativa ALBA con las actuales zonas de preferencia regionales según el artículo

---

[81] H. Chávez Frías: "De la integración neoliberal a la Alternativa Bolivariana para América Latina. Principios rectores del ALBA", en *Venezuela Bolivariana. Integración latinoamericana y cooperativismo*, Buenos Aires: Ediciones desde la Gente e Instituto Movilizador de Fondos Cooperativos, (2004), pp. 91 s.; Oddone y Granato (nota 57), p. 69.

[82] Expresión utilizada en el Comunicado Conjunto de los Presidentes de Bolivia, Cuba y Venezuela, dado el 29 de abril del 2006; véase M. Halperín: "América Latina y un síndrome regresivo. El trámite de la adhesión de Venezuela al MERCOSUR", *Anticipos del Nomenclador Arancelario Aduanero de la Guía Práctica de Comercio Exterior*, n.º 85, Buenos Aires, 10 de mayo del 2007.

[83] Cf. Hummer: "Integration in Lateinamerika" (nota 5), p. 39 ss.

[84] Halperín (nota 82).

XXIV del GATT 94 y la cláusula de habilitación según el artículo XXV, inciso 5, del GATT 94.

5. Digresión: el Banco del Sur

Aunque la iniciativa de crear un Banco del Sur está íntimamente correlacionada con el deseo del presidente Chávez de emanciparse de los viejos esquemas del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial (BM),[85] surge en la práctica como una alternativa real ante las turbulencias en los mercados financieros internacionales por la crisis de los créditos de alto riesgo. Venezuela, Ecuador, Argentina, Bolivia, Paraguay y Brasil formarán parte de la entidad, en el marco de una actividad dirigida a financiar el desarrollo de las pymes, proyectos de infraestructura e impulso a la internacionalización de empresas latinoamericanas. Chile participará como observador en las reuniones, pero aún no tiene previsto entrar en el capital de la entidad.

En una reunión de ministros de finanzas desarrollada en Río de Janeiro el 9 de octubre del 2007, fue ratificada la ciudad de Caracas para instalar la sede del Banco del Sur.[86] Las subsedes funcionarán en Buenos Aires y La Paz, en tanto Argentina y Bolivia pergeñaron hace un año este proyecto con Venezuela. La futura institución despegará con un capital de 7000 millones de dólares y cada país hará su aporte de acuerdo con su capacidad financiera y desarrollo relativo. El ministro venezolano de Finanzas, Rodrigo Cabezas, expresó recientemente que lo que diferencia el Banco del Sur de otros organismos financieros es que todos los socios tendrán equivalente poder de voto y de veto. A la vez, defendió el carácter político del consenso.

Según la Declaración de Río de Janeiro, suscrita por los siete Estados fundadores del Banco del Sur, esta institución de desarrollo solo deberá promover el comercio y el desarrollo en Sudamérica, y no —como reclamaba Chávez— extenderse a toda Latinoamérica y el Caribe y favorecer de este modo a Cuba y Nicaragua. En ocasión de la Reunión Cumbre de los Estados Sudamericanos en Caracas, a comienzos de noviembre del 2007, está previsto firmar los estatutos del Banco del Sur. El monto de los aportes de los Estados miembros y la distribución de los derechos de voto deberán definirse en el término de 60 días a partir de la firma de los estatutos. El Banco del Sur iniciará sus operaciones en el 2008.[87]

---

[85] Venezuela, Ecuador, Argentina y Brasil ya se emanciparon de esta situación financiera, al haber cancelado anticipadamente sus compromisos con el FMI.

[86] "Banco del Sur constituido en noviembre", *MERCOSUR ABC*, 12 de octubre del 2007, ‹http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1290&IdSeccion=2›.

[87] "Eine Entwicklungsbank für Südamerika", en *Neue Zürcher Zeitung*, 10 de octubre del 2007, p. 21.

6. Resumen

Una somera revisión de los acontecimientos ocurridos desde el 2006 indica que la adhesión plena de Venezuela al MERCOSUR está lejos de ser una realidad.

En *primer lugar*, aunque los parlamentos de Argentina y Uruguay hayan expresado su consentimiento al protocolo de adhesión de Venezuela al MERCOSUR, todavía falta que los de Brasil y Paraguay hagan lo propio. En consecuencia, Venezuela se encuentra en estos momentos en un estado jurídico híbrido, difícil de describir. Tiene una banca en todos los órganos del MERCOSUR y también participa de todas las deliberaciones en su seno, pero no tiene derecho a voto.

En *segundo lugar*, se observa cierto atraso en las complejas negociaciones que apuntan a que la economía venezolana se ajuste a las reglas del MERCOSUR en las cuatro áreas mencionadas:

a) incorporación del acervo normativo del bloque;
b) adopción del arancel externo común (AEC);
c) liberalización comercial en el contexto de la zona de libre comercio,[88] y
d) acuerdos externos firmados por el MERCOSUR.

En tercer lugar, cabe mencionar la existencia de factores políticos imponderables que pueden ser impulsados por la administración del presidente Chávez o por él mismo y no pueden ser ignorados. Por ejemplo, después de haber sido equiparada en el 2006 su participación a la de un "miembro pleno" en las reuniones del MERCOSUR, Chávez lanzó su propia iniciativa de integración: la Alternativa Bolivariana para Nuestra América, llevada adelante conjuntamente con Cuba, Bolivia, Nicaragua y, posiblemente, Ecuador. Aunque el ALBA sea en principio una iniciativa de índole política, resta saber qué dirección tomará en definitiva en el futuro inmediato.

En consecuencia, se pueden visualizar actualmente tres escenarios posibles para el proceso de integración que lleva adelante Venezuela. El primer escenario estaría caracterizado por:

a) el mantenimiento del statu quo que se observa hoy, en el que Venezuela tiene voz pero no voto en el proceso de toma de decisiones en los órganos del MERCOSUR;
b) poco o ningún avance en las negociaciones tendientes a la adopción por Venezuela de las reglas tendientes al establecimiento de una unión aduanera;

---

[88] El comercio bilateral es regulado por un acuerdo firmado entre el MERCOSUR y Venezuela, Colombia y Ecuador, conocido como Acuerdo de Complementación Económica (ACE) n.º 59, que plantea lograr el libre comercio a más tardar para el año 2014.

c) suspensión del proceso de ratificación del protocolo de adhesión por los Congresos de Brasil y Paraguay.

¿Cuál de los tres escenarios tiene mayor probabilidad de verificarse en los próximos dos años? La dinámica política que se observa en este momento indica que el primer escenario —mantenimiento del statu quo— tiene mayores posibilidades de concretarse debido a los beneficios políticos y a los menores costos económicos y sociales que acarrea para el gobierno venezolano. Este escenario también favorece a la posición del presidente de Brasil, Luiz Inácio *Lula* Da Silva, al quedar en manos del poder legislativo de su país la responsabilidad de consentir en la ratificación del protocolo de adhesión.[89]

También puede darse un nuevo giro dramático teniendo en cuenta que el 6 de septiembre del 2007 Chávez anunció en la televisión venezolana que quiere volver a integrar la CAN, a la cual había renunciado sin dar explicaciones. La televisión estatal venezolana comunicó que el presidente, después de tantos vaivenes, anunciaría formalmente que no buscará convertirse en el quinto socio pleno del MERCOSUR. Mientras tanto, el secretario general de la CAN, el ecuatoriano Freddy Ehlers, aseguró que Venezuela comenzará su operativo retorno a este bloque.[90] El presidente de Colombia, Álvaro Uribe, pidió en la Cumbre de la CAN, el 20 de junio del 2007, que se haga todo lo posible para que Venezuela regrese a ese mecanismo de integración que abandonó hace un año. "Es importante el regreso de Venezuela a la CAN. Busquémoslo", dijo Uribe, y sugirió que Ehlers consultara con el presidente venezolano qué necesita para ello.[91] Durante una visita a Bogotá el 31 de agosto del 2007, Chávez dijo que le había planteado a Uribe "una reunión extraordinaria de presidentes" andinos, que debería ser convocada por Colombia, en ese momento en la presidencia rotativa de la CAN, para tratar sobre el futuro del bloque y el posible reingreso de su país. Además Chávez dio a conocer que Venezuela ha alcanzado "algunos preacuerdos" para el eventual regreso a la CAN y que ya su gobierno consignó "un primer documento, con sugerencias muy respetuosas. Si hay voluntad de cambio estamos dispuestos a regresar, y creo que la hay".[92]

Al respecto Magnoli constata casi visionariamente:

> En la actualidad en la región andina existe una clara alianza entre Bolivia, Ecuador y Venezuela, en la cual este último juega un papel muy importante. Su influencia

---

[89] Véase H. Nogueira: "MERCOSUR y la agenda de incorporación de la República Bolivariana de Venezuela", en *MERCOSUR ABC*, 26 de julio del 2007, pp. 1 s.

[90] "Chávez se aburrió y ya no quiere ingresar al MERCOSUR", 6 de septiembre del 2007; ‹http://www.infobae.com/contenidos/ 336025-100439-0-Chávez-se-aburrió-y-ya-no-quiere…›.

[91] "Reunión de la CAN. Se concentra en lo social y el reconocimiento de las asimetrías", en *MERCOSUR ABC*, 21 de junio del 2007, ‹http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1170&IdSeccion=›.

[92] "Cumbre Grupo IBSA", en *MERCOSUR ABC*, 18 de octubre del 2007, ‹http://mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1297&IdSeccion=2›.

> permite adelantar varias de sus estrategias de cooperación política y militar así como el desarrollo de un eje, junto con Cuba y en menor medida Nicaragua, anti-Estados Unidos. En función de ello, no puede descartase una decisión presidencial de retornar a la CAN, ya que en el presente la correlación de fuerzas estaría a su favor y la institucionalidad y agenda andina son más favorables para adelantar su concepción de una integración bolivariana o alternativa.[93]

Sin embargo, una vez que el Congreso brasileño parece estar dispuesto a abandonar su oposición a la aprobación parlamentaria del protocolo de adhesión de Venezuela al MERCOSUR, la situación vuelve a cambiar por completo. La aprobación del protocolo de adhesión por la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados de Brasil, el 24 de octubre del 2007, destrabó el trámite parlamentario de un proyecto que había estado siete meses frenado por la oposición. Tras cinco horas de debate y por 15 votos a favor y una abstención, finalmente se impuso la iniciativa del diputado Florisvaldo Fier, conocido como *Doutor Rosinha*, que en su alegato defendió al sistema político venezolano, tachado de autoritario por la oposición. En su exposición ante el pleno de la Comisión, el diputado recordó que el comercio bilateral está en el orden de los 4800 millones de dólares, con unos 3000 millones de superávit para Brasil. "Creo que las polémicas ya fueron superadas", sostuvo el presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores, el diputado del Partido Comunista do Brasil Aldo Rebelo, al ser consultado acerca de la posibilidad de que el ingreso de Venezuela al MERCOSUR finalmente sea aprobado por las cámaras de Senadores y Diputados.[94]

Si se aprobara la nueva Constitución de Venezuela, los frentes podrían volver a endurecerse. El 2 de noviembre del 2007, la Asamblea Nacional de Venezuela, luego de haberle dado tres discusiones en algo más de un mes, sancionó una reforma a la Constitución de 1999,[95] a los efectos de someterla a referendo aprobatorio el 2 de diciembre. "Con ella, en efecto, se cambia radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que se había venido construyendo y consolidando desde la segunda guerra mundial, por el de un Estado Socialista, centralizado, policial y militarista, con una doctrina oficial 'bolivariana', que se identifica como 'el socialismo del siglo XXI' y un sistema económico de capitalismo de Estado".[96] Incluso uno de los aliados más allegados de Hugo Chávez, el general retirado Raúl Isaías Baduel, cuya intervención fue decisiva para el fracaso del golpe contra Chávez en abril 2004, habló de "golpe de Estado" en relación con la nueva

---

93 Magnoli (nota 2), p. 27.

94 Boletín *Somos MERCOSUR*, 24 de octubre del 2007.

95 *Gaceta Oficial* n.º 36 860, 30 de diciembre de 1999; véanse los comentarios en A. R. Brewer-Carías: "La Constitución de 1999", en *Derecho constitucional venezolano*, 2 vol. (2004).

96 A. R. Brewer-Carías: *Estudio sobre la reforma constitucional del 2007 (inconstitucional y fraudulentamente sancionada el 2-11-07)* (2007), p. 7.

Constitución e invitó a los venezolanos a no concurrir a las urnas.[97] Además de estas reservas constitucionales hacia el texto, de cierta manera *impuesto* por Chávez, despiertan preocupación sobre todo las reformas en la actuación internacional de la República Bolivariana de Venezuela según los artículos 152 y 153 propuestos. Asimismo, las bases constitucionales que se habían establecido en la Constitución de 1999, como una importante novedad para que la república pudiera participar con seguridad jurídica en los procesos de integración económica latinoamericana, han sido totalmente eliminadas y en su lugar se ha establecido un conjunto de principios de política exterior:

> La República promoverá la integración, la Confederación y la unión de América Latina y del Caribe a objeto de configurar un gran bloque regional de poder político, económico y social. […] para el logro de este objetivo el Estado privilegiará la estructuración de nuevos modelos de integración y unión en nuestro continente, que permitan la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América vayan construyendo un solo proyecto Grannacional, al que Simón Bolívar llamó "Una Nación de Repúblicas".

Para ello, se establece en la reforma que la República puede "suscribir tratados y convenios internacionales basados en la más amplia cooperación política, social, económica, cultural, la complementariedad productiva Grannacional, la solidaridad y el comercio justo".[98] Como mencionamos, en estas circunstancias Venezuela constituye, en cualquiera de las dos zonas de integración —CAN y MERCOSUR— un considerable factor de incertidumbre, que podría desestabilizar la existencia de ambos bloques.

Al margen del resultado final de este intento de Venezuela por *cambiar de lado*, sin duda se observa un efecto que significa un cambio dramático en las relaciones de poder en el Cono Sur, unido a una enorme revalorización política de la República Bolivariana de Venezuela: "Chávez tuvo la habilidad de hacer tambalear todo el tablero geoestratégico sudamericano y no solo de la CAN. De un solo golpe, todas las cancillerías sudamericanas se vieron afectadas".[99] No podemos dejar de coincidir con esta apreciación.

(Fecha de entrega: octubre de 2007)

---

97 "Kritik eines Waffengefährten an Hugo Chávez. Die Verfassungsreform als 'Staatsstreich'", en *Neue Zürcher Zeitung*, 7 de noviembre del 2007, p. 3.

98 Brewer-Carías (nota 96), pp. 52 s.

99 C. Malamud: "La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional (1ª parte)", en *ARI*, n.º 54/2006, Real Instituto Elcano, Área: América Latina, 10 de mayo del 2006, pp. 1 s.

Francisco J. Menin (Argentina)*

Las regiones, provincias y municipios en los procesos de integración regional

1. El regionalismo y la descentralización

Durante las últimas décadas los sistemas políticos democráticos han vivido un proceso de descentralización de la decisión política y de la gestión en general, que en algunos casos llegó a crear entidades subnacionales de gobierno autónomo que antes no existían. Podemos citar como ejemplos a España en su Constitución de 1978, Portugal en su Constitución de 1976, Bélgica en su Constitución de 1993, Paraguay en su Constitución de 1992, entre otros.

Se atribuye tal situación a la crisis del Estado nacional, que ha generado un proceso de desintegración donde fuertes expresiones políticas y culturales luchan por consolidar una identidad propia y diferenciada, con claras aspiraciones de representación dentro y fuera del Estado nacional.[1]

Las razones que cada país ha tenido para iniciar este proceso de descentralización son múltiples; entre las más comunes se cuentan las aspiraciones socioculturales postergadas, las autonomías socioeconómicas y la búsqueda de mayor eficacia burocrática.

---

* Ayudante de cátedra en Derecho de la Integración y en Derecho Comercial I. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) ‹meninfrancisco@yahoo.com›.

[1] Hedley Bull: *The Anarchical Society. A Study of Orden in World Politics,* Nueva York: Columbia University Press, 1977, p 54.

Se entiende que desde la acción local o regional las comunidades defienden sus intereses de una manera más efectiva, impidiendo que sus prioridades y necesidades se diluyan en un entramado político mayor que las exceda y desatienda.[2]

Sobre la motivación política que lleva a este proceso, puede sintetizarse que si las regiones se constituyen por vía descendente, es decir, desde arriba, ello implica una voluntad de descentralización y desconcentración por la autoridad nacional; en cambio, si se conforman por vía ascendente, muestran un intento de reposicionamiento de las comunidades menores frente a un conglomerado mayor.[3]

Numerosos esquemas de desarrollo nacional han estatuido como pilar la descentralización local y regional, y esta se ha manifestado como adecuado medio para la redistribución del poder, el impulso al desarrollo de regiones postergadas, y como mitigador de los efectos negativos del proceso de globalización.

Se pretende dejar atrás el gobierno local como mero gestor de políticas superiores y convertirlo en un actor activo, creando un esquema donde las relaciones administrativas sean, cada vez en mayor medida, fruto de entendimientos de las unidades de decisión y gestión en vez de la simple ejecución de la voluntad del poder central.

1.1. Los gobiernos locales y regionales en las relaciones internacionales

Coincidiendo con esta dotación de facultades ha crecido la participación de los gobiernos subnacionales en las relaciones internacionales. Estos han comenzado a mantener contactos internacionales y a planificar una acción conjunta. Son ejemplos tradicionales la Unión Industrial de Autoridades Locales (IULA), la Federación Mundial de Ciudades Unidas (FMCU), la Asociación Metrópolis y la Red Mercociudades.

En la teoría, es posible conceptuar dos modos de relaciones internacionales: las relaciones jerárquicas, verticales, que se dan entre los diferentes entes con capacidad de participación o decisión en el ámbito internacional —tradicionalmente los estados nacionales—, y las relaciones reticulares, horizontales, de interpenetración, en las que participan actores no tradicionales. Las relaciones reticulares permiten a los entes subestatales escapar al control jerárquico y desarticular el monopolio del Estado nacional sobre las relaciones internacionales.[4]

En este entorno, se ha alentado la participación de las regiones en los procesos de integración. En Europa el principio rector de la participación de las regiones en

---

[2] Zlara Dranas de Clement: "Vías de participación de las regiones intranacionales en los procesos de integración. Aspectos institucionales", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, ‹http://www.acader.unc.edu.ar› (18.2.2007).

[3] Ibídem.

[4] Ibídem.

el proceso de decisión política es la búsqueda de aceptación de una política por sus destinatarios.[5]

Se entiende que la eficacia dependerá de la descentralización de la gestión y decisión. Este modelo permite, además, tener presentes especificidades locales en la aplicación de políticas comunitarias.[6]

Su participación es el único medio que habilita la realización de los principios de asociación real en la ejecución de las políticas, de solidaridad y de subsidiariedad que establecen los tratados constitutivos de la Unión Europea.

Los procesos de integración importan un nuevo esquema de relaciones gubernamentales, con diferentes y nuevos niveles de gobierno que interactúan: comunitario, nacional, regional o provincial y local. Estos dos últimos, como hemos expresado, no constituyen tradicionalmente, por poder propio, instancias de política federal y de relaciones externas, y su participación en los procesos de integración quedará limitada al ámbito de actuación que estos les atribuyan y al sistema normativo de su país.

1.2. La región como superadora de los límites estatales

Lo particular de las regiones es que responden a criterios económicos, geográficos o sociales que muchas veces no respetan los límites jurisdiccionales impuestos. Los procesos productivos, las redes de comercialización, los entramados sociales se producen como procesos transjurisdiccionales. Ello hace necesario coordinar políticas o crear espacios de gestión y representación que excedan los límites estatales, provinciales o locales.

Se ha creado el concepto *Region State* o *estado regional*, que señala la conformación de virtuales zonas económicas naturales que pueden asentarse en un estado nacional o extenderse por diferentes países.[7] De allí que el *Region State* representa una unidad económica distintiva que no responde a los límites geográficos clásicos. Ejemplos son la región de San Diego y Tijuana, entre México y Estados Unidos, o la región de los Grandes Lagos en África. No se registran antecedentes de instituciones o acuerdos marco que las unan; las relaciones se dan siempre en un marco informal. Sin embargo, la Unión Europea ha establecido el programa Interreg, cuyo objeto es desarrollar la cooperación transfronteriza y ayudar a las regiones situadas a lo largo de las fronteras interiores y exteriores de la Unión.

---

[5] Convención Europea: "La Dimensión regional y local en Europa", en *Documentos de Trabajo Preparatorios para la Convención Europea*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, pp.163 ss.

[6] Convención Europea: o. cit., pp.163 ss.

[7] Kenichi Ohmae: "The Rice of the Region State", en *Foreign Affairs*, n.º 72, pp. 32 ss.

2. La Unión Europea

A partir del Tratado de Masstricth se ha institucionalizado en Europa la participación de los gobiernos locales y regionales, los cuales han pasado a ser un nuevo nivel de relación dentro del proceso de integración. El principio rector de esta integración, como se ha dicho, es la búsqueda de aceptación de una política por sus destinatarios.[8]

En la Unión Europea la participación regional y local tiene tres pilares: la posibilidad de participación en el Consejo de Ministros, el Comité de las Regiones y el principio de subsidiariedad. Estos no obstan la existencia de diferentes mecanismos de consulta, colaboración y jurisdicción que no trataremos en este apartado.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa buscó reformar esta participación, pero el proyecto carece hoy de impulso político y es de esperar que sea reemplazado por el Tratado de Lisboa.

2.1. Participación en el Consejo de Ministros

Conforme al articulo 206 del Tratado de la Comunidad Europea,[9] el Consejo de Ministros estará formado por "un representante de cada Estado Miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al gobierno de dicho estado".

Esta fórmula de redacción, repetida en el proyecto de Constitución, permite que el representante sea tanto un ministro del gobierno central como de las entidades regionales o locales. A raíz de ello cada estado determina, conforme a su ordenamiento interno, quién esta facultado para representarlo.

Tres estados con regímenes federales, Alemania, Bélgica y Austria, han instaurado instrumentos que permiten a las entidades federadas participar del Consejo en representación del Estado nacional.

Bélgica, en la ley especial de Reformas Institucionales, ha regulado en particular esta participación. En principio ha establecido que los gobiernos federados están autorizados a comprometer al Estado nacional dentro del Consejo de la Comunidad Europea.

Asimismo, como dentro del Consejo cada estado se representa por un solo escaño y un asesor, la ley ha establecido cuatro modalidades para componer la representación: 1) representación federal exclusiva; 2) representación federal con asesor de las colectividades federadas; 3) representación habilitada a las colectividades federadas con la asistencia de un asesor federal, y 4) representación exclusiva de las colectividades federadas.

---

8 Convención Europea: o. cit., pp.163 ss.

9 Tratado de la Comunidad Europea, y modificación del Tratado de Niza (Versión consolidada) ES C 325/42 en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 24.12.2002.

A cada tema específico que se trate en el Consejo se le ha atribuido un esquema de representación. Asimismo, una subdivisión de temas distribuye la representación entre las diversas regiones. Así, a la región Valona corresponden agricultura, energía e industria; a la región Flamenca, mercado interior, transporte, sanidad, investigación y educación.

2.2. El Comité de las Regiones

El Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 263 "un comité de carácter consultivo compuesto por representantes de los entes regionales y locales". El antecedente inmediato está dado por el Comité Consultivo de Colectividades Regionales y Locales, creado por la decisión 88/487 de la Comisión Europea, de fecha 24 de junio de 1988.

El Comité de las Regiones debe componerse por "representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral de un ente regional o local, o que ostenten responsabilidad política ante una asamblea elegida".

La composición del Comité no refleja las realidades demográficas de los estados miembros. El artículo establece el número de representantes de manera arbitraria, dando proporciones disímiles. Por ejemplo, Alemania posee aproximadamente un representante cada 3 418 000 habitantes y Luxemburgo uno cada 71 500.

En la práctica, el Comité se conforma tanto por autoridades regionales como locales. Sin embargo, se da un fenómeno particular: en los estados federados, todas las regiones que los forman tienen representación en el ente supranacional y la representación local no existe; en cambio, en los estados que no son federados, la representación es tanto regional como local, pero no todo el territorio está presente, sino solo un sector de muestreo.

El modelo del Comité no ha determinado los criterios para conformar la representación: si estos deben asentarse en el territorio, la economía, las características sociales, culturales, etcétera. Por esta razón cada Estado ha adoptado múltiples formas para determinar los participantes, y esta mezcla de texturas y tramas de representación actúa como obstáculo para la acción amalgamada del Comité.[10]

Los miembros del Comité son nombrados a propuesta de los respectivos estados miembros por un período de cuatro años. Cada Estado entonces define la forma en que se determina la composición y se eleva la propuesta.

España, por ejemplo, otorga 17 escaños a las comunidades autónomas, que proponen directamente a los ocupantes, y cuatro a las entidades locales, que se ocupan a propuesta de la Federación de Municipios y Provincias.

---

[10] Dranas de Clement: o. cit.

Se establece que los miembros del Comité no estarán vinculados por ningún mandato imperativo. Ejercerán sus funciones con absoluta independencia, en interés general de la comunidad.

El artículo 265 establece que el Comité será consultado por el Consejo o por la Comisión, en los casos previstos en el Tratado y en cualesquiera otros —en particular aquellos que afecten a la cooperación transfronteriza— en que una de estas dos instituciones lo estime oportuno.

El Tratado establece que debe ser consultado en los siguientes temas: transporte, empleo, política social, educación, formación profesional, salud pública, redes transeuropeas, cohesión económica y social, y medio ambiente.

Ante esta consulta el Comité deberá emitir un dictamen que no será vinculante, y si no lo hiciera en el plazo indicado podrá prescindirse de él. También podrá ser consultado por el Parlamento Europeo, y del mismo modo podrá emitir un dictamen por propia iniciativa cuando lo considere conveniente.

El Tratado por el cual se establece una Constitución Europea recepta esta institución y realiza escasas modificaciones. El Comité de las Regiones había solicitado a la Convención Europea tres elementos para reforzar su carácter consultivo:

- la obligación de que el Consejo y la Comisión motiven su decisión en caso de que contraríen un dictamen del Comité;
- un recurso ante el Tribunal de Justicia para defender sus prerrogativas;
- un recurso ante el incumplimiento del principio de subsidiariedad.

En parte estos pedidos han sido receptados al habilitar al Comité de las Regiones a interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento del principio de subsidiariedad contra actos legislativos para cuya adopción la Constitución establezca la consulta de dicho organismo.[11]

2.3. Principio de subsidiariedad

La Unión Europea es un sistema de múltiples niveles de gobierno, y por tal resulta esencial determinar qué nivel es competente respecto de cada área o proyecto en concreto. El Tratado de Maastricht establece a tal fin el principio de subsidiariedad.

2.3.1. Nociones conceptuales del principio de subsidiariedad

La subsidiariedad es una noción social y política que posee importantes y antiguas raíces filosóficas y políticas que corresponde reseñar. En su faceta social puede

[11] Parlamento Europeo: *El Parlamento Europeo y la Constitución europea*, Luxumburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005, p. 30.

definirse como "la intervención complementaria y auxiliar de las formaciones sociales mayores a favor de los individuos y de las pequeñas comunidades".[12]

La palabra *subsidiariedad* se remonta al latín *subsidium,* que significa 'ayuda desde la reserva', o, conforme al diccionario de la Real Academia, "Tendencia favorable a la participación subsidiaria del estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias".[13] Más específicamente, este diccionario define al *principio de subsidiariedad* en la Unión Europea como "[…] limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no puedan ser eficaces".[14]

Aristóteles contemplaba este ideal social al enseñar que la comunidad está al servicio del individuo, porque este carece de autarquía y está obligado a cooperar con sus pares para la satisfacción necesidades.

La filosofía moderna continúa en esta senda de pensamiento y elabora la noción de *soberanía popular,* que entiende que el poder surge de la población y es llevado de forma ascendente hacia la autoridad central. Con diferencias conceptuales puede encontrarse esta idea en Tomás de Aquino, Rousseau y Calvino, y desde su cuestionamiento a la noción de soberanía estatal, en la noción de *microfísica del poder* de Foucault.[15]

De estas concepciones deriva una limitación a la libertad del individuo, y la obligación del Estado de velar por el respeto y la realización de los derechos humanos. De estos dos principios surge la legitimación del Estado, de modo que este es legítimo solo subsidiariamente.[16]

Asimismo, en la línea de pensamiento aristotélico-tomista, la encíclica *Quadragesimo Anno* establece que "toda acción de la sociedad es, por naturaleza y definición, subsidiaria; debe prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca destruirlos o absorberlos".

Esta noción brinda un despliegue dual del principio. Tiene la función de proteger la vida y la identidad del individuo y la comunidad local, y asimismo crea a favor de estos una obligación de intervención y ayuda en cabeza de la formación social mayor.[17]

Funciona entonces como criterio de atribución de competencias, y, por ser un elemento natural de la sociedad, su cumplimiento tiene carácter moral, puesto que

---

[12] Joseph Höffner: *Doctrina social cristiana*, Barcelona: Herder, 2001, p. 53.

[13] Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, Buenos Aires: Espasa Calpe, 2003. t. 9, p. 1427.

[14] Real Academia Española: o. cit., t. 8, p. 1244.

[15] Sergio Emiliozzi y Gabriela Flaster: *Introducción al concepto de poder en Michel Foucault*, Buenos Aires: Eudeba, 1998, pp. 25 ss.

[16] Otfried Höffe: "La subsidiariedad como principio de la filosofía política", en *Panorama de filosofía política*, Fundación Konrad Adenauer, s/d, p. 482.

[17] Höffner: o. cit., p. 54.

toda violación del principio significa un daño a la sociedad por cuanto implica usurpación de competencias. Impone una obligación de prudencia colectiva.[18]

La aplicación de estas nociones sociales en una estructura de gobierno es forzada y no exenta de falencias, pero resulta válida como principio para una distribución de deberes de asistencia y derechos de competencia dentro de un esquema de estatalidad estratificada. De hecho, en 1989 la Conferencia Europea de las Regiones declaró: "la subsidiariedad y el federalismo han de ser los principios arquitectónicos de la Comunidad".[19]

2.3.2. Régimen normativo

El artículo 5 del Tratado de Maastricht reza:

> La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que este le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo 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.

Tal redacción determina que las medidas, por principio general, deben ser decididas y ejecutadas en forma descentralizada, en ámbitos estatales o subestatales, y la Unión Europea solo actúa en los casos en que ello resulte más beneficioso o ante una expresa competencia delegada.

Tal principio, como parte del mecanismo de distribución de competencias, es muy importante porque establece una protección a las prerrogativas nacionales, regionales y locales.[20]

Sin embargo, en la redacción vigente del principio de subsidiariedad, los entes subestatales no se encuentran contemplados. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en su artículo I.11, agrega expresamente estos entes como receptores y beneficiarios del principio. Asimismo, se incorpora un protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y se les da a los parlamentos nacionales la tarea de velar por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado protocolo.

El valor de tal agregado es importante porque reconoce a las regiones como actor en los procesos políticos y operativos de la Unión, al exigir la evaluación de todos los niveles de gobierno interno para la aplicación del principio de subsidiariedad.[21]

---

[18] Höffe: o. cit., pp. 476 ss.

[19] Citado en ibídem, p. 474.

[20] Antonio Ferrara: "Il principio di sussidiarietà", en *Procedure per la pactecipazione delle autorità regionali e locali al proceso europeo di Policy Making nei vari Stati membri*, Bruselas: Comité de las Regiones, 2005, p. 30.

[21] Ferrara: o. cit., p. 30.

Pese a no estar expresamente reconocido en el tratado actual, eso no obsta que su reconocimiento esté implícito por haber sido manifestado en múltiples instrumentos del ordenamiento jurídico comunitario, como la Carta Europea de la Autonomía Local o la Carta de Derechos Fundamentales, entre otros.

2.4. Fondos estructurales y fondo de cohesión

Los fondos estructurales son partidas presupuestarias de la Unión Europea destinadas al desarrollo estructural de zonas postergadas. Esta finalidad se conoce como *principio de cohesión económica y social,* receptada en el título XVII del Tratado de la Unión Europea.

El artículo 158 establece que la Comunidad promoverá el desarrollo armónico por medio de una acción encaminada a reducir las diferencias de desarrollo, y para tal fin el tratado establece la creación de fondos con finalidad estructural: el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, el Fondo Social Europeo, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y el Fondo de Cohesión.

Asimismo, los artículos 159 y 161 establecen diversos mecanismos de informes y posibilidades de modificación de los fondos que requieren la participación del Comité de las Regiones en carácter consultivo, de modo que consagra una participación de las regiones en la formación de la política comunitaria.

El Reglamento General de los Fondos Estructurales establece en su artículo 11 que las autoridades designadas por el Estado miembro a escala regional y local constituyen interlocutores[22] que deberán ser consultados en múltiples situaciones para lograr la elaboración de la política y la implementación de los programas. Pero la participación siempre dependerá de la estructura de reparto interno de competencias de los estados. No existe recurso que permita a las regiones un diálogo directo con la Unión Europea en este sentido. Vale destacar, sin embargo, que es muy habitual la participación de entidades regionales en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las políticas comunitarias.

En los debates previos a la redacción del proyecto de Constitución se discutió la incorporación de un nuevo principio de gobierno europeo que influiría directamente en los entes subestatales. Se debatió el hecho de que la aplicación concreta del principio de subsidiariedad obligaba a estos a aplicar normativas estrictas en cuya elaboración no habían participado, y que usualmente requerían importantes presupuestos para ser efectivas. Buscando preservar la incolumidad financiera de estos entes, se propuso el *principio de conexidad,* en virtud del cual el legislador comunitario debía asumir las responsabilidades económicas de sus decisiones o dotar a los entes subestatales de los medios para aplicarlas en los casos en que les corresponda.[23]

---

22 Reglamento sobre Fondos Estructurales, Consejo Europeo, decisión n.º 1083/2006.

23 Convención Europea: o. cit., pp. 163 ss.

3. MERCOSUR

Conforme al esquema del MERCOSUR y a la organización interna de los estados que lo componen, la participación y decisión es un monopolio de los estados nacionales. El MERCOSUR como entidad supranacional no ha previsto en su sistema la participación directa de los entes subnacionales en la toma de decisiones, como tampoco en la conformación de la voluntad nacional. Y en lo que refiere a la ejecución de las políticas del órgano supranacional, son los estados nacionales los que determinan la distribución de actividades en su ámbito interno.

Sin embargo, en los últimos años se ha dado en este sentido una precipitada apertura que, si bien primigenia y tímida, brinda un camino de trabajo y de análisis.

3.1. Parlamento del MERCOSUR

La creación del Parlamento se funda en la creencia de que este diluiría la dependencia del MERCOSUR respecto a la situación política de cada país, daría una continuidad política e institucional al proceso[24] y representaría un avance más hacia la supranacionalidad.

El 9 de diciembre del 2005 se firmó en Montevideo el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, el cual celebró su primera sesión el 7 de mayo de 2007. Así dejaba de existir automáticamente la Comisión Parlamentaria Conjunta.

El protocolo establece en su artículo 3, inciso 7, que será un principio de acción la promoción del desarrollo sustentable en el MERCOSUR y el trato especial y diferenciado para los países de economías menores y para las regiones con menor grado de desarrollo. Resulta un postulado de particular interés, dado que se trata de la primera referencia que se realiza en este sentido en un instrumento fundacional del MERCOSUR.

El artículo 6 establece el mecanismo de elección de los parlamentarios, que se regirá por lo establecido en cada estado parte y procurará asegurar una adecuada representación por sexos, etnias y regiones según las realidades de cada estado.

En la presente etapa de transición la participación en el Parlamento se da a través de 18 parlamentarios por país, seleccionados entre los integrantes de los poderes legislativos nacionales. Y como los parlamentos en algunos supuestos, como el Senado de Argentina, poseen representantes directos de las provincias, se podría entender como un modo indirecto de participación.

---

[24] Adriana Dreyzin de Klor: "La necesidad de un Parlamento para el MERCOSUR", en *Hacia el Parlamento del MERCOSUR*, Montevideo: Comisión Parlamentaria Conjunta y Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 25-26.

Pero en la segunda etapa, que rige a partir del 1 de enero de 2011, la forma en que se compondrá definitivamente el Parlamento deberá ser establecida en una decisión del Consejo de Mercado Común, dictada a más tardar el 31 de diciembre del 2007, según establece la segunda disposición transitoria.

3.2. Fondo para la Convergencia Estructural y el Fortalecimiento de la Estructura Institucional del MERCOSUR

Este fondo fue creado por mandato de la decisión 19/04 del Consejo del Mercado, y tiene como objetivo atender el Programa de Convergencia Estructural, que deberá contribuir al desarrollo y el ajuste estructural de las economías menores, incluyendo el mejoramiento de los sistemas de integración fronteriza y de los sistemas de comunicación; el Programa de Desarrollo de la Competitividad; el Programa de Cohesión Social, que deberá contribuir al desarrollo social, en particular en las zonas de frontera, y el Programa de Fortalecimiento de la Estructura Institucional.

La decisión n.º 18/05 del Consejo de Mercado Común estableció la integración y el funcionamiento del fondo, y la decisión n.º 20/05 determinó el reglamento de funcionamiento. En ninguna de estas normativas se prevé la participación de los gobiernos subnacionales en la formulación de políticas y proyectos, implementación o control. Sin embargo, resulta interesante destacar que se permite la ejecución de proyectos de desarrollo en espacios integrados por más de un estado.

3.3. Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del MERCOSUR-FCCR

El FCCR fue creado en diciembre de 2004 por decisión 41/04 del Consejo de Mercado Común, con el objeto de integrar las diversas divisiones administrativas de los países miembros y lograr así una mejor articulación y coordinación en las iniciativas.

Se trata de un modelo tomado de la institucionalidad europea, pero carente de las posibilidades de participación que esta posee. El rol preponderante continúa siendo de los estados partes.

El artículo 1 de la decisión plantea como finalidad “estimular el diálogo y la cooperación entre las autoridades de nivel municipal, estadual, provincial y departamental de los Estados Partes”. La particular redacción da la noción de que se busca estimular el diálogo horizontal *entre* los gobiernos subnacionales y no *con* las autoridades del proceso de integración.

El artículo 3 de la decisión establece la división en dos comités, uno de Municipios y el otro de Estados Federados, Provincias o Departamentos, receptando así la disímil división administrativa de los países miembros.

El artículo 4 establece las potestades del FCCR, que serán:

a) proponer medidas destinadas a la coordinación de políticas para promover el bienestar y mejorar la calidad de vida de los habitantes de los municipios, estados federados, provincias y departamentos de la región;
b) formular recomendaciones por intermedio del Grupo Mercado Común.

La puesta en funcionamiento del FCCR se dilató, y su sesión de instalación se celebró recién en enero de 2007 en Río de Janeiro, con la presencia del presidente de Brasil, Luiz Inácio *Lula* Da Silva. Su producto fue la Carta de Río, que declama tres líneas de acción.

1) "Establecer el compromiso de trabajar por la consolidación del MERCOSUR, por medio de la acción conjunta entre los gobernantes locales, regionales y nacionales", con la misma redacción que el artículo de la decisión citada.
2) Comenzar los trabajos del FCCR con el propósito de contribuir al fortalecimiento y la concreción de la Agenda del MERCOSUR.
3) Privilegiar la relación con las otras instancias del MERCOSUR, en particular con el Parlamento, con la Comisión de Representantes Permanentes, el Foro Consultivo Económico Social, el Foro de Consulta y Concertación Política y con el programa Somos MERCOSUR.

Estas tres líneas de acción tienen la particularidad de no poseer una referencia concreta a la relación entre el FCCR y los órganos de decisión del MERCOSUR, estimulando una relación horizontal entre los gobiernos subnacionales y entre el FCCR y los otros órganos consultivos del proceso de integración.

3.4.1. El reglamento del FCCR

La primera reunión plenaria del FCCR se realizó en junio del 2007 en la ciudad de Asunción, en el marco de la XXXIII Cumbre de Jefes de Estados y Países Asociados del MERCOSUR. Producto de esta fue la elaboración de un proyecto de reglamento que fue aprobado definitivamente por la resolución 26/07 del Grupo Mercado Común el 27 de septiembre, con mínimas modificaciones.

El reglamento no es claro en su exposición y deja planteadas diversas dudas. Resultan dificultosos su análisis y exposición. Sin embargo, debe notarse que es preponderante la injerencia del Estado nacional en todos los aspectos del FCCR: designa a los representantes nacionales, interviene en la confección de la agenda, debe estar presente en las votaciones que se realicen, etcétera. Las mínimas divergencias entre el proyecto y el reglamento aprobado han acentuado aún más esta situación.

Toda la actividad del FCCR es controlada por una Coordinación General, integrada por coordinadores nacionales designados por los estados parte, que en suma poseen importantes funciones, como convocar reuniones, formular las agendas de trabajo, etcétera, y consagran una importante herramienta de control del foro.

El FCCR está compuesto por dos comités, el de los Municipios y el de los Estados Federados, Provincias y Departamentos. No resulta claro cuál es la forma de relación entre estos y el foro, que parece funcionar como una suerte de plenario general. Tampoco queda determinado cuál es el procedimiento exacto para la toma de decisiones, aunque se realizan varias referencias al consenso como criterio de aprobación, eliminando toda posibilidad de supranacionalidad.

Tampoco es claro el instrumento jurídico por el cual se expide el foro. Parecería entenderse que se expide por recomendaciones (artículo 5.*a*), por evacuación de consultas (artículo 5.*a*), declaraciones públicas (artículo 5.*b*) y propuestas (artículo 5.*d*). Vale destacar que el inciso *d* del artículo 5 del proyecto habilitaba a proponer normas y políticas referidas a todo el proceso de integración, pero la redacción final lo limitó a proponer medidas para la coordinación de políticas destinadas a promover el desarrollo de los municipios y regiones. Asimismo, cada comité parece tener la potestad de expedirse a través de recomendaciones (artículos 14, 20.*b* y 23.*b*), propuestas (artículos 20.*b* y 23.*b*) e informes (artículo 7).

Vale destacar que las atribuciones del foro y de los comités declamadas en abstracto en los artículos 5, 20 y 23 son amplias y permiten un importante campo de acción. Por ejemplo, se estipula la posibilidad de pronunciarse sobre cualquier cuestión referente al proceso de integración y su ciudadanía emitiendo "declaraciones públicas", lo que constituye una importante herramienta política. En el proyecto de reglamento las declaraciones estaban destinadas directamente al Consejo Mercado Común, pero en la versión final se evitó esta referencia puntual.

El artículo 5.*h* del proyecto habilitaba al FCCR a celebrar acuerdos interinstitucionales con otros organismos del MERCOSUR, pero la redacción final del reglamento limitó esta potestad y solo permite "promover y hacer tratativas tendientes a la celebración de acuerdos", pero estos se realizarán a través del Grupo Mercado Común. Sin embargo, el inciso *i* del reglamento constituye una innovación al habilitar la posibilidad de establecer vínculos y realizar consultas a entidades ajenas al proceso de integración, creando una vía de relación externa del FCCR que el proyecto no poseía.

6. Conclusiones

La participación de los gobiernos subnacionales en los procesos de integración es un hecho positivo y enriquecedor. Sin embargo, se debe ser muy cauteloso cuando se decide realizar modificaciones en la institucionalidad de los procesos, porque estas determinan en gran medida su operatividad.

A menudo la razón, con analogías exageradas, lleva a ignorar las particularidades históricas. Con frecuencia se pretende atribuir efectos mágicos a la recepción de modelos de integración que corresponden a otras realidades y de hecho producen consecuencias muy diferentes a las buscadas.[25] Sin embargo, el abuso de la referencia histórica de un modelo puede conducir al aislacionismo, que priva del enriquecedor contacto entre sistemas de integración.

Ningún proceso de integración puede abstraerse del contexto histórico, político y económico en el cual hacen aparición o se consolidan las construcciones jurídicas. El grave problema es que, de modo reiterado al decidir en la construcción del MERCOSUR, esa conciencia ha sido, en el mejor de los casos, débil.[26] Corresponde a este proceso de integración un sinceramiento que permita esclarecer cuál es el destino que se busca con las decisiones que se toman. Por lo pronto, las acciones que se han tomado en pos de la participación de los estados subnacionales se han quedado a medio camino, creando estructuras maniatadas por los estados nacionales.

El camino debe orientarse hacia una efectiva participación que estimule el desarrollo de las regiones y que permita atender a sus peculiaridades. Se debe buscar el objetivo de un desarrollo homogéneo, y para ello se deberá trabajar especialmente en las zonas postergadas.

La cohesión económica redunda en numerosas ventajas y asimismo evitará ingentes problemas de la integración, como las migraciones internas.

Bibliografía

BAISOTTI, Pablo: "Relación entre institucionalidad y gobernabilidad en los procesos de integración, coexistencia institucional local-global, del Estado-Nación al Estado-Región", en Site Centro Argentino de Estudios Internacionales, ‹http://www.caei.com.ar› (18.5.2007).

BULL, Hedley: *The Anarchical Society. A Study of Orden in World Politics*, Nueva York: Columbia University Press, 1977.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel: "Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el MERCOSUR", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

CONVENCIÓN EUROPEA: "La dimensión regional y local en Europa", en *Documentos de Trabajo Preparatorios para la Convención Europea*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004.

---

[25] Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el MERCOSUR", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 721

[26] Ciuro Caldani: o. cit., p. 727.

D'ATENA, Antonio: "Partecipazione degli enti regionali e locali alla fase ascendente del *policy making* europeo-versante europeo", en *Procedure per la pactecipazione delle autorità regionali e locali al proceso europeo di Policy Making nei vari Stati membri*, Bruselas: Comité de las Regiones, 2005.

DRANAS DE CLEMENT, Zlata: "Vías de participación de las regiones intranacionales en los procesos de integración. Aspectos institucionales", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, ‹http://www.acader.unc.edu.ar› (18.5.2007).

DRANAS DE CLEMENT, Zlata: "Aspectos Internacionales de la participación de los entes subnacionales en los procesos de integración", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, ‹http://www.acader.unc.edu.ar› (18.5.2007).

DREYZIN DE KLOR, Adriana: "La necesidad de un Parlamento para el MERCOSUR", en *Hacia el Parlamento del MERCOSUR*, Montevideo: Comisión Parlamentaria Conjunta y Fundación Konrad Adenauer, 2004.

EMILIOZZI, Sergio, y Gabriela FLASTER: *Introducción al concepto de poder en Michel Foucault*, Buenos Aires: Eudeba, 1998.

FERRARA, Antonio: "Il principio di sussidiarietà", en *Procedure per la pactecipazione delle autorità regionali e locali al proceso europeo di Policy Making nei vari Stati membri*, Bruselas: Comité de las Regiones, 2005.

HÖFFE, Otfried: "La subsidiariedad como principio de la filosofía política", en *Panorama de Filosofía Política*, Fundación Konrad Adenauer, s/d.

HÖFFNER, Joseph: *Doctrina social cristiana*, Barcelona: Herder, 2001.

LATTUCA, Ada: "Acerca de la virtualidad de las migraciones en los sistemas integrados", en *Derecho de la Integración*, n.º 11, Rosario: Centro de Estudios Comunitarios, Universidad Nacional de Rosario, 2001.

LATTUCA, Ada: "La Problemática Europea y la Gobernanza Europea", ponencia presentada en 7.ª ECSA World Conference, Bruselas, 29 de noviembre al 1 de diciembre del 2004.

MEBELLINI, Stefania: "La tutela guirisdizionale delle competenze in sede comunitaria. Poteri di sellecitaziones nei confronti dello Stato", en *Procedure per la pactecipazione delle autorità regionali e locali al proceso europeo di Policy Making nei vari Stati membri*, Bruselas: Comité de las Regiones, 2005.

OHMAE, Kenichi: "The Rice of the Region State", en *Foreign Affairs*, vol. 72, n.º 2, primavera de 1993.

PARLAMENTO EUROPEO: *El Parlamento Europeo y la Constitución europea*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005.

PEÑA, Félix, y otros: *Gobernabilidad y desarrollo en el sur de las Américas. Elementos para una agenda de cooperación regional*, Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales y Fundación Konrad Adenauer, 2004.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, Buenos Aires: Espasa Calpe, 22.ª ed., 2003.

STÄHLI, Jorge: "MERCOSUR y región Centro", en *Derecho de la Integración*, n.º 11, Rosario: Centro de Estudios Comunitarios, Universidad Nacional de Rosario, 2001.

Documentos

Tribunal Constitucional de España: "Sentencia 165/1994, del 26 de mayo de 1994", en *Boletín Oficial del Estado*, 25 de junio de 1994.

Tratado de la Comunidad Europea, y modificación del Tratado de Niza (Versión consolidada), ES C 325/42, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 24.12.2002.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ES C 310/11 en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 16.12.2004.

Reglamento sobre Fondos Estructurales, Consejo Europeo, decisión n.º 1083/2006.

Comisión Parlamentaria Conjunta: Proyecto de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, MERCOSUR/XXIII CPC/DIS 1/4, Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

Decisión 41/04 del Consejo de Mercado Común MERCOSUR.

Resolución 26/07 del Grupo Mercado Común MERCOSUR.

FCCR, Carta de Río, 18 de enero de 2007, Río de Janeiro (Brasil).

FCCR, Proyecto de Reglamento, 28 de Junio de 2007, Ciudad de Asunción (Paraguay).

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Instrucciones para la presentación de los trabajos

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. Deberán acompañarse de un **resumen** de hasta 900 caracteres con espacios (150 palabras) y, si se desea, una sugerencia de **palabras clave**.

3. La Redacción del **Anuario** determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.

4. El material enviado deberá ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.

5. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a **Ius.Montevideo@kas.de** o bien a **Plaza Cagancha 1356 of. 804, 11100 Montevideo**, a nombre de la directora, **Gisela Elsner**.

6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los **40.000 caracteres** (aproximadamente 15 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.

7. La página 1 deberá contener la siguiente información:

   a. Nombre del autor.
   b. Título del artículo.
   c. Dirección electrónica (que se publicará).
   d. Referencia curricular de hasta 30 palabras que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   e. Los 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.
   f. Dirección postal para el envío de los ejemplares para el autor.

8. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica). En el texto se indicará dónde deben insertarse.

9. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas: al comienzo de cada oración y en los nombres propios. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-fecha (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

    a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

    EJEMPLO:

    Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

    b. **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); editorial; ciudad; 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.

    c. **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.

d. **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 menor y mayor); 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).

e. 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.

f. 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*. El término *autores varios* no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.