# Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

# 2009

# Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
# 2009

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* tiene como objetivo la difusión de trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, 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.

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

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

**Coordinación académica**
Agustina González Grucci

**Coordinación editorial**
Manfred Steffen

**Asistencia**
Alejandro Coto

**Corrección de estilo**
María Cristina Dutto (español)
Paulo Baptista (portugués)

**Traducción**
Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Beatriz Sosa Martínez (inglés)

**Asignación de palabras clave**
María Arigón, Ana Gil, Rita Grisolia

**Diseño de maqueta**
Taller de Comunicación

**Paginación, impresión y encuadernación**
Mastergraf srl
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 350.281 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

Correspondencia, contribuciones,
solicitudes de canje o donación
e-mail: ius.montevideo@kas.de

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano se encuentra disponible a texto completo en las siguientes páginas web:

Fundación Konrad Adenauer
‹http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/›

Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México
‹http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dconstla›

## Índice

*Prólogo* ..... 11

## I. Derecho constitucional

- Horacio Andaluz (Bolivia)
  *El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia* ..... 15

- Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)
  *La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización* ..... 45

- Jesús M. Casal H. (Venezuela)
  *Las colisiones constitucionales en la reciente jurisprudencia constitucional* ..... 65

- Ruben Correa Freitas (Uruguay)
  *Perfil comparativo del sistema judicial en las constituciones uruguaya e italiana* ..... 85

- Roberto Islas Montes (México)
  *Sobre el principio de legalidad* ..... 97

- Carlos D. Luque (Argentina)
  *Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación* ..... 109

- José Antonio Rivera S. (Bolivia)
  *Reformas constitucionales y justicia constitucional* ..... 125

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
  *Notas sobre el poder constituyente irregular* ..... 151

- Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)
  *Proceso constituyente y transición en el Ecuador* ..... 165

- Humberto A. Sierra Porto (Colombia)
  *La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia* ..... 179

- Francisco Zúñiga Urbina (Chile)
  *La acción de indemnización por error judicial*
  *Reforma constitucional y regulación infraconstitucional* ..... 189


## II. Derecho procesal constitucional


- Natalia Bernal Cano (Colombia)
  *Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia* ..... 211

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil (México)
  *Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana* ..... 239

- Christine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo (Brasil)
  *O **amicus curiae** no processo constitucional: o papel do "amigo da Corte" na construção do **decision-making** no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos* ..... 261

- César Landa (Perú)
  *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú* ..... 277

- Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espindola (Brasil)
  *A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo* ..... 311

- Angela Cristina Pelicioli (Brasil)
  *A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira* ..... 329

- Lautaro Ríos Álvarez (Chile)
  *Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado* ..... 349

- Daniel Ustárroz (Brasil)
  *A experiência do amicus curiae no direito brasileiro* ..... 367


## III. Derechos y garantías individuales


- Gilbert Armijo (Costa Rica)
  *Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente* ..... 387

- Emilssen González de Cancino (Colombia)
  *Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina* ..... 405

- Víctor E. Orozco Solano (Costa Rica)
  *Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva* ..... 433

- María Sofía Sagüés (Argentina)
  *Luces y sombras en los juicios al terror. El peregrinaje de la Suprema Corte de los Estados Unidos hacia el reconocimiento de la tutela judicial* ..... 443

- Geovana Tavares de Mattos (Brasil)
  *A inconstitucionalidade da privatização dos presídios* ..... 483

- Karen van Rompaey (Uruguay)
  *Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos* ..... 497


## IV. Derechos humanos regionales e internacionales


- Elodia Almirón Prujel (Paraguay)
  *Derechos fundamentales y su incidencia en el plexo constitucional de los Estados* ..... 525

- Wilson Engelmann (Brasil)
  *Os avanços nanotecnológicos no século XXI: os direitos humanos e os desafios (éticos) da regulamentação jurídica* ..... 541

- André Luiz Cosme Ladeia (Brasil)
  *A relativização da soberania em face da preservação dos direitos e garantias fundamentais* ..... 559

- Claudio Nash Rojas (Chile)
  *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes* ..... 585

- Leonardo Nemer Caldeira Brant e Larissa Campos de Oliveira Soares (Brasil)
  *A inter-relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário na perspectiva universal e interamericana* ..... 603

- Torsten Stein (Alemania)
  *Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa* ..... 621


## V. Derecho de la integración


- Víctor Bazán (Argentina)
  *La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos* ..... 639

- Waldemar Hummer (Austria)
  *La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea* ..... 689

- Alejandro Maldonado Aguirre (Guatemala)
  *El Acta Fundacional de la Nación Centroamericana* ..... 723

- César Montaño Galarza (Ecuador)
  *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por Ecuador y el derecho comunitario andino* ..... 741


## VI. Democracia y Estado de derecho


- Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)
  *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia* ..... 775

- Bruno J. R. Boaventura (Brasil)
  *Uma contemporânea inserção da consolidação das Leis na re-legitimação das normas jurídicas* ..... 795

- Juan Colombo Campbell (Chile)
  *La judiciabilidad de las cuestiones políticas* ..... 815

- J. Alberto del Real Alcalá (España)
  *Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado constitucional* ..... 827

- Augusto Durán Martínez (Uruguay)
  *Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo* ..... 845

- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
  *Desafíos del Estado de derecho* ..... 863

- Rupert Scholz (Alemania)
  *El Estado democrático de derecho como mandato internacional político y constitucional contra el terrorismo, el extremismo y la criminalidad organizada* ..... 879

- Renato Selayaram (Brasil)
  *La construcción de los derechos humanos* ..... 889

# Prólogo

Nos complace enormemente presentar esta nueva edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* editado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que cumple ya 15 años. En esta ocasión, se suma la conmemoración de otro aniversario muy significativo: los 60 años de la Ley Fundamental alemana, promulgada en Bonn el 23 de mayo de 1949.

En los últimos tiempos varios países latinoamericanos han experimentado cambios trascendentes en materia constitucional. Vale destacar los referendos constitucionales en Ecuador (setiembre del 2008) y Bolivia (enero del 2009), que dieron lugar a nuevas cartas fundamentales, así como el de Venezuela (febrero del 2009), que tuvo como resultado la aprobación de la enmienda constitucional que posibilita la reelección ilimitada del presidente y demás cargos de elección popular.

En este contexto, para nuestro programa resulta fundamental realizar actividades, con formatos y alcances diversos, que sirvan como foros de reflexión, estudio y discusión académica sobre el panorama del derecho constitucional en el continente. La edición del *Anuario* es una de las piezas claves de este trabajo, debido a su difusión, alcance y representatividad, pero también llevamos a cabo numerosas actividades de capacitación. Entre ellas merecen destacarse los Encuentros anuales de Presidentes de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, lo que refleja la importancia que asignamos al trabajo con los tribunales y cortes constitucionales. Estamos convencidos de que la justicia constitucional, al asegurar la vigencia efectiva de las disposiciones de la ley fundamental, desempeña un papel esencial en la conservación y consolidación del Estado de derecho. Si bien la mayoría de los países latinoamericanos cuenta con órganos jurisdiccionales con competencia exclusiva en materia constitucional, en ocasiones se presentan problemas que perturban su función e independencia, dado que estos órganos están muy expuestos al ámbito político por ser los que controlan ciertas decisiones del gobierno y leyes parlamentarias.

Cada año el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en sus oficinas de Montevideo y México DF, realiza un exhaustivo proceso de selección de los numerosos artículos de juristas del continente que llegan para su publicación en el *Anuario.* Además de valorar el contenido científico y el carácter inédito de los trabajos, la selección procura afirmar el carácter representativo de la publicación. Se aspira a contar con contribuciones provenientes de la mayoría

de los países latinoamericanos, pues el *Anuario* es, en definitiva, una obra hecha por y para juristas de este continente.

En esta oportunidad, además, la Fundación realizó un esfuerzo adicional para posibilitar la indexación del *Anuario,* lo que permitirá difundirlo con mayor eficiencia y facilitará el acceso de juristas y lectores interesados de todo el mundo. Otra novedad es que esta edición se acompaña de un CD con sentencias relevantes de distintos tribunales y salas constitucionales de América Latina sobre cuestiones bioéticas. El artículo de la Dra. Emilssen González de Cancino ("Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina") oficia de introducción a estos temas tan actuales y facilita, a su vez, la comprensión de la jurisprudencia incluida.

En estos quince años el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha ganado un nombre y un lugar en las bibliotecas jurídicas del continente, especialmente de universidades, cortes supremas y tribunales constitucionales. Durante este tiempo se han modificado la estructura de la obra, la organización temática, el foco en uno u otro aspecto, pero se ha mantenido constante el hilo conductor del derecho constitucional.

En este sentido, queremos agradecer muy especialmente la invalorable colaboración de todos los autores del *Anuario,* así como al consejo editorial y al equipo de redacción y de edición. Esperamos nuevamente estar a la altura de las expectativas de nuestros lectores y continuar contribuyendo al estudio comparado, la reflexión y el diálogo científico sobre el derecho constitucional.

Gisela Elsner
Directora de la oficina en Montevideo

Rudolf Huber
Director de la oficina en la Ciudad de México

## I. Derecho constitucional


- Horacio Andaluz (Bolivia)
  *El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia*

- Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)
  *La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización*

- Jesús M. Casal H. (Venezuela)
  *Las colisiones constitucionales en la reciente jurisprudencia constitucional*

- Ruben Correa Freitas (Uruguay)
  *Perfil comparativo del sistema judicial en las constituciones uruguaya e italiana*

- Roberto Islas Montes (México)
  *Sobre el principio de legalidad*

- Carlos D. Luque (Argentina)
  *Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación*

- José Antonio Rivera S. (Bolivia)
  *Reformas constitucionales y justicia constitucional*

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
  *Notas sobre el poder constituyente irregular*

- Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)
  *Proceso constituyente y transición en el Ecuador*

- Humberto A. Sierra Porto (Colombia)
  *La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia*

- Francisco Zúñiga Urbina (Chile)
  *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 15-43, ISSN 1510-4974

**Horacio Andaluz (Bolivia)***

# El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia

## RESUMEN

**Este trabajo es una propuesta de artículos constitucionales referida a la relación entre el derecho internacional y el nacional, y se circunscribe al aspecto dinámico del derecho, a saber, lo vinculado a la producción, aplicación y ejecución del derecho, a la validez y vigencia de los sistemas jurídicos y de sus normas, y a la estructura del sistema de fuentes y las relaciones entre ellas. El ejercicio teórico ha consistido en procurar fórmulas estrictamente suficientes y de validez universal, por lo que se estima que en la propuesta están incluidos todos los aspectos dinámicos atinentes a las relaciones entre el derecho internacional y el interno que deben estar en toda Constitución, y no solo en la boliviana. La propuesta contiene un artículo sobre la celebración de tratados, otro sobre la integración de las normas de derecho internacional al orden interno, un tercero sobre la jerarquía de las normas de derecho internacional en la estructura del derecho estatal, y un último sobre reformas a la Constitución en materias en que el Estado se encuentre vinculado internacionalmente.**

**Palabras clave: derecho internacional, Constitución política, derecho comparado, integración del derecho, jerarquía de las normas, control de constitucionalidad, Bolivia.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die vorliegende Arbeit schlägt mehrere Verfassungsartikel zum Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht vor, wobei sie sich auf die dynamischen Rechtsaspekte bezieht, also auf Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollstreckung, auf die Geltung und Gültigkeit von Rechtssystemen und ihren Bestimmungen sowie auf das System der Quellen und deren Verhältnis zueinander. Auf theoretischer Ebene ging es um die Bereitstellung von strikt hinreichenden und universell geltenden Normen, weshalb davon ausgegangen wird, dass der Vorschlag sämtliche das internationale und das nationale Recht berührenden dynamischen Aspekte enthält, die in alle Verfassungen, nicht nur in**

* Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra). Master of Laws (Harvard Law School). Árbitro (Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz). Antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Publicación vinculada a este tema: *Positivismo normativo y derecho internacional* (Plural/Cerid, 2005). ‹handaluz@post.harvard.edu›

**die bolivianische, aufgenommen werden sollten. Der Vorschlag enthält einen Artikel zum Abschluss von Verträgen, einen weiteren über die Aufnahme internationaler Rechtsbestimmungen in das nationale System, einen dritten zur Stellung der internationalen Bestimmungen im staatlichen Rechtsgefüge sowie einen letzten zu Verfassungsänderungen in Bereichen, in denen der Staat international gebunden ist.**

**Schlagwörter: Völkerrecht, Verfassungsrecht, Rechtsvergleichung, Vereinheitlichung des Rechts, Normenhierarchie, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Bolivien.**

**ABSTRACT**

**This paper contains a proposal of constitutional articles referring to the relationship between international and national law, and it is limited to the dynamic aspect of law, i.e. the aspect related to the law production, implementation and enforcement, to the validity and effectiveness of legal systems and their rules, and to the structure of the system of sources and the relations between them. The theoretical exercise entailed trying to avoid strictly sufficient and universally valid approaches, therefore the proposal is considered inclusive of all the dynamic aspects of the relations between international and domestic law, which should be embraced by every Constitution, not only in the Bolivian one. This proposal contains an article on the execution of treaties, another one on the incorporation of international law rules into the domestic legal order, a third article on the hierarchy of the rules of International Law in the structure of State law, and the last one on constitutional amendments in internationally binding matters.**

**Key words: international law, political constitution, comparative law, law integration, hierarchy in law, constitutionality control, Bolivia.**

## I. Introducción

Bolivia vive un proceso constituyente,[1] y es la oportunidad para que el mundo académico cumpla con su cuota de responsabilidad, comidiéndose con determinados insumos que faciliten las tareas de quienes han recibido el mandato popular de elaborar una nueva Constitución. La presente propuesta de artículos constitucionales está referida a la relación entre el derecho internacional y el nacional, y se circunscribe al aspecto dinámico del derecho, a saber, lo vinculado a la producción, aplicación y ejecución del derecho, a la validez y vigencia de los sistemas jurídicos y de sus normas, y a la estructura del sistema de fuentes y las relaciones entre ellas. El ejercicio teórico ha consistido en procurar fórmulas estrictamente suficientes y de validez universal, por lo que se estima que en la propuesta están incluidos todos los aspectos dinámicos atinentes a las relaciones entre el derecho internacional y el interno que deben estar en toda Constitución, y no solo en la boliviana. La propuesta contiene un artículo sobre la celebración de tratados, otro sobre la integración de las

[1] Artículo elaborado con motivo del proceso constituyente boliviano iniciado en agosto del 2006.

normas de derecho internacional en el orden interno, un tercero sobre la jerarquía de las normas de derecho internacional en la estructura del derecho estatal, y un último sobre reformas a la Constitución en materias en que el Estado se encuentre vinculado internacionalmente. No han sido considerados los derechos subjetivos específicos contemplados en el derecho internacional, tales como el derecho de asilo —recogido por la Constitución en su texto de 1961 (artículo 18)—, pues, en primer lugar, los derechos subjetivos no corresponden temáticamente a la dinámica del derecho, sino a los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, a aquellas categorías normativas sin las cuales no es posible concebir la existencia del derecho en ningún tiempo y lugar, como son las de deber jurídico, sanción y acción antijurídica, y, en segundo lugar, porque al ocuparse la propuesta de las normas de derecho internacional como fuentes de producción normativa en el nacional, quedan de suyo incorporados al elenco de derechos subjetivos del orden interno todos los del orden internacional.

La propuesta está organizada por artículos. Después de cada artículo se hace mención a los referentes relevantes del derecho comparado sobre la materia. Dichas referencias son presentadas en orden alfabético, según el Estado cuya Constitución ha sido consultada, y los números consignados corresponden a los respectivos artículos constitucionales. Así, por *Alemania 59* debe entenderse el artículo 59 de la Constitución alemana. El análisis de derecho comparado ha comprendido un total 37 constituciones (17 europeas y 20 americanas). El listado que sigue a cada artículo incluye tanto las constituciones concordantes como las discordantes con la fórmula propuesta. La motivación de cada artículo viene con párrafos numerados y titulados según el tema principal de cada uno de ellos.

## II. Celebración de tratados

### Artículo

I. La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados será autorizada por ley en los siguientes casos:
   1. tratados que versen sobre derechos humanos;
   2. tratados que involucren obligaciones financieras;
   3. tratados que tengan carácter militar;
   4. tratados que afecten la soberanía territorial o su ejercicio;
   5. tratados que regulen materias reservadas por esta Constitución a las leyes;
   6. tratados que exijan la modificación o abrogación de alguna ley, o que requieran de medidas legislativas para su ejecución.

II. En los casos de tratados que versen sobre materias distintas a las enumeradas en el parágrafo I, el Poder Legislativo será informado de la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse a través de ellos, así como, en su caso, de su denuncia o suspensión.

III. Requieren de autorización por ley la denuncia o suspensión de los tratados autorizados por ley.
IV. La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales seguirá el procedimiento de reforma de la Constitución.

*Derecho comparado. Parágrafo I. Alemania 59; Argentina 75.22 (párrafo 1); Austria 50.1; Bélgica 77.6, 167.2, 167.3; Brasil 49.I, 84.VIII; Chile 32.16, 50.1; Colombia 150.16, 189.1, 224; Costa Rica 121.4, 140.9; Cuba 75.i y 90.m; Dinamarca 19.1; Ecuador 161, 171.12; El Salvador 131.7, 168.4; España 94.1; Estados Unidos II.2.2; Finlandia 33 (párrafo 1); Francia 53 (párrafo 1); Grecia 36; Guatemala 171.12, 183; Honduras 205.30; Irlanda 29.5.1; Italia 72 (párrafo 4), 87 (párrafo 8); Luxemburgo 37 (párrafo 1); Nicaragua 138.12, 150.8; Noruega 26 (párrafo 2); Países Bajos 91.2; Panamá 153.3, 179.9; Paraguay 202.9, 238.7; Perú 56, 102.3, 118.10; Portugal 138.b, 164.j; República Dominicana 37.14, 55.4; Suecia capítulo 10.2 (párrafos 1 y 3); Suiza 166 (párrafo 2), 184 (párrafo 2); Uruguay 85.7, 168.20; Venezuela 154, 187.18, 236.4.*
*Numeral 1. Colombia 93; Ecuador 161.5; Perú 56.1; España 94.1.c.*
*Numeral 2. Brasil 49.I; España 94.1.b; Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.3; Honduras 245.13; Irlanda 29.5.2; Italia 80; Nicaragua 138.12; Perú 56.4.*
*Numeral 3. Ecuador 161.2; España 94.1.b; Honduras 245.13; Nicaragua 138.12; Perú 56.3; Portugal 164.j.*
*Numeral 4. Costa Rica 7 (párrafo 2); Dinamarca 19.1; Ecuador 161.1; España 94.1.c; Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.2; Honduras 245.13; Italia 80; Luxemburgo 37 (párrafo 5); Perú 56.2; Portugal 164.j.*
*Numeral 5. Chile 50.1 (párrafo 2); Guatemala 171.12.1; Portugal 164.j.*
*Numeral 6. Austria 50.2; Chile 50.1 (párrafo 2); Dinamarca 19.1; Ecuador 161.6; España 94.1.e; Finlandia 33 (párrafo 1); Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.1; Honduras 245.13; Italia 80; Nicaragua 138.12; Perú 56 (párrafo 2); Suecia capítulo 10.2 (párrafos 1 y 2).*
*Parágrafo II. Francia 52; Noruega 75.g; Perú 57 (párrafo 1).*
*Parágrafo III. Argentina 75.22 (párrafo 2); Cuba 90.m; Dinamarca 19.1; España 96.2; Países Bajos 91.1; Perú 57.3 (párrafo 3).*
*Parágrafo IV. Austria 50.3, 44; Ecuador 162 (párrafo 3); España 95.1; Francia 54; Países Bajos 91.3; Paraguay 142; Perú 57 (párrafo 2); Portugal 279.4.*

## Motivación

1. *Descripción general*. En el plan temático del articulado constitucional referido al derecho internacional en el sistema estatal de fuentes, lo natural es que se comience con un artículo como el propuesto. El artículo norma el proceso de celebración de tratados en el derecho nacional y regula el ejercicio de competencias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por sus efectos es una norma de procedimiento legislativo.

2. *Utilización del término* tratado. Se usa la palabra *tratado* por cuanto su acepción jurídica en el derecho internacional es de carácter genérico, y comprende todas las

formas históricamente adoptadas —o que se adopten— por las normas de derecho internacional convencional.[2] El tratado es por naturaleza un acto jurídico (manifestación de voluntad que tiene por fin producir un efecto jurídico) al que el derecho internacional exige la forma escrita. Es indiferente al derecho internacional que el tratado adopte múltiples denominaciones,[3] pues lo cierto es que, bajo cualquiera de ellas, los instrumentos constituyen por igual acuerdos de voluntades y están llamados por igual a generar determinados efectos jurídicos, lo que se condice con la entidad jurídica del concepto de tratado. Tampoco interesa al derecho internacional la forma en que el pacto quede escrito, siempre que exprese la intención de las partes de someter su acuerdo de voluntades al derecho internacional.[4] Además de ser lo propio, usar en el articulado constitucional la sola palabra *tratado* es también lo práctico, porque de lo contrario tendrían que listarse en cada oportunidad todas y cada una de las denominaciones que suele adoptar en la práctica. De hecho, un error de larga historia en las constituciones de Bolivia fue hacer referencia a "tratados y convenios",[5] fórmula impropia en

---

[2] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) solo requiere que los tratados se expresen por escrito: "Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados [o entre estos y organizaciones internacionales, o entre estas solamente] y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (artículo 2.1.a). Véase también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (1986), aún no en vigor pero de aplicación consuetudinaria.

[3] No sin razón Reuter hizo notar que no existe ninguna nomenclatura precisa para los tratados. Al parecer, términos como *tratado, convenio, acuerdo* o *protocolo* son sinónimos, varían de país a país y de tratado a tratado. "La incertidumbre de la terminología es uno de los resultados del relativismo convencional" (cf. Paul Reuter: *Introducción al derecho de los tratados*, 1.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 44). Por otro lado, el estudio de Myers sobre el problema de la denominación de los instrumentos convencionales puso de relieve que los términos usados no son lo arbitrarios que suele creerse. Encontró que las denominaciones más frecuentes se orientan hacia dos grupos distintos: el grupo *tratado,* que comprende *pacto, constitutivo, carta, estatuto, convenio, convención* y *declaración,* entre otros, y el grupo *acuerdo,* que comprende *arrangement, compromiso, modus vivendi, canje de notas, memorandos de acuerdo, minuta aprobada,* además de otras. La elección de una denominación en particular viene determinada por la importancia del acuerdo, el uso de procedimientos formales o simplificados de celebración y la materia regulada (cf. Julio D. González Campos, Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María: *Curso de derecho internacional público*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2002, pp. 175-176).

[4] La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha privilegiado siempre la intención de los Estados sobre la forma de los acuerdos. Así, en el asunto *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía, 1978) la Corte concluyó que un comunicado conjunto por el que se sometía una controversia a arbitraje o arreglo judicial constituía un acuerdo internacional (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1978, p. 39). Y en el asunto *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, competencia* (Qatar c. Bahrein, 1994), la Corte sostuvo que una minuta firmada por los ministros de relaciones exteriores de los Estados interesados no era una simple acta de reunión, sino un acuerdo que creaba derechos y obligaciones en el derecho internacional (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1994, p. 121).

[5] El error de hacer referencia a los "tratados y convenios" viene de las reformas de 1839 (artículo 77.10), pero comenzó a gestarse en las de 1831, que hacían referencia a "las alianzas y toda clase de tratados" (artículo 36.9). Esta distinción es impropia, pues la alianza es un tratado con objetivos de ofensa o defensa militar, y es también ociosa, pues al referirse a "toda clase de tratados" no asigna, por razón de la materia, competencias distintas a cada uno de los órganos involucrados en la celebración de normas internacionales convencionales. También es impropia la fórmula del actual

la medida en que para el caso tendría que listar todas las demás denominaciones referidas en la nota al pie 2, y que aun así podría estar dejando al margen algunas figuras, inclusive innominadas (como un acta contentiva de determinados acuerdos con imperio ejecutorio), que sin embargo en naturaleza jurídica fueran tratados. De manera que, por su carácter comprensivo, lo recomendable es usar en la nueva Constitución simplemente la palabra *tratado.*

3. *Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados.* A tiempo de codificarse el derecho de los tratados existía cierta resistencia hacía las nuevas formas de manifestación del consentimiento usadas en la práctica de los Estados. Pero la abrumadora cantidad de normas convencionales celebradas sin las formalidades de la ratificación sugería la necesidad de adoptar una regla en el sentido de que fuese la voluntad de los Estados negociadores el elemento gravitante. Así surgió el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que alcanza tanto a las formas conocidas de manifestación del consentimiento[6] como a las que fueron adoptándose en la práctica y las que en lo sucesivo se adopten, dado que, más allá de la denominación que se le asigne, es la manifestación del consentimiento en sí el dato jurídicamente relevante. Es en esa línea, y con pie en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que el artículo propuesto trabaja con la fórmula *manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados*. El referente directo de derecho comparado es la Constitución de España (artículo 94.I).[7]

4. *Procedimiento formal de celebración de tratados*. Son los múltiples requerimientos de un mundo de creciente complejidad y dinamismo los que en la actualidad les

---

artículo 3 de la Constitución: "Las relaciones con la Iglesia Católica se regirán mediante concordatos y acuerdos entre el Estado boliviano y la Santa Sede". En este caso el error se debe a las reformas de 1967. De 1967 también es la redacción actual del artículo 59.12 ("aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales"), que emplea tres palabras para designar lo mismo. El texto de 1826 de la Constitución estaba en lo correcto al referirse solamente a los "tratados públicos" (artículo 83.5).

[6] Las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado incluyen la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 11). Sobre el uso que reciben estas formas en la práctica internacional véase Reuter: "La expresión definitiva del consentimiento en obligarse se puede presentar en formas diversas, más o menos rápidas y que permitan referirse a la distinción de procedimientos cortos o largos. Sin embargo, tal distinción no puede tener para los tratados multilaterales rasgos tan marcados como para los tratados bilaterales. […] nada impide a un Estado comprometerse definitivamente por una simple expresión del consentimiento en obligarse, como la firma, mientras que otros Estados no se obligan más que por la ratificación, pero sobre todo los tratados multilaterales abiertos tienen un procedimiento simple, pero tardío, de expresar el consentimiento en obligarse por un tratado: el consentimiento no pasa por un procedimiento previo como la firma y se expresa una vez por la adhesión (designada también por los términos accesión, aceptación o aun aprobación, aunque este último término califique usualmente un acto posterior a la firma). En efecto, la firma es hecha normalmente a continuación de una negociación y el tratado multilateral abierto puede ser firmado hasta un tiempo después del acta final de la Conferencia; transcurrido un plazo razonable, es normal prever que los Estados que no han firmado prefieran dar su consentimiento en un solo acto y en forma definitiva: no tendría sentido darlo dos veces ya que el Estado tiene todo el tiempo necesario para tomar su decisión, y si lo necesita, satisfacer exigencias constitucionales complicadas" (Reuter: o. cit., pp. 60-61).

[7] Constitución de España, artículo 94.I.: "La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos […]".

marcan el paso a las relaciones exteriores. Ello deriva en que los derechos nacionales establezcan procedimientos menos formales de celebración de tratados. De ahí que la exigencia de ratificación haya quedado reducida a los tratados que, por importar mayores responsabilidades para el Estado contratante, deben agotar la instancia congresal.[8] Así usada, la ratificación dice del acto de derecho interno mediante el cual los órganos legislativos autorizan la celebración de tratados; lo que no debe confundirse con la ratificación según el derecho internacional, pues esta es una forma de consentir en obligarse un Estado ante sus pares vinculados por el tratado, en tanto que la ratificación legislativa la precede a título de autorización a su Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido por cada constitución, para que preste tal consentimiento. A pesar de que el uso de la ratificación de derecho interno viene de tan atrás que ya Grocio lo fundaba en la teoría del mandato, lo cierto es que no obedece a una norma de derecho internacional consuetudinario, por lo que los Estados son libres de regular la manera en que su voluntad social debe formarse. De modo que no hay razón jurídica para asumir que la celebración al margen de la ratificación legislativa afecta la validez internacional de un tratado. Por tal virtud, el parágrafo I del artículo propuesto regula el procedimiento de derecho interno de celebración de tratados en razón de su materia. En el derecho comparado es común emplear este criterio,[9] pues otros criterios, como

[8] Ya en 1991 Salazar Paredes había sugerido la adopción de un procedimiento de celebración de tratados con mayor agilidad que la ratificación legislativa. Su propuesta consistía en establecer un procedimiento simplificado con participación de la Cámara de Senadores (cf. Fernando Salazar Paredes: *Política exterior, relaciones internacionales y Constitución*, La Paz: CERID, 1991, pp. 136-140).

[9] Así ocurre, entre otras, en las constituciones de Alemania (artículo 59.2: "Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o participación del órgano legislativo apropiado, a través de una ley federal"), de Ecuador (artículo 161: "El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1. Los que se refieran a materia territorial o de límites. 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares. 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley. 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos. 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley"), de Francia (artículo 53: "Los tratados de paz, los tratados comerciales, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen a la hacienda del Estado, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas, los que entrañen cesión, cambio o aumento del territorio, no podrán ser ratificados o aprobados sino en virtud de ley"), de Guatemala (articulo 171.12: [Corresponde al Congreso] aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1. Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos. 2. Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano. 3. Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado. 4. Constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales. 5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional"), de Nicaragua (articulo 138.12: [Son atribuciones de la Asamblea Nacional] aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa de seguridad; los que aumenten el endeudamiento extremo o comprometan el crédito de la

la denominación particular de cada tratado o la forma de manifestar el consentimiento en obligarse, resultan artificiales en un sistema político de legitimidad democrática, toda vez que el manejo de tales especificidades corresponde naturalmente a los órganos ejecutivos, en la medida en que son los negociadores de los tratados. El parágrafo I se refiere a la ratificación como *autorización*, pues tal es su naturaleza jurídica.

Para ser operativos, el procedimiento formal y el simplificado dependen del Poder Ejecutivo, pues este es el llamado a calificar la materia de los tratados. No debe olvidarse que el Poder Ejecutivo es el encargado de las relaciones exteriores del Estado. En consecuencia, lo natural es que tenga competencia jurídica tanto para la calificación de los tratados como para celebrarlos por el procedimiento simplificado, puesto que es el que tiene la competencia técnica para ello. Para verificar que la ejerce con la debida diligencia y en el marco de sus atribuciones, la herramienta es el control político que a su juicio puede ejercer el Poder Legislativo, a cuyo servicio está el deber de informar que tiene el Poder Ejecutivo (véase párrafo 6). Además, para el improbable caso de una calificación errónea, la herramienta es la impugnación de la constitucionalidad formal del tratado por vicios en el procedimiento interno de celebración, y el hecho de que la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado comprometa la fe del Estado no significa que esta no pueda ser pronunciada (véase párrafo 24).

5. *Materias objeto del procedimiento formal.* Desde que comporta la participación del Poder Legislativo, el procedimiento formal de celebración se reserva en el derecho comparado a los tratados que abordan temas de particular importancia para los Estados y sus súbditos. El parágrafo I del artículo propuesto participa de esta lógica, y se estima que sus seis numerales la sirven de manera idónea y suficiente, pues, como no sea recurriendo a reduplicaciones innecesarias o formulaciones vagas, es difícil imaginar alguna materia que deba requerir la autorización del Legislativo y que no encaje en alguno de los seis supuestos considerados. Así, que la celebración de *tratados que versen sobre derechos humanos* (numeral 1) requiera de autorización legislativa condice con el hecho de que dichos instrumentos formen parte del bloque de constitucionalidad (véase párrafo 23). Por su lado, la reserva de autorización legislativa para los *tratados que involucren obligaciones financieras* (numeral 2) y los *tratados que tengan carácter militar* (numeral 3) obedece a que son cuestiones de evidente implicación para

---

nación; los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado"), de Perú (artículo 56: "Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versan sobre las siguientes materias: 1. Derechos humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución"), y de Suecia (capítulo 10.2: "El Gobierno no podrá concertar un acuerdo internacional obligatorio para el Reino sin la aprobación del Parlamento, si el acuerdo presupone la enmienda o derogación de una ley o promulgación de una nueva ley, o si se refiere a un asunto el cual corresponde al Parlamento la decisión. […] Tampoco puede el Gobierno en casos distintos de los especificados […] concertar ningún acuerdo internacional que sea obligatorio para el Reino sin la aprobación del Parlamento, si el acuerdo fuera de importancia capital. El Gobierno puede, sin embargo, actuar sin obtener la aprobación del Parlamento si así lo exige el interés del Reino. En este caso el Gobierno consultará con el Consejo Consultivo de Asuntos Exteriores antes de concluir el acuerdo").

los Estados, y de hecho particularmente sensibles en términos de la percepción del común de las personas, por lo que tales tratados deben estar sujetos a dicha reserva.[10]

En los tratados comprendidos por el numeral 4 la fórmula *afecten la soberanía territorial* está pensada para los casos de sucesión con respecto a una parte del territorio del Estado. Esto es lo que se conoce como *cesión*, que se verifica cuando una porción del territorio es transferida por su titular (Estado predecesor) a otro Estado (Estado sucesor). El procedimiento formal opera con independencia del papel de predecesor o sucesor que desempeñe Bolivia en una sucesión. Al no existir territorios vacantes a ser ocupados, en la actualidad las controversias territoriales son disputas relativas a los títulos de dominio de los territorios en conflicto, "como las que causaron los arreglos de frontera entre las repúblicas de la América española", aunque también la delimitación de fronteras, e incluso su demarcación, son fuentes de controversias territoriales que pueden derivar en la sucesión de un Estado por otro.[11] Igualmente requieren de autorización por ley los tratados que afecten al ejercicio de la soberanía territorial.

---

[10] Por su implicación para el Estado es que ambas materias están fuertemente arraigadas en las funciones del Poder Legislativo. El numeral 2 concuerda con la atribución del Legislativo de "autorizar y aprobar la contratación de empréstitos que comprometan las rentas generales del Estado […]", prevista por el artículo 59.5 de la Constitución, que viene desde 1826, en que correspondía al tribunado la iniciativa "en autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos" (artículo 43.3). El numeral 3 concuerda con las atribuciones 14, 15 y 16 del artículo 56 de la Constitución: aprobar la fuerza militar que ha de mantenerse en tiempo de paz, permitir el tránsito de tropas extranjeras y autorizar la salida al extranjero de tropas nacionales, respectivamente. Ya en 1826 el tribunado tenía la iniciativa en "conceder el pase a tropas extranjeras" (artículo 43.11) y "en las fuerzas armadas de mar y tierra para el año" (artículo 43.12). Compete al Poder Legislativo "permitir la salida de tropas nacionales fuera del territorio de la República" desde las reformas constitucionales de 1880 (artículo 52.11), por cuanto hasta dichas reformas el supuesto nunca había estado previsto.

[11] Se estima que en la actualidad hay unas sesenta controversias territoriales planteadas (cf. González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María: o. cit., p. 547). A efectos de evaluar la importancia del tema, a continuación se hace un recuento de las controversias territoriales que han sido planteadas a la Corte Internacional de Justicia en el último medio siglo. No todas las controversias conocidas por la Corte han merecido una sentencia de fondo y otras están aún por resolverse. El año indica la fecha de presentación de la solicitud que somete la controversia a conocimiento de la Corte, que algunas veces coincide con el año de la resolución final. Finalmente, no se olvide que muchas controversias territoriales son resueltas por tribunales arbitrales u otros medios pacíficos de solución de controversias. El recuento suma 23 controversias territoriales (de 110 solicitudes de ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte en el período 1946-2006): *Minquiers y Ecrehos* (Francia/Reino Unido, 1953), *Antártica* (Reino Unido c. Argentina, 1956), *Antártica* (Reino Unido c. Chile, 1956), *Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas* (Bélgica/Países Bajos, 1959*), Templo de Preah Vihear* (Cambodia c. Tailandia, 1961), *Plataforma continental del Mar del Norte* (Alemania/Dinamarca, Alemania/Países Bajos, 1969), *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía, 1976), *Plataforma continental* (Túnez/Libia, 1981), *Delimitación de la frontera marítima en el área del golfo de Maine* (Canadá/Estados Unidos, 1982), *Plataforma continental* (Libia/Malta, 1984), *Disputa fronteriza* (Burkina Faso/República de Mali, 1986), *Disputa fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras, 1987), *Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen* (Dinamarca c. Noruega, 1993), *Disputa territorial* (Libia/Chad, 1994), *Delimitación marítima y cuestiones territoriales* (Qatar c. Bahrain, 1994), *Frontera terrestre y marítima* (Camerún c. Nigeria, 1996), *Isla Kasikili/Sedudu* (Botsuana/Namibia, 1999), *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia, 1999), *Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras, 1999), *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia, 2001), *Disputa fronteriza* (Benín/Nigeria, 2002), *Soberanía sobre Piedra Blanca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia/Singapur, 2003), *Delimitación marítima en el Mar Negro* (Rumania c. Ucrania, 2004).

Esta es la categoría conceptual que Verdross llamó *cesión administrativa*.[12] En este tipo de cesión, el Estado cedente concede a otro Estado la facultad de ocupar una parte de su territorio y ejercer en ella su autoridad, mas al reservarse la soberanía territorial sobre dicha parte, no la transfiere, y, por tanto, el estatuto jurídico internacional del territorio en cesión administrativa no varía: sigue constituyendo territorio del Estado cedente. Tal fue el estatus del litoral boliviano según el Pacto de Tregua de 1884.[13] El ámbito de aplicación material del numeral 4 no incluye los acuerdos celebrados con otros sujetos de derecho internacional y en virtud de los cuales se establecen privilegios e inmunidades para ciertos bienes inmuebles. No es infrecuente que se acuda a la ficción jurídica de extraterritorialidad para explicar los privilegios e inmunidades de los locales de las misiones diplomáticas y consulares. Según tal ficción, dichos locales constituirían territorio nacional del Estado acreditante, enclavado en el Estado receptor. Pero en verdad la ficción de extraterritorialidad no tiene asidero jurídico, pues lo cierto es que los privilegios e inmunidades se conceden por las funciones a que las misiones diplomáticas y consulares sirven, y que se conceden con base en reciprocidad. Este fundamento de los privilegios e inmunidades diplomáticos es conocido indistintamente como teoría de la necesidad o del interés de la función. Ya en el siglo XVIII la teoría había sido enunciada por Vattel, y es un hecho que fue codificada como tal por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.[14]

En los numerales 5 y 6 del artículo propuesto, el establecimiento del procedimiento formal responde a un imperativo de organicidad con respecto al sistema político de legitimidad democrática. Así, los *tratados que regulen materias reservadas por la Constitución a las leyes* (numeral 5) requieren de autorización legislativa, pues el uso del procedimiento simplificado implicaría sobrepasar la garantía constitucional de que ciertas materias solo puedan ser normadas por ley.[15] En el mismo sentido, el uso del procedimiento simplificado para celebrar *tratados que exijan la modificación o abrogación de alguna ley, o que requieran de medidas legislativas para su ejecución*

---

[12] Cf. Alfred Verdross: *Derecho internacional público,* 6.ª ed., Madrid: Aguilar, 1978, pp. 248 y 269.

[13] El estatuto jurídico de territorio bajo ocupación bélica del litoral boliviano cambió al de cesión administrativa por efectos del artículo 2 del Pacto de Tregua de 1884: "La República de Chile, durante la vigencia de esta tregua, continuará gobernando, con sujeción al régimen político y administrativo que establece la ley chilena, [el territorio del litoral boliviano] […]". La cesión administrativa duró 20 años, hasta la celebración del Tratado de Paz y Amistad de 1904, por el que los territorios fueron definitivamente cedidos. Un caso análogo de cesión administrativa fue el del Canal de Panamá, establecido por los tratados de 1903 y de 1977 entre Panamá y Estados Unidos.

[14] El preámbulo de la Convención trasluce la codificación de la teoría de la necesidad o del interés de la función: "Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados". En el mismo sentido la Convención de Viena sobre relaciones consulares: "Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos".

[15] En lo que respecta a derechos de particulares, son materias objeto de reserva legal los tributos, los delitos, la reglamentación de los derechos fundamentales (DC 006/2000, GC n.º 18, diciembre del 2000; STC 004/2001, GC n.º 19, enero del 2001), y la regulación del servicio militar (STC 007/2006, GC, 79, tomo I, enero 2006).

(numeral 6), importaría que el Poder Ejecutivo se arrogara la potestad de producir normas con la fuerza jurídica propia de las leyes. En cambio, sí corresponde al Poder Ejecutivo hacer uso de su potestad reglamentaria para dictar normas de mejor ejecución de los tratados en vigor, pues esta competencia es connatural a la obligación de honrar la fe de los tratados.[16]

Además de las listadas en este artículo, en el derecho comparado existen otras materias reservadas al procedimiento formal de celebración de tratados. Tales son los casos de los tratados de paz, los tratados comerciales y los tratados que acuerden someter una controversia a arbitraje o arreglo judicial (compromisos arbitrales o judiciales) o los que contengan una cláusula compromisoria que haga obligatoria la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia.[17] Los tratados de paz no han sido incluidos en el artículo propuesto porque suponen una guerra previa, y, dada la evolución alcanzada por el derecho internacional en el sentido de proscribir el uso de la fuerza armada, su inclusión importaría una señal de que la guerra es todavía concebida por Bolivia como un medio de solución de controversias. Respecto a los tratados comerciales, en consonancia con la dinámica del comercio internacional, lo razonable es que sean celebrados según el procedimiento simplificado. Desde luego, dichos tratados deben agotar el procedimiento formal siempre que contengan materias reservadas a él (verbigracia, si conllevan la modificación o abrogación de una ley o requieren de la promulgación de leyes para su ejecución). Finalmente, en lo que se refiere a

[16] En 1826 la Constitución expresamente preveía la potestad de reglamentar tratados. Así, era atribución del presidente de la República "autorizar los reglamentos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, las leyes y los tratados públicos" (artículo 83.5). Con las reformas constitucionales de 1831 la potestad reglamentaria ya perfilaba los elementos de su redacción vigente, que excluye la mención a los tratados: "expedir los decretos y reglamentos especiales para el cumplimiento de las leyes" (artículo 72.3). La competencia implícita del Presidente de la República para reglamentar tratados es un correlato de la primacía del derecho internacional, pues un "Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos" (*Intercambio de las poblaciones griegas y turcas*, *Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1923, Series B, n.º 4, pp. 23 ss). De este modo, la potestad de reglamentar los tratados se entiende implícita a la competencia expresa del Poder Ejecutivo de conducir las relaciones exteriores, pues cumplir los tratados es un fin constitucional y todos los medios que sean apropiados a ese fin y no vulneren la Constitución deben considerarse constitucionales. Sobre la doctrina de los poderes implícitos en el derecho constitucional comparado véase *McCulloch c. Maryland* (1819) (17 US, 4 Wheat, 316) y sobre su uso para interpretar los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales véase el asunto *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* (1949) (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1949).

[17] Es el caso, por ejemplo, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que al respecto establece: "Las controversias entre las partes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio […] serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia" (artículo 9.º). El artículo anterior no es el único intento para, por medio de una cláusula compromisoria, dotar a la Corte Internacional de Justicia de una jurisdicción contenciosa obligatoria. Su eficacia quedó comprobada en el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (1996) (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia). Por su parte, en los asuntos sobre *Legalidad del uso de la fuerza* (1999), Yugoslavia presentó demandas contra Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido, fundándose en la Convención contra el Genocidio.

compromisos arbitrales o judiciales y tratados con cláusula compromisoria, dada la naturalidad con que dichos medios pacíficos de solución de controversias deben ser asumidos en la práctica moderna del derecho internacional, no parece justificado su sometimiento al procedimiento formal, sin perjuicio de agotarlo siempre que conlleven materias reservadas a él.

6. *Deber de informar*. El deber de informar establecido en el parágrafo II es un medio de control entre órganos (verificación de que no han sido excedidas las potestades del Poder Ejecutivo para celebrar tratados). El deber de informar al Poder Legislativo es el correlato de la confianza depositada por la Constitución en el Poder Ejecutivo, al permitirle vincular al Estado por medio de tratados. Desde luego, el deber de informar alcanza a la denuncia o la suspensión de tratados celebrados según el procedimiento simplificado, pero debe repararse en una sutil diferencia de fundamento, pues en tanto la racionalidad de lo primero consiste en verificar que la competencia ha sido ejercida sin exceder los límites constitucionales, en lo segundo, siendo aplicable para la materia que las cosas puedan deshacerse conforme fueron hechas, debe entenderse que la racionalidad de que el Poder Legislativo sea informado por el Ejecutivo no se agota en la simple toma de conocimiento de la denuncia o la suspensión de un tratado, sino que trasciende a la posibilidad de que, en vía de control político, aquel pueda exigir de este explicaciones en términos de la conveniencia de la decisión para los intereses del Estado.

7. *Denuncia*. En el derecho internacional se conoce como *denuncia* de un tratado la expresión de voluntad de un Estado, formulada por escrito, en el sentido de desvincularse de aquel. En cuanto al de carácter bilateral, si la denuncia resulta exitosa el tratado se tiene por terminado. En cambio, el de carácter multilateral continúa en vigor, pero respecto al Estado que formuló la denuncia se dice que se retiró de él. De manera que el efecto de la denuncia es la extinción de un acto jurídico, y la cuestión central consiste en la determinación de las causas lícitas para ejercerla. A tiempo de la codificación del derecho de los tratados, la existencia de tratados sin cláusula de denuncia hizo que se hablara de un derecho implícito de denuncia, a entenderse de naturaleza consuetudinaria. Frente a este punto de vista estaba el planteamiento de corte tradicionalista que defendía la naturaleza convencional del derecho a denunciar un tratado, a lo que había que sumarle los argumentos que en la práctica de los Estados habían sido esgrimidos como causales lícitas de denuncia de un tratado. Siendo tal el estado de situación, la Convención de Viena codificó tanto el derecho general de denuncia —bien que reglado (artículo 56)— como la denuncia expresa (artículo 54), e hizo lo propio respecto a las causales de terminación o retiro de un tratado como consecuencia de la celebración de un tratado posterior (artículo 59), de una violación grave (artículo 60), de la imposibilidad de cumplimiento (artículo 61), de un cambio fundamental de circunstancias (artículo 62) y de la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (artículo 64). Tal como está usada en el artículo propuesto, la palabra *denuncia* se refiere a la generalidad de causales invocadas para extinguir un tratado.

8. *Suspensión*. La *suspensión* de un tratado supone que, continuando este en vigor, deje de producir efectos jurídicos durante cierto tiempo. Al igual que en el caso de la

denuncia, el punto crítico de la suspensión consiste en la calificación de las causales aducidas. Según la Convención de Viena es lícita la suspensión hecha en virtud de una disposición del tratado cuya aplicación se suspende (artículo 57.a), la efectuada con el consentimiento de las demás partes (artículo 57.b), la que se produce como consecuencia de la celebración de un tratado posterior (artículo 59) y la que resulta de una violación grave (artículo 60).

9. *Denuncia o suspensión de tratados celebrados por el procedimiento formal*. El parágrafo III se contrae a una consecuencia obligada del procedimiento formal de celebración de tratados, basada en una regla de tan vieja data como que es atribuida a Ulpiano: nada es tan natural como que cada cosa sea disuelta del mismo modo en que fue compuesta,[18] y que condice con el *Ejus est tollere cujus est condere:* 'Quien tiene poder para hacer una cosa lo tiene para deshacerla'. En un sistema político de legitimidad democrática, resulta difícil justificar que aquello en cuya factura participó el Poder Legislativo pueda ser deshecho sin su concurrencia. Por otro lado, la propia estructura del sistema de fuentes ya dice que el Legislativo debe participar por fuerza en la disolución de aquello que fue creado con su participación. A menos, desde luego, que el Poder Ejecutivo estuviera investido de poder jurídico para derogar los actos del Legislativo (previsión constitucional o delegación temporal).

10. *Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales*. El último parágrafo del artículo propuesto declara la primacía de la Constitución en el plano del derecho nacional, a la vez que en el del derecho internacional reconoce la primacía de los tratados sobre la Constitución. Tal como está formulado, el parágrafo IV tiene por objeto evitar, de un lado, la generación de antinomias entre la Constitución y los tratados (que en el derecho interno se resuelven por la primacía de la primera) y, de otro, que se falte a la fe de los tratados en vigor.[19] Por su ámbito material de aplicación, el parágrafo IV incluye los tratados celebrados tanto por el procedimiento formal como por el procedimiento simplificado. En cuanto a su forma de operar, el parágrafo hace una remisión al procedimiento de reforma de la Constitución.

---

[18] Ulpiano, "Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque disolvere, quo colligatum est" ('Nada es tan natural como que a cada cosa se la disuelva del mismo modo como se la ligó'). Digesto, libro I, título III, ley 37.

[19] Refiriéndose a una norma constitucional de igual sentido que el parágrafo comentado, el Tribunal Constitucional (España) explicó que ella atribuye "la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. […] el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado. Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento [de reforma], su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal, como corresponde al sentido del examen previsto" (cit. por González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María, o. cit., p. 204).

## III. Integración de las normas de derecho internacional en el orden estatal

### Artículo

Las normas de derecho internacional que obligan al Estado integran el derecho nacional. Una vez en vigor según sus propias disposiciones, los tratados de que Bolivia es parte establecen derechos y deberes de aplicación directa.

*Derecho comparado. Alemania 25, 100.2; Austria 9.1.; Colombia 93; Costa Rica 140.9; Ecuador 163; España 10.2, 96.1; Estados Unidos III.2.1, VI.2; Grecia 28.1; Irlanda 29.6; Italia 10 (párrafo 1); Países Bajos 93, 95; Paraguay 141; Perú 55; Portugal 8; República Dominicana 3; Suecia capítulo 10.2 (párrafo 3); Suiza 191.*

### Motivación

11. *Descripción general*. Este artículo regula la integración de las normas de derecho internacional al derecho interno. Sus referentes de derecho comparado son las constituciones alemana (artículo 25)[20] y griega (artículo 28.1).[21] La primera norma de esta índole fue formulada en la Constitución de Weimar (1919): "las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional forman parte integrante del derecho alemán" (artículo 4). Detrás de las normas de integración está el debate sobre el postulado epistemológico de la unidad del sistema jurídico. La integración de las normas de derecho internacional supone la primacía de este orden. Así, las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de una norma internacional priman sobre las de su constitución.[22]

[20] Constitución de Alemania, artículo 25: "Las normas generales del derecho internacional serán parte integrante del derecho federal. Estas normas tendrán primacía sobre las leyes y establecerán directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal".

[21] Constitución de Grecia, artículo 28.1: "Las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, así como los tratados internacionales, desde su ratificación mediante ley y entrada en vigor conforme a las disposiciones respectivas, forman parte integrante del derecho helénico interno y priman sobre toda disposición contraria de la ley […]".

[22] En el asunto *La última tentación de Cristo* (2001) (Olmedo Bustos y otros c. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que Chile debía "modificar su ordenamiento jurídico interno", pues su Constitución, en lo concerniente a la censura previa, era contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El mismo principio fue expresado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre el asunto *Tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzig* (1932): "Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor" (*Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1932, Series A/B, n.º 44, p. 24). También la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva en el asunto *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas* (1988): "Bastaría recordar el principio básico de que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno. Este principio fue avalado por decisiones tan antiguas como la sentencia arbitral de 14 de septiembre de 1872 en el asunto *Alabama* entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, y ha sido frecuentemente citado desde entonces, por ejemplo en el asunto de las *Comunidades greco-búlgaras* en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional

Por su naturaleza, esta es una norma sobre las fuentes de producción del derecho estatal; por su forma, una norma de procedimiento. El derecho internacional deja la determinación de los procedimientos de integración a las constituciones nacionales.

12. *Justificación de la fórmula*. Se considera que la fórmula empleada es idónea y suficiente, pues, de un lado, es claro que integran el derecho nacional las normas de derecho internacional que obligan al Estado, donde el término *obligan* ciertamente es inequívoco, frente a la fórmula *generalmente reconocidas,* utilizada por ciertas constituciones. A su vez, la fórmula *establecen derechos y deberes de aplicación directa* es suficiente, por cuanto jurídicamente importa que dichas normas pueden ser invocadas y aplicadas como cualquier otra norma de derecho interno.

13. *Dualismo*. El estudio de la integración del derecho internacional fue iniciado por la doctrina dualista. Su punto de partida es la falta de toda relación sistemática entre el derecho internacional y los derechos nacionales.[23] Sostiene que no existe entre ambos órdenes una relación de primacía, y de ahí deriva que las normas de uno de ellos no sean aplicables en el otro por el solo hecho de su existencia. Así, para ser aplicables por jueces y tribunales, las normas de derecho internacional tendrían que ser objeto de un acto de voluntad del legislador estatal que las transforme en normas de derecho interno.[24] El acto de transformación supone la creación de la norma a cargo del sistema estatal de fuentes. En dicha línea de razonamiento, es conceptualmente imposible que para un juez nacional aparezcan antinomias entre normas internacionales e internas,[25]

---

afirmó que: 'es un principio de derecho internacional universalmente aceptado el que en las relaciones entre potencias que son partes de un tratado, las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado'" (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1988).

[23] Triepel sostenía que el derecho internacional y el derecho interno eran "nociones diferentes"; así, el mismo hecho de hablar de relaciones entre ellos era una señal clara de que no representaban una unidad sistémica (cit. por Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano: *Derecho internacional público*, tomo I, 1.ª edición, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 541). Por su parte, para Anzilotti el Estado como sujeto de derecho interno era un sujeto enteramente diferente al Estado como sujeto de derecho internacional, lo que explicaba su participación en dos sistemas normativos distintos y aislados el uno del otro (cit. por Hans Kelsen: *principios de derecho internacional público*, 1.ª ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1965, p. 367).

[24] Por la forma en la que está redactado, el artículo 29.6 de la Constitución de Irlanda es el ejemplo más ilustrativo de una norma dualista: "Ningún acuerdo internacional puede formar parte del derecho interno del Estado salvo si lo acuerda, en su caso, el Parlamento".

[25] No puede haber antinomias porque en los sistemas dualistas el derecho internacional solo obliga a los órganos internos en la medida en que ha sido transformado a una norma de fuente estatal; así, el conflicto se plantea siempre entre normas de derecho interno. De este modo, la ausencia de antinomias es una consecuencia de negar la aplicabilidad en la esfera interna del derecho internacional no transformado. Esta doctrina respaldó la sentencia en el caso inglés *Mortensen c. Peters* (1906): "En esta Corte no tenemos nada que ver con el problema de si la legislatura ha realizado o no lo que las potencias extranjeras pueden o pudieran considerar una usurpación en una cuestión de ellas. Ni tampoco un tribunal se establece para decidir si una ley de la legislatura está *ultra vires* en contravención con los principios generalmente aceptados de derecho internacional. Para nosotros una ley del Parlamento debidamente aprobada por la Cámara de los Lores y los Comunes y con el asentimiento del Rey, es suprema y nosotros estamos obligados a dar efectividad a sus términos". Los tribunales internacionales, desde luego, aplican el derecho internacional con independencia del sistema de recepción (dualista o monista) practicado por los Estados. Así, en *Georges Pinson* (1928) (Francia c. México), la Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-Mexicana sostuvo: "Los tribunales nacionales de justicia, al emanar de la soberanía de cada Estado particular, pueden realmente estar (y no deben necesariamente estar) obligados a observar y aplicar el

y que jueces internacionales reconozcan el carácter normativo del derecho interno.[26] Este fue el sistema que adoptó Bolivia en 1826, y otras constituciones de la época hicieron lo propio.

14. *Monismo*. La frase *integran el derecho nacional* dice de la filiación monista del artículo propuesto. El monismo es la respuesta doctrinal a los postulados dualistas. Su principio base es la unidad del derecho internacional y los derechos nacionales, lo que luego le permite concluir en la primacía del derecho internacional. Al momento, es la interpretación más satisfactoria de las relaciones de derecho positivo entre normas internacionales y nacionales. Así, la función esencial del derecho internacional es delimitar los ámbitos de validez de los derechos nacionales.[27] En sus primeros escritos Kelsen llegó a negar la existencia jurídica del derecho interno antinómico con el internacional. Posteriormente atenuó este postulado al sostener que la norma de derecho interno contraria al derecho internacional no es nula de origen, sino válida y vigente, pero que su existencia, por contraria al orden de primacía, acarrea la responsabilidad internacional del Estado. Puesto que para el derecho internacional el derecho nacional es un mero hecho, solo le resulta relevante en tanto merece una calificación normativa que, en términos elementales, se reduce a identificar su conformidad o disconformidad con el orden internacional. La determinación de licitud o ilicitud es, precisamente, el resultado de la calificación normativa de los hechos. De ahí que un precepto de derecho interno que resulte contrario al derecho internacional exista, pues una consecuencia de su existencia es que normativamente se lo pueda calificar de ilícito e imputar al Estado de origen la respectiva responsabilidad internacional. De manera que para el monismo no se requiere la transformación de las normas de derecho internacional, por cuanto su sola existencia ya determina su integración; con lo que son directamente

---

derecho interno, aun cuando consideren a este último en conflicto con el derecho internacional; esto depende de los principios consagrados por el derecho público nacional del Estado interesado. Los tribunales internacionales, sin embargo, como órganos del derecho de gentes, deben dejar de lado aun la constitución de un Estado a favor del derecho internacional" (cit. por Kelsen: o. cit., p. 360).

[26] Se afirma que las normas de derecho interno son hechos solo vistas desde el derecho internacional. Lo cierto es que sin esta afirmación no se explicaría el hecho de la responsabilidad internacional del Estado por la promulgación de una norma contraria al derecho internacional, pues la noción de responsabilidad dice de un daño causado (por un hecho), mientras que la de nulidad dice de una norma contraria a otra. Como se verá más adelante, la noción de nulidad fue empleada en los principios de la doctrina monista para calificar a las normas internas antinómicas con el derecho internacional. Las explicaciones doctrinales prefirieron luego la noción de responsabilidad, pues interpreta mejor la realidad del derecho positivo. La afirmación respecto de la ausencia de carácter normativo de las normas de derecho interno viene del asunto *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, fondo* (1926) (Alemania c. Polonia): "Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte, que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, del mismo modo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas" (*Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1926, Series A, n.º 7, p. 19).

[27] La función de delimitar los ámbitos de validez de los derechos nacionales fue expuesta por la concepción normativista del derecho internacional. De hecho, Kelsen y Verdross, cada uno por su lado, organizaron sus obras en la materia según esta función. Véanse Kelsen: o. cit., y Alfred Verdross: *Derecho internacional público* (6.ª ed., Madrid: Aguilar, 1978).

aplicables por jueces y tribunales internos, para lo que basta afirmar que *integran el derecho nacional*.

15. *Integración de las normas de derecho internacional consuetudinario*. El ámbito de aplicación material del artículo propuesto se extiende a todas las formas que adoptan las normas de derecho internacional. Así, queda incluido el derecho internacional consuetudinario, para el que la expresión *normas de derecho internacional* está primeramente pensada, aunque no de manera exclusiva.

En el derecho internacional las relaciones entre las normas de fuente consuetudinaria y las de fuente formal son distintas a las planteadas en los sistemas nacionales. En estos, por el principio de estatalidad del derecho, la costumbre ha perdido protagonismo como fuente de producción normativa, hasta el punto de que no exista más derecho que el legislado, y que el emanado de fuente consuetudinaria sea subsidiario de aquel. El monopolio estatal de la producción jurídica es resultado del proceso histórico de consolidación del Estado moderno. De ahí que, desde sus albores, los teóricos del Estado moderno hayan concebido para la costumbre un papel secundario y asignado la primacía al derecho de fuente formal,[28] debido a que la unidad política no era alcanzable al margen de la unidad jurídica. Y si así se llega a que en el derecho nacional las relaciones entre fuentes se resuelvan por la primacía del derecho legislado, de ese modo se explica que la costumbre importe en tanto el derecho legislado la confirme o reenvíe a la ley, o en tanto regule cuestiones no contempladas en la ley.[29] Nada de esto ocurre de esa manera en el derecho internacional. Por ser este un orden de técnica de regulación normativa descentralizada, no debe extrañar que los tratados y la costumbre estén en pie de igualdad, pudiendo derogarse recíprocamente; lo que, dada la proscripción de la costumbre contraria a la ley, es impensable en el derecho interno. La costumbre, en consecuencia, goza en el derecho internacional de autonomía normativa, por lo que unos mismos derechos y obligaciones, que respondan tanto a normas de fuente convencional como de fuente consuetudinaria, poseen validez, vigencia, aplicación e interpretación independientes.[30]

---

[28] La costumbre como forma de producción del derecho decaía a la par que el Estado moderno se consolidaba. El Estado moderno se construyó a partir de la noción de soberanía, entendida como poder absoluto y perpetuo y cuyo ejercicio se traducía en la facultad de dictar leyes, contra las que no podían primar otras leyes o costumbres. De ahí que la costumbre "solo tiene fuerza por tolerancia y en tanto place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación. En consecuencia, toda la fuerza de las leyes civiles y costumbres reside en el poder del príncipe soberano". "La ley puede anular las costumbres, pero la costumbre no puede derogar la ley" (Jean Bodin: *Los seis libros de la república*, 1.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 46, 66 y 67).

[29] Los casos en los que el derecho legislado confirma o reenvía a la costumbre (costumbre *secundum legem*) son aquellos en los que expresamente se establece la vigencia de la costumbre en una cierta relación jurídica. Estos casos se identifican por el uso de expresiones como las siguientes: "cuando los usos lo autorizan" (CC art. 460), "según los usos" (CC art. 520), o "sujetándose a los usos" (CC art. 1142). También puede ocurrir que el derecho legislado utilice expresiones que remiten a prácticas sociales, tales como "comportarse como un buen padre de familia".

[30] *Corte Internacional de Justicia. Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esta (fondo)* (1986) (Nicaragua c. Estados Unidos de América): "Numerosas razones llevan a considerar que, incluso si dos normas provenientes de las dos fuentes del derecho internacional se presentaran idénticas por su contenido, e incluso si los Estados considerados están obligados por

La propia naturaleza de la costumbre explica que sus normas se integren en el derecho nacional sin requerir ningún acto formal de incorporación, hasta el punto de afirmarse la existencia de una presunción de incorporación de la costumbre desde su formación; presunción que la tornaría suficientemente oponible ante jueces y tribunales nacionales. Esta presunción se apoya en la coherencia que se demanda del Estado respecto a sus actuaciones en el derecho internacional y sus actos en el derecho interno, y su práctica reiterada se remontaría a la jurisprudencia inglesa del siglo XVIII, la Constitución americana y el artículo 4 de la Constitución de Weimar.[31]

Respecto a la prueba de la costumbre (recuérdese que la costumbre se expresa como una práctica reiterada revestida de una convicción de obligatoriedad), lo más lógico es atenerse a la práctica internacional en la materia. En este sentido, el asunto *Competencia en materia de pesquerías* puntualizó respecto de la aceptación general, la práctica uniforme y la duración considerable exigibles al comportamiento de los Estados para considerarse constitutivos de una norma consuetudinaria, e hizo lo propio también respecto de la convicción (*opinio iuris*) de que dicho comportamiento arraigue en una norma que haga de su cumplimiento una obligación jurídica para los Estados.[32] Es una pauta común considerar que las costumbres se forman tanto por los

---

las reglas en cuestión en ambos planos "convencional y consuetudinario", estas normas conservan una existencia distinta. Así es desde el punto de vista de su aplicabilidad […]. Por otra parte, reglas idénticas en derecho convencional y en derecho internacional consuetudinario se distinguen también desde el punto de vista de los métodos empleados para su interpretación y aplicación" (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1986, pp. 95-109).

[31] La jurisprudencia sobre la incorporación automática de la costumbre se inició con el asunto *Barbuit* (1737). "Ya en el asunto *West Rand Central Gold Mining c. The King* (1905) se había vuelto a reafirmar la clásica jurisprudencia sajona: *international law is a part of the law of the land*. La primera mención a esta regla aparece en *Triquet c. Bath* (1764), y en el siglo XIX se la puede encontrar en el asunto *Emperor of Austria c. Day and Kossuth* (1861). Al otro lado del Atlántico, fue Marshall quien la aplicó en los asuntos del *Charming Betsy* (1804) —"Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole el derecho internacional si queda alguna otra posible interpretación"— y del *Nereida* (1815) —"la Corte está obligada por el derecho internacional que es derecho del país"—, resueltos ambos por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. En el asunto *El Paquete Habana* (1907) la Suprema Corte mantuvo la misma línea: "El derecho internacional es parte de nuestro derecho" (Horacio Andaluz: *Positivismo normativo y derecho internacional*, 1.ª ed., La Paz: Plural y CERID, 2005, pp. 121-122). La Constitución de los Estados Unidos contiene una cláusula (llamada *de supremacía*) similar a la de la Constitución de Weimar (citada en el párrafo 11): "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado" (artículo VI, cláusula 2).

[32] *Corte Internacional de Justicia. Competencia en materia de pesquerías (fondo)* (1974) (Reino Unido c. Islandia). Opinión individual del Juez de Castro: "Según la *communis opinio*, el derecho internacional consuetudinario existe cuando una práctica ha cristalizado con los caracteres siguientes: *a)* Una aceptación general o universal. La actitud de los Estados no debe ser dudosa. La norma en cuestión debe ser generalmente conocida y aceptada de manera expresa o tácita. […]. *b)* Una práctica uniforme. Para la formación de una nueva regla de derecho internacional es preciso que la práctica de los Estados, con inclusión de los Estados especialmente interesados, haya sido en sustancia o prácticamente uniforme. *c)* Una duración considerable. Es el tiempo el que hace madurar una práctica y la transforma en costumbre. […]. La Corte ha admitido una cierta flexibilidad en el requisito relativo a la duración, pero solamente a condición de que la práctica de los Estados […] haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada y se haya manifestado de manera que establezca un reconocimiento general del hecho de

actos internacionales de los Estados (verbigracia, su participación en organismos y conferencias internacionales) como por los actos internos de sus órganos ejecutivos (en lo que toca a la conducción de las relaciones exteriores y prácticas diplomáticas), legislativos (en lo que hace a leyes de incidencia para el derecho internacional, como delimitar una frontera, por ejemplo) y judiciales (en lo que respecta a sentencias que se pronuncian sobre normas internacionales; verbigracia, las que regulan la extradición). Por último, en lo que respecta a la carga de la prueba (pues la determinación de una costumbre supone probar hechos a partir de los cuales se induce la obligatoriedad de asumir una particular conducta),[33] tratándose de costumbres generales, la parte (el Estado) que niega la costumbre debe probar que se opuso a ella durante el proceso de su formación. Esta regla también debiera aplicarse a los casos en los que se invoca una costumbre particular o bilateral, pues aunque la Corte Internacional de Justicia ha establecido que quien invoca una costumbre de esta naturaleza deber probar que se ha hecho obligatoria para la otra parte,[34] aplicar esta regla a los casos de particulares que litigan contra el Estado es muy similar a desconocer de inicio la existencia jurídica del derecho que alegan.

16. *Integración de normas no consuetudinarias ni convencionales.* Los alcances de la fórmula *normas de derecho internacional* quedan fijados por el ámbito de aplicación personal de cada norma (de ahí que el artículo se refiera al establecimiento directo de derechos y deberes), puesto que la integración del derecho internacional tiene sentido en la medida de hacer aplicables a los particulares, o al Estado en su relación con estos, las normas que crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones, y de las que son destinatarios los particulares. Así, por ejemplo, la fórmula alcanzaría a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que crean los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia[35] y para Ruanda,[36] puesto que la concurrencia de jurisdicción de estos con los tribunales nacionales es un asunto que incumbe a los particulares en calidad de imputados.

---

que está operando una regla jurídica o una obligación jurídica. *d)* La *opinio iuris*. No solo los actos considerados deben poner de relieve una práctica constante sino que, por añadidura, deben ser testimonio, por su naturaleza o la manera en que han sido aceptados, de la convicción de que esta práctica se ha hecho obligatoria por la existencia de una regla jurídica. Los Estados deben tener, pues, el sentimiento de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica" (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1974, pp. 89-90).

[33] *Corte Internacional de Justicia. Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (1984) (Canadá/Estados Unidos de América): "[…] la *opinio iuris* de los Estados se prueba por vía de inducción, tomando como punto de partida el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducción a partir de ideas preconcebidas *a priori*" (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1984, p. 299).

[34] Tratándose de normas consuetudinarias generales, le corresponde al Estado que niega que le alcance una costumbre demostrar su calidad de objetor persistente a ella. Esta es una presunción que admite prueba en contrario a favor de la existencia y oponibilidad de la costumbre general en tanto el objetor no pruebe su calidad de tal. Los términos se invierten tratándose, como en el asunto del *Derecho de Asilo* (1950) (Colombia/Perú), de la alegación de normas consuetudinarias particulares. En estos casos es el Estado que las invoca el que debe probar tanto su existencia como su oponibilidad al Estado contra el que se las dirige (Cf. *ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1950, p. 276).

[35] Resolución CS 827 (1993).

[36] Resolución CS 955 (1994).

17. *Integración de tratados*. El artículo propone la integración automática de los tratados en vigor. Así se evita que la vigencia interna y la vigencia internacional de un tratado se produzcan en momentos diferentes, como puede ocurrir en los sistemas de recepción formal, en que el acto legislativo que autoriza a vincularse internacionalmente es también el instrumento que transforma la norma internacional en nacional. Algunos sistemas constitucionales requieren de la publicidad de los tratados para su incorporación en el derecho interno, pero, aun siendo este requisito de más fácil cumplimiento que la transformación por un acto legislativo, no evita la producción de desfases temporales entre la vigencia interna y la vigencia internacional de los tratados.[37] A su vez, el hecho de que la publicación deba ser del texto íntegro del tratado (lo que incluye sus anexos, reservas, declaraciones interpretativas, adhesiones, retiros, notificaciones entre partes sobre su denuncia o su suspensión, así como publicar en un futuro todo acto relativo al tratado), hace que sea más práctico descentralizar en los operadores jurídicos la obligación de conocer el derecho.

Por lo demás, el artículo se refiere a los tratados en los que Bolivia sea *parte*, lo que responde a una exigencia de coherencia en el lenguaje tratándose de una norma de integración, pues solo son incorporables los tratados en vigor internacional para el Estado, y es respecto de estos que se dice que un Estado es parte (en cambio, se dice *Estado negociador* en las fases de negociación, adopción y autenticación de un tratado, y *Estado contratante* en las de manifestación del consentimiento y perfeccionamiento de este). Según el artículo propuesto, los tratados pasan a formar parte del derecho nacional desde su entrada en vigor. Aunque la entrada en vigor de un tratado es asimilable conceptualmente al momento en que una ley entra en vigencia, existen determinadas particularidades diferenciadas en el plano operativo. Así, respecto de cada tratado en particular, en principio debe considerarse que entra en vigor según sus propias disposiciones o, en su defecto, tan pronto haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por él. A su vez, la pertinencia de determinar la fecha de entrada en vigor con respecto a cada Estado viene de que en el derecho internacional se conoce el vigor general (cuando entra en vigor para todos los Estados negociadores) y el vigor particular (cuando entra en vigor respecto de un Estado, comúnmente porque hizo constar su consentimiento en obligarse en fecha posterior a la entrada en vigor de un tratado).

[37] En España, que requiere de la publicación de los tratados para su entrada en vigor en el derecho interno (Constitución española, artículo 96.1), se han registrado desfases de más de tres décadas entre el momento en el que un tratado entró en vigor internacional y el de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (Cf. González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María: o. cit., p. 277).

# IV. Jerarquía de las normas de derecho internacional en el orden estatal

## Artículo

Las normas de derecho internacional tienen jerarquía superior a las leyes. Las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son por su materia normas constitucionales.

*Derecho comparado. Alemania 25; Argentina 75.22; Colombia 93; Costa Rica 7; Ecuador 163; España 96.1; Francia 55; Países Bajos 94; Paraguay 137.*

## Motivación

18. *Descripción general*. Este artículo regula las relaciones entre las normas de fuente internacional y las normas de fuente interna (desde luego, sus efectos se limitan al derecho nacional). Su referente de derecho comparado es la Constitución de Argentina (artículo 75.22).[38] Por su materia es una norma relativa a la jerarquía del sistema de fuentes.

19. *Justificación de la fórmula*. Se estima que la fórmula del artículo propuesto es idónea y suficiente, porque en el contexto del articulado basta con la referencia a las *normas de derecho internacional* para entenderse aquellas que obligan al Estado. Asimismo, basta con la referencia a *jerarquía superior a las leyes* para que queden incluidas las ordinarias, orgánicas y estatutarias, que por igual son leyes. En cuanto a las normas sobre derechos humanos, la fórmula *son por su materia* (normas constitucionales) importa que materialmente integran el bloque de constitucionalidad.

20. *Relaciones entre fuentes (dualismo)*. El derecho es por definición un orden dinámico: un sistema que regula su propia creación y regula de manera formal las relaciones entre sus normas. Consecuencia de su carácter dinámico es que la estructura

[38] Constitución de Argentina, artículo 75.22: "[Corresponde al Congreso] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan articulo 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 del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

del sistema jurídico se organice jerárquicamente. No obstante su estructura, las relaciones formales entre las normas del sistema se rigen no solo por el criterio central de jerarquía, sino también por otros criterios. Tales son los de competencia, prevalencia, especialidad y temporalidad. No cualquiera de estos criterios puede ser adoptado para regular las relaciones entre las normas de fuente internacional y las de fuente interna.

Los derechos nacionales que cuentan con normas de integración dualistas atribuyen a los tratados el rango del acto legislativo que los transformó en derecho interno (rango de ley). Los inconvenientes de esta solución surgen en el momento de resolver las antinomias entre normas provenientes de estas dos fuentes: puesto que no puede hacerse por aplicación del criterio de jerarquía, se lo debe hacer según el criterio de temporalidad, salvo cuando una de las normas en conflicto sea especial con relación a la otra. Así se llega a la posibilidad de que una ley posterior derogue un tratado anterior, con lo que ello implica en términos de comprometer la fe del Estado.[39] A su vez, el rango de ley atribuido a los tratados extiende sus efectos a las normas de derecho internacional consuetudinario, puesto que, por un lado, la regla en la materia es que dichas normas se incorporan en los sistemas estatales desde su formación, y, por otro, lo hacen con la misma jerarquía en que los tratados son incorporados.

21. *Jerarquía formal*. Fundado en la primacía del derecho internacional, el artículo propuesto posiciona las normas de dicho orden en un estrato intermedio entre la Constitución y las leyes (incluyendo las de carácter orgánico o estatutario).[40] La solución adoptada responde a un imperativo de coherencia que es connatural a todo sistema de derecho positivo, pues, a la vez que hace de las normas de derecho internacional fuente de validez de las leyes, reconduce la resolución de antinomias entre normas internas e internacionales a los controles de legalidad y de constitucionalidad.

La opción por el criterio de jerarquía también puede explicarse por exclusión de los demás criterios. Así, el criterio de competencia ciertamente es el fundamental en la medida en que resuelve las antinomias mediante la nulidad de las normas producidas sin competencia, pero requiere de la previa delimitación de competencias entre dos o

---

[39] Esta posibilidad quedó claramente planteada en *Thomas c. Gay*: "El efecto de los tratados y de las leyes del Congreso, cuando se encuentran en conflicto, no está establecido por la Constitución [de los Estados Unidos]. Pero la cuestión no presenta ninguna duda con respecto a la solución debida. Un tratado puede reemplazar una ley anterior del Congreso y una ley del Congreso puede reemplazar un tratado anterior" (cit. por Kelsen: o. cit., p. 361).Y en *Tinoco Government* la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que no podía aplicar a favor de extranjeros los derechos que nacían de un tratado, pues este había sido reemplazado por una ley del Congreso (cit. por Verdross: o. cit. p. 98). En el asunto *Costa c. ENEL* (1964) la Corte Constitucional de Italia declaró la validez de una ley interna contraria al Tratado de Roma, pues para la Corte dicho tratado era una ley ordinaria que podía ser modificada o derogada por otra ley. El juez de la causa elevó también una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que reivindicó la primacía de derecho comunitario (de la Unión Europea) sobre el derecho interno de sus Estados miembros.

[40] La misma propuesta fue hecha en el 2001 por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional en su Anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional, bien que limitada solo a los tratados: "La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a los tratados internacionales, estos con preferencia a las leyes y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones" (artículo 228).

más fuentes, y eso no ocurre entre el derecho internacional y el interno. No hay asuntos que por su materia sean objeto de regulación solo por el derecho internacional o solo por el nacional, y, si los hubiera, tendría que ser una norma de derecho internacional la llamada a establecerlos, pues es el orden que tiene primacía, ergo capacidad para distribuir materias entre las distintas fuentes.[41] Pero tal norma no existe.

El criterio de prevalencia tampoco resulta útil. Para ser operativa, la regla de prevalencia requiere de una norma de fuente superior que, primero, establece competencias concurrentes entre dos fuentes de rango inferior y, segundo, establece la prevalencia en caso de conflicto de una de las fuentes. Las normas que se ocupan de esto son las constituciones de los Estados federales o de los Estados de estructura territorial descentralizada,[42] donde el criterio de prevalencia es fundamental. Así, al plantearse una antinomia entre normas de competencias concurrentes, el conflicto se resuelve por la inaplicación de una de ellas, mas no por su invalidez; es precisamente en esto que el criterio de prevalencia se diferencia del criterio de competencia. Pero, al igual que con el de competencia, para ser operativo el criterio de prevalencia requiere de una norma superior, que tendría que ser de derecho internacional. Esa norma tampoco existe.

Los criterios de especialidad y de temporalidad operan de forma accesoria al de jerarquía. Ahí donde este no sea suficiente para resolver una antinomia, aquellos contribuyen a la solución. Así, especialidad y temporalidad presuponen la igual jerarquía entre dos normas de la misma fuente o de dos fuentes distintas. El establecimiento formal y previo del carácter especial de una norma supone desnaturalizar el criterio, pues una norma es especial solo con relación a otra, y el relacionamiento ocurre si el encargado de aplicar una de las normas en conflicto es capaz de resolver la antinomia según el criterio de especialidad, cuya aplicación consiste en hacer una interpretación restrictiva de la norma general, expulsando del supuesto de hecho general de la norma el supuesto de hecho especial que ocasiona el conflicto. En otras palabras, lo que suele denominarse *criterio de especialidad* es tan solo una interpretación restrictiva de la norma general para una distinción de supuestos de hecho establecida sobre la base de la especialidad, y que tiene por objeto solucionar el conflicto presentando el caso como una diferente regulación normativa. Por lo demás, los criterios de especialidad y de temporalidad suponen asumir los inconvenientes de la solución dualista.

22. *Jerarquía formal de las normas de derecho internacional*. En virtud de este artículo, no solo los tratados, sino todas las normas de derecho internacional que forman parte del derecho nacional (véase párrafos 15-17), tienen jerarquía superior a las leyes. Esto responde a una característica propia del derecho internacional, cual es la de que no exista una ordenación jerárquica del sistema de fuentes al modo de la existente en el derecho interno.

---

[41] Es el caso del artículo 67.3 de la Constitución boliviana, cuyo efecto es distribuir competencias entre las leyes y los reglamentos de las cámaras legislativas, de tal modo que compete exclusivamente a estas dictar sus respectivos reglamentos.

[42] En el derecho español la cláusula de prevalencia dispone que las normas del Estado "prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas" (Constitución de España, artículo 149.3).

En todo sistema jurídico, aun en uno primitivo y poco formal, existe una relación de validez que vincula sus normas entre sí, formando una cadena derivativa de normas en que las últimas son de inferior jerarquía que las primeras. Esto es lo que se llama *jerarquía lógica,* por cuya virtud el derecho constituye un sistema dinámico, y en que la creación de nuevas normas se produce por la aplicación de normas ya existentes en el sistema. Ahora bien, la jerarquía lógica es de carácter forzoso en la teoría del derecho y, por tanto, en la producción normativa, puesto que dota al sistema de normas de estructura y criterio de relacionamiento, asegurando la coherencia interna del sistema, al servir de fundamento de validez y guía para la resolución de antinomias. La jerarquía lógica es un elemento que permite vertebrar cualquier orden jurídico; empero, la jerarquía comúnmente referida en el derecho interno no es la lógica, que obedece a una abstracción teórica, sino la formal o positiva. Esta jerarquía no responde a un acto de abstracción teórica, sino a la fuerza jurídica que el derecho positivo atribuye a las fuentes normativas de un sistema determinado. La fuerza jurídica de una fuente es su capacidad de incidir en el sistema jurídico creando o modificando el derecho existente.

De este modo, se forma una ordenación jerárquica de las normas que no toma como base el fundamento de validez de estas, sino su capacidad para derogar otras normas. Así, una constitución es jerárquicamente superior a una ley porque la ley no puede modificarla. La ordenación de las normas según una jerarquía formal o positiva ya no es, pues, resultado de una abstracción teórica, sino de la interpretación del propio derecho positivo, que dota a unas normas de mayor fuerza jurídica que a otras. En la práctica ocurre que la ordenación de las fuentes según su fundamento de validez (jerarquía lógica) suele coincidir con su ordenación según su fuerza jurídica (jerarquía formal); así, una constitución es jerárquicamente superior a una ley tanto porque la ley no puede derogarla como porque la ley deriva de la constitución su fundamento de validez. Pues bien, el derecho internacional no es un orden con jerarquía formal o positiva; de donde, si alguna relación jerárquica cabe encontrarse en sus normas, es recurriendo al solo fundamento de validez de estas, es decir, estableciendo una jerarquía lógica entre ellas, mas no positiva. Así, puede decirse que la regla *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) es el fundamento de validez de los tratados, lo cual diría de la superioridad lógica de dicha regla sobre las normas convencionales; pero en términos de derecho positivo, que son los que importan a efectos de dibujar la estructura del sistema, las normas convencionales y las consuetudinarias pueden derogarse recíprocamente, habida cuenta de que tienen la misma fuerza jurídica. La jerarquía positiva es producto de los elementos formales de un ordenamiento, y esos elementos son propios de los órdenes de técnica de regulación normativa evolucionada, como el orden estatal, cosa que no ocurre con el del derecho internacional por lo mismo que no responde a una producción centralizada. De ahí que entre sus normas no haya una clara jerarquía formal o positiva, y de ahí también que cuando pasan a formar parte del derecho interno lo hagan todas con la misma jerarquía.

23. *Jerarquía material*. Según el artículo propuesto, las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son, por su materia, normas constitucionales. Esto no

debe prestarse a equívocos. Las normas sobre derechos humanos, en la medida en que son normas de derecho internacional, son normas formalmente superiores a las leyes e inferiores a la Constitución. Aquí el artículo se refiere a aquellas normas que, sin ser formalmente constitucionales, son utilizadas para el control de la constitucionalidad de otras normas. Es decir, aun las normas que por su carácter formal resultan infraconstitucionales son consideradas constitucionales por su materia.

El artículo no debe interpretarse como una alusión al concepto de constitución material. Constituciones materiales han existido siempre, y existirán siempre que el poder necesite organizarse. Son constituciones materiales las normas que sirven de fundamento de validez a otras normas; lo que lleva de vuelta a las nociones de jerarquía lógica y de cadena de validez. La norma de que deriva todo el sistema jurídico es su constitución material, pues, en un sentido material, constitución es toda norma que posibilita la producción jurídica. Sin embargo, no es en el sentido material que importa a una democracia tener una constitución, sino en el formal: esta es la constitución que garantiza la sumisión de los poderes públicos y coloca al pueblo en una posición de primacía. He aquí el concepto formal de constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y con vocación de permanencia.

Por ello, el artículo propuesto opera como una remisión normativa que hace la constitución formal a normas de fuente internacional que materialmente versan sobre los derechos humanos. Así, el artículo propuesto introduce al texto formal de la Constitución la construcción jurisprudencial de su actual artículo 35, pero ampliándola en el sentido de que son las normas de derecho internacional sobre derechos humanos, y no solo los tratados, que forman parte del bloque de constitucionalidad.[43] En tanto construcción jurisprudencial, la actual extensión del bloque de constitucionalidad podría ser modificada por una construcción jurisprudencial futura,[44] pues aun donde impera el respeto a los precedentes pueden los jueces y tribunales apartarse inclusive de los generados por ellos mismos, siempre que lo fundamenten debidamente.[45]

---

[43] Los alcances del bloque de constitucionalidad a partir del artículo 35 de la Constitución fueron reafirmados por el Tribunal Constitucional en su STC 045/2006: "[…] este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional conforme corresponda" (GC n.º 84, tomo I, junio del 2006).

[44] La hipótesis de que el Tribunal Constitucional se apartase de su propia jurisprudencia fue normada por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales (artículo 19.IX), para lo que se requirieron dos tercios de los votos.

[45] Fuera de las reglas específicas de cada sistema jurídico en particular, en los sistemas organizados bajo el respeto de los precedentes judiciales (*stare decisis*), tal respeto se rige por la misma regla que rige la estabilidad de cualquier norma jurídica, incluyendo las constituciones, dado que el límite natural de la vigencia jurídica de una norma es su propia vigencia histórica. Como dijo Llewellyn respecto de los precedentes judiciales, "nuestra sociedad está cambiando, y el derecho, si es que va a adecuarse a la sociedad, debe también cambiar" (Kart Llewellyn: *The Bramble Bush*, 1930, p. 66).

24. *Control de la constitucionalidad*. En tanto normas inferiores a la Constitución, las normas de derecho internacional pueden ser objeto del control de constitucionalidad, pues el hecho de que una declaratoria de inconstitucionalidad constituya un remedio traumático que conlleve la responsabilidad internacional del Estado no crea para las normas de derecho internacional que forman parte del derecho interno el privilegio de ser inconstitucionales. En su momento la Constitución previó un recurso específico sobre revisión de la constitucionalidad de los tratados (artículo 120.9), al que la Ley del Tribunal Constitucional dio el carácter de consulta.[46] Desde luego, siempre que asalten dudas manifiestas, lo aconsejable será acudir al control previo, en vía de consulta, a fin de evitar que la fe internacional del Estado resulte comprometida por una ulterior declaratoria de inconstitucionalidad que tranquilamente habría podido evitarse. Pero el recurso debe estar limitado a las dudas manifiestas a juicio de la instancia consultante, y tener, por tanto, carácter enteramente potestativo. Tampoco el control previo sistemático sería garantía suficiente de apego constitucional, habida cuenta de que las dudas sobre la constitucionalidad de una norma nunca emergen con más claridad que cuando se trata de aplicarla. A su vez, si la consulta sobre la constitucionalidad de un tratado fuese obligatoria, no tendría sentido establecer procedimientos simplificados de celebración de tratados, que responden a la agilidad demandada por la dinámica de las relaciones exteriores en el mundo actual. Por lo demás, un régimen en que el control previo fuese un requisito de inexcusable cumplimiento para la celebración de tratados confesaría su desconocimiento respecto a las diferencias de técnica jurídica entre la celebración de un tratado y la promulgación de una ley, pues la práctica muestra que los Estados pueden estar celebrando tratados sin que siquiera se percaten de ello sus propios negociadores (véase párrafo 2), lo que jamás ocurre en el caso de las leyes, pues las formalidades del procedimiento legislativo tienen carácter constitutivo.

En suma, es innegable que las normas de derecho internacional pueden ser objeto de control de constitucionalidad tanto por la vía directa como por la incidental,[47] en

[46] Restringir el recurso mencionado para que sea usado solo como control previo supone el absurdo conceptual de querer evitar la responsabilidad internacional del Estado vulnerando la Constitución. Véanse los artículos 113 a 115 de la ley 1836, de 1 de abril de 1998 (Ley del Tribunal Constitucional); en el mismo sentido de la ley, el anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional elaborado por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional en 2001: "[es atribución del Tribunal Constitucional] absolver las consultas previas a la aprobación congresal sobre la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales que le sean planteadas por el Presidente de la República o el Presidente del Congreso Nacional" (artículo 122.f). Ya Ribera Santivañez había advertido del riesgo que para los derechos de los particulares podía traer el carácter consultivo del recurso de revisión de la constitucionalidad de tratados. En su momento planteó la posibilidad de impugnar los tratados por la vía del control correctivo, pero siempre dándole a esta posibilidad el carácter de excepción, para disminuir las probabilidades de comprometer la fe internacional del Estado (cf. José Antonio Ribera Santiváñez: *Jurisdicción constitucional*, 1.ª edición, Cochabamba: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2001, pp. 216-218). Véase en la nota al pie 48 su postura más reciente respecto del control de la constitucionalidad de los tratados.

[47] De hecho es lo que ocurre en el derecho español, en el que los tratados en vigor para el Estado son objeto de impugnación constitucional por el recurso que en nuestra legislación se conoce como directo o incidental de inconstitucionalidad. Así, el artículo 27 de la ley orgánica 2/1979 (Ley del Tribunal Constitucional) establece: "1. Mediante los procedimientos de declaración de

primer lugar porque no hay impedimento jurídico para ello (véase párrafo 14) y, en segundo, porque impedirlo importaría limitar el derecho a la tutela judicial efectiva.[48] Pero sujetar todos los tratados al previo control del Tribunal Constitucional entrabaría la marcha del Estado y de la sociedad según el ritmo natural del acontecer histórico, tanto como la entrabaría acabar con los principios de conservación y presunción de constitucionalidad de las normas de derecho interno, pues para ambos casos la racionalidad es exactamente la misma, a saber: desde que hay una división de poderes, hay una división de competencias, y si la hay, se debe a que la presunción de partida es que cada poder es el más capacitado para ejercer su respectiva competencia; el control cruzado está llamado a desempeñar un papel enteramente residual, que jamás implique el reemplazo de un poder por otro. De allí que plantear que todos los tratados deben estar sujetos al control previo del Tribunal Constitucional importaría cuestionar de inicio la capacidad del Legislativo y el Ejecutivo para ejercer sus respectivas atribuciones, es decir, descreer del supuesto constitucional básico para la organización del Estado por poderes independientes y someter a un poder al tutelaje de otro.[49]

## V. Reforma de la Constitución

### Artículo

Toda reforma de la Constitución que comprometa al Estado en responsabilidad internacional está prohibida. Cualquier iniciativa contraria a normas de derecho internacional requiere la previa desvinculación del Estado conforme a las normas de la materia. Es inviolable por vía de reforma constitucional cualquier norma de derecho internacional en que no esté permitida la desvinculación del Estado.

---

inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados. 2. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: […] c) Los tratados internacionales". En el caso de Bolivia, el recurso de inconstitucionalidad procedería contra normas de derecho internacional en la medida en que tuviesen carácter general.

[48] El derecho a la tutela judicial efectiva, en democracia, demanda que las normas que componen un sistema jurídico sean coherentes con las normas constitucionales de dicho sistema. En este sentido, véase el razonamiento del Tribunal Constitucional de España: "La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido, exigencia que […] permitiría reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema" (cit. por Joaquín Urías: *La tutela frente a leyes*, 1.ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 88).

[49] Ribera Santivañez propone instaurar el control previo de la constitucionalidad de tratados como una etapa adicional en el proceso de celebración de estos: "[…] se hace inviable el ejercicio del control correctivo o represivo de constitucionalidad sobre las normas internacionales, por ello debe establecerse el control preventivo obligatorio, es decir, la consulta obligatoria sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales" ("El Tribunal Constitucional en el nuevo modelo de Estado", en *Memorias del IX Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho,* Sucre: Tribunal Constitucional, 2006, p. 179).

*Derecho Comparado. Alemania 79.3; Brasil 60.III.4; El Salvador 248 (párrafo 4); Francia 89 (párrafo 5); Grecia 110.1; Honduras 374; Italia 139; Portugal 288; República Dominicana 119; Suiza 193 (párrafo 4), 194 (párrafo 2).*

## Motivación

25. *Descripción general*. Por su finalidad, este artículo apunta, de un lado, a mantener incólumes las normas de derecho internacional aplicables en grado universal, y, de otro, a la conservación de la fe del Estado. Los referentes de relevancia son las constituciones alemana (artículo 79.3)[50] y suiza (artículos 193 y 194).[51]

26. *Justificación de la fórmula.* La primacía del derecho internacional limita la libertad de actuación normativa de los Estados en las materias en que se encuentran vinculados internacionalmente. Una reforma constitucional que compromete la fe del Estado importa incurrir en responsabilidad internacional ante los Estados perjudicados. Para evitar la violación de la regla *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), el artículo prohíbe las reformas que acarreen la responsabilidad internacional del Estado. Todo el objeto de la prohibición es que antes de reformar su Constitución el Estado se desvincule de las normas de derecho internacional que limitan su poder de reforma. El cumplimiento de este artículo puede ser judicialmente exigido mediante la demanda respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución (artículo 120.10).

Esta prohibición es aplicable tanto a la reforma parcial como a la total, pues no interesa al derecho internacional el modo de reformar una constitución, sino que se respeten las normas internacionales. En este sentido, la fórmula propuesta está destinada a evitar la responsabilidad internacional del Estado, para lo cual prohíbe toda reforma sin previa desvinculación. Por otro lado, existen normas de derecho internacional convencional que no admiten denuncia (como algunas de derechos humanos). Respecto de estas normas el artículo actuaría como una norma de inviolabilidad, puesto que no podrían ser materia de reforma de la Constitución las obligaciones internacionales que no pueden ser terminadas. El objeto de una norma de inviolabilidad es excluir de las reformas constitucionales las materias que ella protege. Como en todo producto cultural, un límite natural de la norma de inviolabilidad es la vigencia de los valores que tutela, pues de ser superados por la historia la norma de inviolabilidad pierde sentido como cláusula pétrea, por lo mismo que constituía la garantía de un estado

[50] Constitución de Alemania, artículo 79.3: "Toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados federados, su participación en el proceso legislativo o a los principios establecidos en los artículos 1 y 20, estará prohibida". El artículo 1 se refiere a los derechos fundamentales y el 20 a la organización democrática y social del Estado. La norma del artículo 79.3 fue la primera en su tipo. Al parecer es de autoría de Thoma, que participó como consejero en la formulación de la Constitución (cf. Arthur Jacobson y Bernhard Schlink (eds.): *Weimar, A Jurisprudente of Crisis*, 1.ª edición, Los Ángeles: University of California Press, 2000, p. 286).

[51] Constitución de Suiza, artículo 193 (párrafo 4): [Respecto de la reforma total de la Constitución] "Las normas imperativas de Derecho Internacional no podrán violarse". Artículo 194 (párrafo 2): "Toda reforma parcial de la Constitución deberá respetar el principio de unidad de materia y no violar las normas imperativas del Derecho Internacional".

de cosas que no más es concebido como la realidad deseable. Otro límite natural de la norma de inviolabilidad es su jerarquía formal en el derecho interno, habida cuenta de que, en una suerte de "Yo el Supremo desdigo lo que yo el Supremo dije", en términos teóricos no hay cómo asegurar jurídicamente que no sea derogada por otra norma de igual jerarquía.

El artículo propuesto vincula la norma de inviolabilidad a las normas de derecho internacional obligatorias para Bolivia. Similar efecto, aunque de ámbito material más reducido, tiene toda norma de inviolabilidad que se remita a materias que son objeto de regulación internacional. Tal, por ejemplo, es el caso de los derechos fundamentales en el artículo 79.3 de la Constitución de Alemania, pero no el de su división federal, pues para ello la norma de inviolabilidad opera sin más clausuras que las del derecho nacional.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 45-64, ISSN 1510-4974

**Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)***

# La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización

## RESUMEN

**En el primer apartado de la presente investigación se perfila la temática, partiendo de la síntesis y el análisis de la construcción teórica que determina la figura de la inconstitucionalidad por omisión, y cotejando y condensando además las distintas modalidades en que esta ha sido adoptada en el derecho comparado. De acuerdo con las conclusiones teóricas a las que se arriba, en un segundo momento se estudia, por una parte, la factibilidad de la implementación de dicha institución en el contexto jurídico guatemalteco y, por otra, se discuten los posibles cauces legales a través de los cuales ella podría discurrir, así como todos aquellos insumos legales y jurisprudenciales que atañen a su posible adopción, de forma independiente. Como contrapartida, asumiendo la viabilidad de la implementación de la inconstitucionalidad por omisión, posteriormente se examinan casos concretos en los que la asunción de esta garantía se hace apremiante, y se proponen criterios que deben evaluarse en ellos. El trabajo se cierra con breves consideraciones finales.**

**Palabras clave: Constitución política, control de constitucionalidad, garantías constitucionales, jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, inconstitucionalidad por omisión, Guatemala.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Im ersten Kapitel der vorliegenden Untersuchung wird, ausgehend von einer Zusammenfassung und Analyse des theoretischen Ansatzes, der der Figur der verfassungswidrigen Unterlassung zugrunde liegt, eine Eingrenzung des Themas vorgenommen, wobei ihre einzelnen Ausprägungen aus der Perspektive der Rechtsvergleichung gegenübergestellt und zusammengefasst werden. Anschliessend werden auf der Grundlage der theoretischen Schlussfolgerungen einerseits die Möglichkeiten erörtert, die genannte Institution im guatemaltekischen Rechtsumfeld zu verankern, und andererseits die möglichen rechtlichen Kanäle diskutiert, über die das geschehen könnte. Davon unabhängig wird auch auf die gesetzlichen**

---

* Abogado y notario. Catedrático de Derecho Internacional Público II y profesor adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). Ex becario de los cursos *El control de constitucionalidad de las leyes* (Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Sevilla, junio 2008) y *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Cuestiones actuales* (Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Guadalajara, septiembre 2008). ‹justiciaconstitucionalguate@gmail.com›

**Grundlagen und die Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer möglichen Einführung eingegangen. Unter der Annahme, dass die Einführung der verfassungswidrigen Unterlassung erfolgen kann, werden daraufhin einzelne Fälle untersucht, in denen diese Garantie dringend erforderlich ist, und es werden Kriterien zu ihrer Evaluierung vorgeschlagen. Einige kurze abschliessende Überlegungen runden die Arbeit ab.**

**Schlagwörter: Verfassung, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, verfassungswidrige Unterlassung, Guatemala.**

**ABSTRACT**

**In the first section of this research the subject matter is outlined, starting from the synthesis and analysis of the theoretical construction determined by the description of the unconstitutionality by omission, and comparing and summarizing its multiple ways adopted in comparative law. According to the theoretical conclusions reached, on a second stage the feasibility of implementing such an institution within the legal Guatemalan context is studied, and, also, the different legal ways through which it might be channeled, as well as, independently, all other legal and scientific inputs concerning the possible adoption thereof. In contrast, assuming the viability of implementing unconstitutionality by omission, some actual cases are later studied, in which the adoption of this guaranty becomes urgent, and criteria are proposed that are to be evaluated in them. The paper closes with a few brief final considerations.**

**Key words: political constitution, constitutionality control, constitutional guarantees, constitutional jurisdiction, constitutional courts, unconstitutionality by omission, Guatemala.**

## 1. Aproximaciones teóricas: hilvanando un punto de partida

La Constitución Política de un Estado configura el eje alrededor del cual se erige el sistema de fuentes de cada ordenamiento jurídico. En virtud de ella se limitan, y a su vez se crean, una serie de normas, principios y valores, oponibles tanto al gobernante como al gobernado, que en el ámbito del derecho estatal estarán dotados e impregnados de una fuerza tal que su propia preceptiva asegurará un carácter superior —formal y material— al de cualquier otra disposición normativa. De ahí que la supremacía de la denominada *norma normarum*[1] sea asegurada igualmente por sanción del propio poder constituyente, a través de una serie de instrumentos procesales —garantías constitucionales— destinados a habilitar una fiscalización en el cumplimiento de la normativa suprema, a fin de evitar que ella sea una mera enunciación retórica o demagógica desprovista de alcance real y objetivo.

[1] Término empleado por Eduardo García de Enterría*: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 3.ª ed., 1991, p. 49. Según este, la Constitución define "el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las 'normas de producción', la *norma normarum*, la fuente de las fuentes".

Como en cualquier otra materia propia del derecho, se reconoce que la conducta humana dirigida al quebrantamiento de una normativa jurídica puede ocurrir tanto por acción del individuo (conducta positiva o de hacer) o por omisión (conducta negativa o de no hacer). En el caso de los ciudadanos y habitantes de determinado Estado, se permite que su conducta sea tan amplia como sus derechos se lo permitan. Relieve distinto reviste el actuar de los funcionarios y empleados públicos, quienes *deben* realizar (de forma positiva o negativa) únicamente aquellas conductas que la ley para dicho efecto les faculta.

Ahora bien, si se traslada esto al campo del derecho procesal constitucional, se podrá estimar que una de las distintas formas a través de las cuales se puede violar la Constitución "se presenta en aquellos supuestos en que los poderes constituidos del Estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales necesarios para la efectiva vigencia de las pautas supremas".[2] Esto implica que el Estado, y más precisamente los poderes Ejecutivo y Legislativo,[3]

> […] puede pecar de inconstitucionalidad no solamente *dictando* normas inconstitucionales, sino también *no dictando* aquellas normas generales que la Constitución le manda promulgar (v. gr., al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la Ley Suprema), o al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso, cuando así debe hacerlo. ¿Es posible, ante tal situación, pensar en un control de constitucionalidad *por omisión* del Estado?[4]

En efecto, a dicho control la doctrina lo ha denominado *inconstitucionalidad por omisión* y tiene cabida como una vertiente que se desprende de la garantía de la inconstitucionalidad de las leyes.

Víctor Bazán puntualiza que se está frente a su presencia

> […] cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación

---

[2] Según María Sofía Sagüés: "Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, t. IV, México: Porrúa, 2003, p. 3088. "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". Osvaldo Alfredo Gozaíni: *La justicia constitucional: garantías proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 353-354.

[3] Cierto sector de la doctrina restringe la inconstitucionalidad por omisión únicamente en relación con la falta de desarrollo de normativas jurídicas por parte del Poder Legislativo (no se incluye al Ejecutivo), cuando a aquellas normas constitucionales obligatorias y de necesario y concreto desarrollo se les impida su eficaz aplicación durante un tiempo excesivamente largo. Véase José Julio Fernández Rodríguez: "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz/Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto", en Ferrer Mac-Gregor (coord.): o. cit., pp. 3763 ss.

[4] Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional,* Buenos Aires: Astrea, 2.ª ed., 1989, t. I, pp. 86-87.

> insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.[5]

El objeto de esta vía procesal será, pues,

> […] "recomponer" el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.[6]

La inconstitucionalidad por omisión nace doctrinaria y jurisprudencialmente en Alemania.[7] Es a partir de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dictada el 29 de enero de 1969[8] que se institucionaliza la efectivización del artículo 6.º, inciso 5.º, de la Ley Fundamental de Bonn, y desde ese entonces el Tribunal Constitucional ha entendido que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto al promulgar leyes que no están de acuerdo con ella como en los casos en que no cumpla, dentro de un término prudente, con un mandato contenido en ella.[9]

Esta, por otra parte, no es más que un complemento —integrador, desde nuestro punto de vista— que subyace a la materialización de la idea misma de la fuerza normativa constitucional.[10] Indudablemente,

> […] la realización del orden normativo supremo reclama el accionar no solo de los particulares, sino a todos los poderes del Estado. Caso contrario, los postulados constitucionales se desdibujarían en manos de quien detente el poder en una sociedad determinada.[11] [Por ello, la] causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplaza en la necesidad de "recomponer" el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía había quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.[12]

---

[5] Citado por Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez: *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta)*, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2005, p. 38.

[6] Víctor Bazán: "Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los ámbitos del derecho público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y provincial argentino", en Ferrer Mac-Gregor (coord.): o. cit., p. 3652.

[7] Ibídem, p. 195

[8] Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004, p. 62.

[9] Néstor Pedro Sagüés: "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en Ferrer Mac-Gregor (coord.): o. cit., p. 3138. "En definitiva, según este fallo, los tres requisitos básicos para tornar judicialmente operativo el control de inconstitucionalidad por omisión estriban en lo siguiente: directriz constitucional clara, vencimiento de un plazo razonable para que el legislador haya actuado, y posibilidad para la judicatura de realizar el mensaje constitucional *omissio medio*, vale decir, sin necesidad de la actuación de dicho legislador". Ibídem, p. 3139.

[10] Ibídem, p. 3088.

[11] Ibídem.

[12] Víctor Bazán: "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", en Víctor Bazán (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 174.

De tan manera, la institución procesal de la inconstitucionalidad por omisión se justifica, y hasta se hace obligatoria, para la consolidación de un genuino Estado constitucional de derecho, donde las normas constitucionales no puedan ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante de turno (porque precisamente dicha justificación carece de toda validez o arreglo a un marco legal que supone lo contrario). De ahí que la inconstitucionalidad por omisión equivalga, desde el punto de vista del gobernado frente a su gobernante, al término de *inconstitucionalidad por justificación*.[13]

Ya lo señalaba el profesor Bidart Campos, citado por Sofía Sagüés:

> […] para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad y la efectividad que la identifican en un Estado democrático, se hace necesario que las normas pragmáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda constitución, mediante alguna forma de *control* que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma pragmática se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.[14]

Ello supone el "derecho a la normación (derecho a la legalidad)" y la exigibilidad frente al Estado en caso de su eventual violación.[15]

En cuanto a su ámbito y contenido de aplicación, en un primer supuesto Néstor Pedro Sagüés explica:

> [Suponiendo que el legislador] no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (siempre que ese encargo no esté supeditado por la propia constitución a la libre decisión discrecional del legislador, vale decir, siempre que se trate de una norma constitucional programática de cumplimiento obligatorio, y no meramente optativo para el legislador), está violando a la

---

[13] Y es que, tal como atinadamente lo expone María Sofía Sagüés, "es la misma norma constitucional la que reclama el control en el órgano emisor, ya que la causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplazaría en la necesidad de 'recomponer' el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente". O. cit., p. 3091.

[14] Ibídem, pp. 3089-3090. En palabras más sintéticas: "[…] si la Constitución se define como suprema, esa supremacía declinaría en su vigor y genuino sentido si quedara al arbitrio absoluto de un órgano del poder constituido (quien, al omitir su deber constitucional de actuar 'bloquearía' a la cláusula constitucional respectiva)". Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal…*, o. cit., p. 170.

[15] María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3094. Tal como refiere la citada autora, "Francisco Fernández Segado sostiene que el no dictado de las normas reglamentarias necesarias a los fines de la implementación y efectividad de los derechos enunciados en textos constitucionales, importaría una violación al derecho a la normación. Básicamente considera que existe un pretensión subjetiva accionable, y por lo tanto un *derecho a la normación* en los casos en que la ausencia de norma impide al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular". Ibídem.

> Constitución, de manera análoga a cuando dicta una ley opuesta a la Constitución. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Judicial debe hacer prevalecer a la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda, y de ser necesario, intimando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. De fracasar en esa tentativa, le corresponde al juez cubrir dentro de lo razonable y posible el vacío lagunoso, para el caso a resolver.[16]

No obstante, debe advertirse:

> […] no toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de "omisión inconstitucional" susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un *mandato constitucional*, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar. Es decir, debe figurarse una "*exigencia constitucional de acción*". Este mandato es un supuesto distinto de la "obligación genérica de legislar", que, en sentido amplio, pesa siempre sobre el órgano legislativo. Frente a un mandato cuyo incumplimiento generaría el control que se trata en este trabajo, "El legislador […] no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma preceptiva".[17]

Aunque la inconstitucionalidad por omisión puede avizorar para algunos una posible intromisión del tribunal constitucional en esferas propias del Poder Ejecutivo o Legislativo, ello no así.

> [Aun cuando] dentro de los lineamientos del "Estado de Derecho", la función de creación normativa es propia del Poder Legislativo, pudiendo este desenvolverse de manera activa y omisiva, dentro del campo de su discrecionalidad […] el reconocimiento de facultades propias del Poder Ejecutivo o Legislativo no implica otorgarle poderes absolutos "como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo". Al contrario, esta posibilidad de control sobre el

---

[16] Néstor Pedro Sagüés: "Instrumentos de la justicia…", o. cit., p. 3135. Es importante recalcar que las inconstitucionalidades por omisión serán, pues, "en el fondo, tan graves como las inconstitucionalidades por acción del Poder Ejecutivo (v. gr., al dictar decretos inconstitucionales) o del Poder Legislativo (al sancionar leyes inconstitucionales)". Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal…*, o. cit., p. 172.

[17] María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3097. Néstor Pedro Sagüés, por su parte, aborda el tema distinguiendo dentro de las cláusulas constitucionales programáticas aquellas normativas "de *cumplimiento discrecional* para los Poderes Ejecutivo y Legislativo (cuya no efectivización, al menos en principio, no es indicio de mora legisferante), de las de *cumplimiento obligatorio* (cuya omisión sí es inconstitucional)". *Derecho procesal…*, o. cit., p. 172. Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, evocando la doctrina, considera, por su parte, que para que la inconstitucionalidad por omisión exista se requerirá necesariamente la concurrencia de los siguientes hechos: "a) la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer; b) que se trate de un caso de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador". O. cit., p. 39.

> accionar de los órganos del Estado se desprende de la misma forma republicana de gobierno, y es reclamada por ella.[18]
>
> [Además] no resulta lógico sostener que los poderes del Estado pueden ampararse en norma constitucional alguna que les permita eximirse de hacer lo que la misma Constitución les ordena hacer. Ante esta realidad, aún más la respuesta se reclama de manera certera y urgente. Se coincide con Néstor P. Sagüés en cuanto: "No basta la mera lectura de las normas de la Constitución, ni sirve la ilusión kelseniana de que la Constitución siempre triunfa […] Para inquirir sobre la auténtica 'fuerza normativa' de una constitución es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos casos, ese 'actuar' demandará, además de lucidez y prudencia, coraje".[19]

Este *mandato constitucional* propone distintas variables, por cuanto existe

> […] tanto de manera explícita, es decir, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano, como de manera implícita, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior. A su vez, el mandato constitucional incumplido puede referir tanto actos individuales como respecto al dictado de normas de carácter general.[20]

En relación con esto último, refiere una vez más Bidart Campos:

> […] si el acto omitido tiene nada más que un contenido individual, el órgano judicial es competente para emitir un mandato de ejecución; pero si la omisión inconstitucional refiere a la no expedición de una norma reglamentaria general (v. gr., una ley o decreto de efectos para la comunidad), el órgano judicial competente debería primero intimar a la autoridad pública renuente a dictar la reglamentación del caso; en segundo lugar, y de resultar infructuosa tal gestión, "integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo". Y en última y tercera instancia, de ser ello obligadamente ineludible, "dictar directamente la norma omitida".[21]

Sin embargo, al ser esta última instancia un extremo harto discutible, indudablemente ello sería interpretado como una clara intromisión del juez constitucional en una esfera propia del Poder Legislativo. Al respecto volveremos más adelante.

---

[18] María Sofía Sagüés: o. cit., p., 3091.
[19] Ibídem, p. 3125.
[20] Ibídem, p. 3098.
[21] Citado por Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal…*, o. cit., p. 171.

Partiendo del hipotético caso de que la inconstitucionalidad por omisión esté referida a una reglamentación general (ley o decreto), lo expuesto es válido en cuanto estemos frente a una norma que contenga un mandato constitucional implícito. Es decir, únicamente podrá el tribunal constitucional intimar y fijar a la autoridad pública renuente un plazo para dictar la reglamentación atinente —y, en caso de reticencia, integrar el orden normativo lagunoso— cuando la norma, a falta de contenido concreto, exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior.[22]

Esta configuración se virtualizaría de forma distinta si el mandato constitucional fuese explícito y, además, impusiese un lapso específico a efectos de que se dictara la reglamentación infraconstitucional correspondiente. Conforme a este supuesto:

> […] el transcurso de dicho período sin la debida respuesta por el órgano legislativo o reglamentario, ocasiona *ipso facto* la mora, y torna inconstitucional la originaria omisión. Si, por el contrario la norma constitucional no contempla un plazo específico, cabe desarrollar un análisis más pormenorizado.[23]

Para Sofía Sagüés:

> […] el factor tiempo actuaría de la siguiente manera: en los casos en que la norma no prevé un plazo específico de cumplimiento, inmediatamente después de dictado el texto constitucional, ante la carencia de legislación infraconstitucional se verificaría el supuesto de "situación inconstitucional imperfecta", que no generaría de por sí —en ese momento— una omisión inconstitucional suplible vía control de constitucionalidad por el poder judicial. Esta situación anómala de no aplicación del orden jurídico constitucional, necesariamente reviste el carácter de excepcional y temporal. Habiendo devenido un lapso de tiempo en el que se prolongue la negativa a legislar se constituye una "omisión constitucional" en sentido propio.[24]

En este orden de ideas, a juicio Fernández Segado —citado por Víctor Bazán—, para la determinación de la existencia de la omisión inconstitucional,

---

[22] María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3098. Al llevar la inconstitucionalidad por omisión ínsita la existencia, en las circunstancias expuestas, de una violación a la Constitución, "no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente no instrumente a su vez los remedios procesales para atacar a aquella inconstitucionalidad por omisión. Caso contrario, el remedio contra este tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En definitiva, pues, es al Poder Judicial a quien le toca diseñar tales vías procesales, si el legislador común no lo hace". Néstor Pedro Sagüés: "Instrumentos de la justicia…", o. cit., p. 3140.

[23] María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3099.

[24] Ibídem, p. 3100. "El principio democrático de libertad de conformación del legislador exige que este tenga la posibilidad de escoger el momento que considere más oportuno para el dictado de la norma legal correspondiente"; no obstante, "este principio hay que tratar de compatibilizarlo con el de desarrollo obligatorio de la Constitución de manera que el legislador no se pude dilatar de forma tal que altere el sentido de la citada necesidad de desarrollo. Esta valoración deberá hacerla el Tribunal caso por caso sopesando esa necesidad de desarrollo con el tiempo, las circunstancias y la libertad del legislador. Todo ello le debe permitir llegar a una comprensión cabal del caso que se analiza y de la hipotética reprochabilidad de la inactividad". Fernández Rodríguez: o. cit., p. 3765.

> […] los extremos a considerar serán la trascendencia de la mediación legislativa conectada con el elemento temporal, parámetros —ambos— decisivos para precisar la razonabilidad del tiempo por el que se prolonga la inacción legislativa. Estima que, de ese modo, es como puede entender que la mera no realización de un mandato constitucional abstracto engendra simplemente un "incumplimiento de las exigencias constitucionales", que no obstante ser criticable, no es suficiente para convertirla en omisión legislativa inconstitucional —calidad que arribará, cuando dejare de ser "razonable" la inercia admitida hasta ese momento como discrecional del legislador.[25]

Otra variable que puede tener lugar se relaciona con el accionar del órgano. En este caso existen como supuestos diferenciados:

> […] la llamada "omisión total" y la llamada "omisión parcial". Resulta claro que se encuentran comprendidos dentro del control constitucional en estudio los supuestos de "omisión total o absoluta" es decir, las inacciones —ausencia total de reglamentación— de los órganos legislativos o reglamentarios ante un mandato constitucional concreto. Parte de la doctrina, como Cappelletti, Fernández Segado, Bazán, entre numerosos autores, considera que también nos encontramos ante una "omisión inconstitucional" en los casos de "omisiones parciales o relativas", es decir, "cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución".[26]

En otras palabras, puede existir tanto la omisión total, al haber carencia total o absoluta del dictado de las medidas conducentes a operativizar la cláusula programática, como la omisión parcial o relativa, en el supuesto de que el órgano público encargado de efectivizar el cumplimiento del mandato constitucional quiebre en forma no intencional, pero produciendo un resultado arbitrario, la garantía de igualdad ante la ley.[27]

Desde nuestra perspectiva, sin embargo, objetamos la inclusión de la modalidad de la inconstitucionalidad por omisión parcial, porque, en el supuesto de que esta se pueda configurar, estaremos frente a una violación que debe corregirse y encauzarse legalmente mediante la garantía del control de constitucionalidad de las leyes. De otro modo, se cercenaría esta última garantía al despojársela de un importante derecho que encuentra cabida perfectamente dentro de su campo de acción, o, peor aun, se podrían duplicar innecesaria y confusamente las vías procesales a través de las cuales se pretende restituir el imperio de la normativa constitucional conculcada —por omisión parcial—. El hecho de que el legislador, en el desarrollo de un precepto, sea desparejo

---

[25] Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., pp. 239-240.

[26] María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3101. Para Néstor Pedro Sagüés, la inconstitucionalidad relativa también se denomina *inconstitucionalidad por negación*. Y, en sus propios términos, ocurre "si el órgano estatal del caso efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga". "Instrumentos de la justicia…", o. cit., p. 3128.

[27] Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., p. 229.

al regular una situación en detrimento de aquellos a quienes omite —sea esto intencional o no— debe ser sancionado con la anulabilidad (sistema concentrado) o nulidad (sistema difuso) de la norma promulgada; de lo contrario, la inconstitucionalidad por omisión parcial tendría un alcance incorrecto.

Sin caer en hipérbole y analizando brevemente con más detenimiento la implicación que subyace en estos trazos, ¿sería apropiado que el tribunal constitucional, mediante el uso de ciertas interpretaciones, resolviese ampliando o integrando el vacío lagunoso, ya fuera por vía del proceso de la inconstitucionalidad por omisión per se o bien mediante el uso de la garantía del control de constitucionalidad de las leyes? Consideramos que en ambos casos no lo sería. Pese a que ya hemos objetado la implementación de la acción de inconstitucionalidad por omisión parcial, aun soslayando esto, en ambos procesos el tribunal constitucional haría las veces de un auténtico *legislador positivo,* invadiendo la esfera competencial que es propia del Poder Legislativo. Constatada la violación, el tribunal constitucional debe limitarse a anular —sistema concentrado— o nulificar —sistema difuso— la disposición normativa arbitraria y discriminatoria.[28] Sin embargo, en ciertos casos concretos, que ameritarán un estudio pormenorizado, dicho vacío lagunoso sí puede llenarse sin caer en el extremo antes anotado.

El derecho comparado demuestra que la inconstitucionalidad por omisión ha sido adoptada bajo diversas modalidades por un grueso número de países: Brasil,[29] Venezuela,[30] la ex Yugoslavia,[31] las constituciones de los estados mexicanos de Tlaxcala

[28] No desconocemos la extensa bibliografía y jurisprudencia que sobre esta materia con facilidad se puede ubicar. Sin embargo, seguiremos sosteniendo que todo tribunal constitucional que se exceda en sus funciones, arrogándose el papel de *legislador positivo*, nunca interpreta la ley, sencillamente la crea. De ahí que, en ciertas ocasiones, no deba perderse de vista el temor al gobierno de los jueces, la denominada *judiciocracia*, como un extremo gravoso y opuesto a la consolidación de un legítimo Estado de derecho y su pleno equilibrio de poderes. En definitiva, a igualdad de males —que legisle el juez o esperar del órgano legisferante la emisión del precepto omitido—, preferimos ceñirnos a la ley y proceder conforme a lo expuesto: señalar la inconstitucionalidad y fijar plazo, o señalar la inconstitucionalidad y solo si es posible interpretar el vacío lagunoso, sin llegar nunca a arrogarse el tribunal constitucional un papel positivo.

[29] Donde se contempla como "una acción ante el Supremo Tribunal Federal (art. 103 inc. 2) que concluye en una declaración de inconstitucionalidad por omisión y en un aviso al órgano renuente (si se trata de un ente administrativo, fija un plazo para la realización de la tarea faltante), como también un mandato de ejecución a favor del perjudicado, siempre que la falta de norma reglamentaria torne invariable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales, que puede incluir una orden judicial para que se satisfaga el derecho en juego, paralizado por la falta de ley reglamentaria". Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos*…, o. cit., p. 62. Debe advertirse que son acciones distintas la inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção,* ya que el segundo de estos constituye "una acción particular tendiente a la defensa de derechos y garantías personales. Se destina a la solución de casos concretos, en los que la omisión impugnada es suplida por orden judicial, produciendo efectos estrictamente *inter partes*". Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., p. 182.

[30] Dando "competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo, municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, fijando el plazo y 'de ser necesario, los lineamientos de su corrección'". Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos*…, o. cit., p. 63.

[31] El caso de la antigua Yugoslavia, según refiere Víctor Bazán, fue el primer antecedente desde la perspectiva de una Constitución formal. Ya en 1974, en el artículo 377 de la Constitución de dicho Estado, se establecía: "Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare

y Chiapas,[32] Veracruz[33] y la de la provincia argentina de Río Negro, por mencionar algunos.[34] Existen asimismo ejemplos jurisprudenciales en "países como Austria, Estados Unidos, España[35] y especialmente Alemania e Italia",[36] como también merced a reglas constitucionales explícitas, y en otros casos por construcción jurisprudencial, de forma completa o parcial, en Bélgica, Bosnia Herzegovina, Canadá, Croacia, Irlanda, Noruega, Polonia, Grecia, Hungría, Islandia, Japón, Israel, Corea del Sur, Liechtenstein, Portugal,[37] Ucrania, Seychelles y Sudáfrica, entre otros.[38]

En síntesis, y como colofón prematuro de lo hasta ahora visto, se puede arribar a las siguientes consideraciones:[39]

---

que un órgano competente no hubiere dictado la prescripción para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes y de otras prescripciones y actos generales federales, habiendo sido obligatorio dictarla, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federal de Yugoslavia". Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., p. 176.

[32] Ambas "tratan asimismo este problema, con distintas alternativas, habilitando acciones para fijar a los responsables de la mora un término para expedir la norma jurídica solicitada (el último de esos estados la habilita cuando el Congreso local no resuelva una iniciativa de ley o decreto, si tal omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución)". Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos*…, o. cit., pp. 62-63.

[33] Conforme a dicha Constitución, "al establecer que si se vence el plazo para expedir la norma faltante 'el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto'". Ibídem, p. 63.

[34] Esta fue promulgada en 1988, y "estableció en su art. 207, inc. 2.º d, una acción por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, y a promover por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal fija un plazo para que se subsane la omisión. 'En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite'". Ibídem.

[35] En el caso de España, "el Tribunal Constitucional ha utilizado —para suplir la omisión legislativa— una gama de opciones: v. gr., materializar 'recomendaciones' del Legislativo; dictar sentencias aditivas, etcétera". Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., p. 199.

[36] María Sofía Sagüés: o. cit., p. 3096. El Tribunal Constitucional alemán, según manifiesta la referida autora, "se ha orientado a permitir la acción de inconstitucionalidad por omisión […] dicho mecanismo se arbitra en dos supuestos, el primero de los cuales se da ante la omisión legislativa que produce en el peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. La segunda posibilidad de articular la presente figura es el supuesto de que el legislador no hubiere ajustado la norma en el sentido sostenido por el Tribunal en una de sus sentencias". Ibídem.

[37] "La Constitución portuguesa, promulgada el 2 de abril de 1976, institucionalizó la figura de la inconstitucionalidad por omisión, manteniéndola —y remozándola— en la primera revisión de la Ley Fundamental operada en 1982. En definitiva el art. constitucional 283 que rige actualmente la cuestión dispone que: 'a) [en los supuesto de violación de los derechos de las regiones autónomas, la legitimación activa viene concedida a los presidentes de las asambleas regionales, en cuyo caso] el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución, por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar inexequibles las normas constitucionales. b) Cuando el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará de ello conocimiento al órgano legislativo competente'". Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., p. 177.

[38] Néstor Pedro Sagüés: "Instrumentos de la justicia…", o. cit., p. 3128.

[39] Bidart Campos, "en trazos breves y categóricos, llega a las siguientes conclusiones: '1) que cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento; 2) que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido; 3) que

a. La inconstitucionalidad por omisión nace de una previsión u obligación constitucional de hacer (mandato constitucional) dirigida al Poder Ejecutivo (emitir un reglamento) o al Poder Legislativo (emitir una ley).
b. Este mandato puede ser explícito —cuando la norma constitucional señala al poder constituido competente la obligación de reglamentar la norma infraconstitucional (Poder Legislativo) o infraordinaria (Poder Ejecutivo)— o implícito —cuando la norma constitucional se vuelve inútil, vaga, inefectiva o vacía de contenido por falta de desarrollo—. En todo caso, supone que si no hay desarrollo de la normativa, se pierde la efectivización de algún derecho o deber de alcance constitucional.
c. El mandato expreso o explícito puede a su vez señalar o no un tiempo determinado para la emisión del desarrollo de la norma constitucional. En el primer caso, si vencido el plazo no se cumple con el mandato constitucional, la inconstitucionalidad por omisión opera ipso facto; en el segundo, en cambio, el tribunal constitucional habrá de esperar un tiempo razonable para que se emita la regulación respectiva (situación inconstitucional imperfecta), pasado el cual, si no hay respuesta del órgano competente, deberá declarar la inconstitucionalidad por omisión e integrar o llenar el vacío lagunoso, siempre que ello sea posible.
d. Si el mandato constitucional es implícito, el tribunal constitucional estará legitimado para actuar cuando haya pasado un tiempo razonable desde la emisión de la norma constitucional sin que ella se haya desarrollado. El tribunal podrá solicitar entonces al órgano competente la emisión de la disposición normativa que está obligado a realizar, fijándole un plazo prudencial. Transcurrido este, si no hay respuesta, deberá declarar la inconstitucionalidad por omisión y, al igual que en el caso anterior, llenar el vacío lagunoso si ello es posible.
e. La inconstitucionalidad por omisión puede operar también en razón de la actividad realizada por el órgano competente, de forma total o absoluta y, según la mayor parte de la doctrina, de forma parcial o relativa —aunque a ello nos hemos opuesto en su momento—. La primera corresponde cuando existe una inacción plena, total o completa; la segunda, en caso de que la regulación normativa se haya realizado de forma incompleta, parcial, precaria o insuficiente.

---

cuando la abstención del órgano del poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; 4) que el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control"". Citado por Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal*…, o. cit., pp. 170-171.

## 2. La inconstitucionalidad por omisión en el contexto jurídico guatemalteco

### 2.1. ¿Proceso constitucional? ¿Independiente o dependiente?

Más adelante analizaremos la normativa legal que nos permitirá concluir sobre la posible inclusión de la acción de institucionalidad por omisión en el orden jurídico guatemalteco; por el momento nos circunscribiremos a desvirtuar el proceso de amparo como vía de acción supletoria para alcanzar los fines a que se dirige la primera de estas. Nos enfocamos únicamente en el amparo, apoyados en el hecho —bastante obvio— de que tanto el proceso de inconstitucionalidad de las leyes como el de exhibición personal (hábeas corpus) no encuadran, en sus respectivos objetos y efectos, en el de la inconstitucionalidad por omisión. No queda de esta manera (aparentemente) vía procesal más que la del proceso, juicio o acción de amparo.

En primer lugar, interesa destacar que, pese a que el objeto del amparo pareciera lo suficientemente amplio[40] como para cobijar los supuestos que se desprenden de la inconstitucionalidad por omisión, cosa que se repite también con los casos de procedencia del amparo señalados por la ley (númerus apertus),[41] no sucede lo mismo en

[40] Según el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: "El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan".

[41] Según el artículo 10 del citado cuerpo jurídico: "La procedencia del amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado. Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos: a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquiera otra ley; b) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley; c) Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República, no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional; d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa; e) Cuando en actuaciones administrativas se exija al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo; f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite; g) En materia política, cuando se vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión; h) En los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, res-

cuanto a los efectos que la ley señala expresamente en caso de que se declare la procedencia del amparo.[42]

Si se tienen presentes como efectos de la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión el señalar la omisión al órgano legisferante, fijar plazo para su resolución y, si el plazo ya ha caducado, interpretar la ley y de ser posible llenar el vacío lagunoso, entonces se comprenderá que en un sistema de control constitucional mixto como lo es en el caso de Guatemala el amparo se quedaría corto con relación a estos.

Complementariamente, si consideramos que los efectos de la inconstitucionalidad por omisión antes señalados se extienden a todos los habitantes afectados por la mora (erga omnes), esta se perfilará de forma similar al control de constitucionalidad de las leyes en forma abstracta o vía directa— hacia el empleo o la utilización de un control constitucional de tipo concentrado.

De ahí que el amparo, conforme a lo dispuesto por la ley de la materia y a lo indicado en la Constitución, no se adapte a los requerimientos operativos que pudiesen hacer funcional la consagración de la inconstitucionalidad por omisión en el contexto jurídico guatemalteco. No obstante, aun si se pasa por alto este criterio y se estima el amparo como vía procesal pertinente, ¿qué caso tendría entonces que la Corte de Constitucionalidad (como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional) señalase a través de un proceso con efectos interpartes el cumplimiento de una acción (la de legislar) que cobrará un carácter erga omnes?

¿No sería lo más apropiado establecer una vía de acción directa que la configure de forma precisa e independiente? De ser así, ¿cómo se podría implementar, si partimos del supuesto de que todas las garantías constitucionales ya han sido diseñadas por el legislador? ¿O será acaso que este, de forma cauta "y casi como un magistral adivino", ha previsto y provisto los insumos legales necesarios para estructurar nuevos mecanismos procesales fiscalizadoras de la protección constitucional? Reflexionemos al respecto.

Si se estima que el amparo no es la vía supletoria adecuada a través de la cual se puede enervar el proceso de inconstitucionalidad por omisión, entonces un panorama bastante desalentador provocaría el hecho de que, tomando como base la actual Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985, un primer apuntamiento nos dirigirá al reconocimiento del vacío —al menos expreso— de la

---

tricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Lo determinado en los incisos anteriores, no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley".

[42] Según el artículo 49 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, "La declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos: a) Dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida; b) Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver, practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto ordenado de antemano; c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de esta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida".

posible institucionalización de la figura que nos ocupa, al no configurarse esta si se toma como plataforma lo dispuesto por el texto supremo y la normativa aplicable.

Se advierte así, pues, que entre las garantías constitucionales dispuestas por el legislador constituyente nunca se incluye esta vía procesal.[43]

Ahora bien, según el artículo 268 del magno texto, la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa (máximo tribunal de la jurisdicción constitucional), cuya función esencial es la *defensa del orden constitucional*. Y entre las funciones dispuestas en el artículo 272 del citado cuerpo jurídico se preceptúa, en la literal *e*, que este debe "actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República". Ambos preceptos se complementan. Uno de ellos lo obliga como función esencial a la defensa del orden constitucional —entendido, en forma muy general, como la normativa dispuesta por el articulado constitucional—, y el otro, de forma aperta, lo habilita para conocer de aquellos asuntos de su competencia, y aunque naturalmente se dirigirá a la defensa de la supremacía constitucional, esta no es del todo limitada o precisa legalmente (*numerus apertus*).

Por otra parte, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad,[44] pese a desarrollar únicamente las garantías constitucionales dispuestas por la propia Constitución (amparo, exhibición personal o hábeas corpus, e inconstitucionalidad de las leyes en caso concreto y en forma abstracta) y repetir literalmente lo ya señalado por la normativa suprema con relación a las funciones de la Corte de Constitucionalidad, señala en su artículo segundo:

> […] las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

Como corolario y primera conclusión del análisis de este abanico de normas, se desgaja la factibilidad de implementar nuevos mecanismos y cauces legales que permitan un acceso a la jurisdicción constitucional, a efectos de mediatizar los conflictos legales de trascendencia y carácter constitucional. Ello con fundamento en lo anterior y en el principio *pro actione*, que ha estructurado ya en nutrida jurisprudencia la Corte de Constitucionalidad.[45]

---

[43] Título VI, capítulo I, artículos 263-267.

[44] Ley de carácter constitucional, por haber sido emitida, precisamente, por el poder constituyente en 1986 (decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente).

[45] La propia Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de fecha 6 de octubre del 2006 (expediente 2395-2006), se planteaba a sí misma: "¿Puede un ciudadano acceder a la justicia constitucional a través de un instituto procesal que no aparece dentro del sistema de garantías constitucionales establecido en la Constitución Política de la República ni en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad? A tal interrogante debe dársele una respuesta afirmativa, ya que para acceder a la justicia constitucional, la propia ley de la materia privilegia el principio *pro actione*, al establecer imperativamente que las disposiciones de esa ley —entre las que se encuentra el artículo 163, i)— 'se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos (artículo 2)' y que "En todo proceso relativo a la justicia

De esta manera se encuentra cabida a la institucionalización de la inconstitucionalidad por omisión en el contexto jurídico guatemalteco, como vía o mecanismo procesal independiente, cimentador e integrador que, como una nueva morfología de la garantía del control de constitucionalidad de las leyes, permite la completa defensa del armazón y la supremacía de la normativa constitucional.

Por ello debe advertirse enfáticamente, y recordarse a aquellos a quienes lo anterior produzca pánico —sensación que solo puede encontrar justificación en perspectivas erradas, burdas e ignorantes, que dicha implementación no sería del todo novedosa. Transcurridas ya poco más de dos décadas de instaurada la Corte de Constitucionalidad como tribunal privativo y permanente de jurisdicción constitucional en Guatemala, dichos preceptos han justificado ya en alguna ocasión la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de oficio[46] y la declaratoria de nulidad de un sentencia emitida con anterioridad por la propia Corte de Constitucionalidad (únicamente para los efectos jurisprudenciales correspondientes).[47] En ambos casos dichas funciones se han implementado pese a no derivar de una disposición expresa.

Con relación al alcance y la posible inserción en el abanico de garantías vigentes, aunque al día de hoy la Corte de Constitucionalidad no se ha pronunciado de forma explícita con respecto a esta institución, sí ha reconocido —al menos tácitamente— la posibilidad real de su existencia. Por ejemplo, en la sentencia del 19 de julio de 1994 desvaneció la improcedencia de la inconstitucionalidad por omisión, pero ello al

---

constitucional solo la iniciación de trámite es rogada', de manera que las peticiones que ante esta corte se formulen y que a *prima facie* puedan generar dubitación lo pedido por medio de ellas está comprendido dentro de las competencias asignadas a este tribunal, debe dársele el tratamiento de una petición, realizada en ejercicio del derecho que garantiza el artículo 28 del texto supremo, y porque la propia jurisprudencia de este tribunal, privilegiando la eficacia de este derecho, ha determinado que: 'aun ante falta de regulación, la autoridad no puede dejar de resolver peticiones, sino que, aplicando el principio jurídico de la plenitud hermética del derecho, está obligada a conocer de cualquier petición y resolverla haciendo la integración del derecho que sea necesaria' (sentencia de veinte de mayo de mil novecientos noventa y ocho; Expediente 159-97; Gaceta 48, página 12)".

[46] "A pesar de que 'la previsión expresa de lo contenido en el artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pone de manifiesto que este tipo de proceso no inicia *ex officio* sino más bien se requiere de un acto dispositivo que le dé inicio', en la práctica la Corte de Constitucionalidad ha tenido que conocer en cierta ocasión de forma oficiosa. Fue precisamente, en el año de 1993, fecha en la cual examinó las decisiones emitidas por el entonces Presidente de la República, Serrano Elías, las cuales fueron difundidas, a través de una cadena de radio y televisión. En estas anunció dejar sin efecto ciertas disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República, disolviendo el Congreso de la República, destituyendo a la Corte Suprema de Justicia y asumiendo poderes legislativos (mediante la emisión del Decreto al cual denominó "Normas Temporales de Gobierno"). En este contexto, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, en defensa de la tutela del orden constitucional, *ex oficcio*, declaró inconstitucional el Decreto que contenía dichas normas, emitido por el Presidente de la República el 25 de mayo de 1993. La Corte de Constitucionalidad ordenó que dichas disposiciones quedarían sin vigencia y dejarían de surtir efecto, mandando a publicar la sentencia en el Diario Oficial" (expediente 225-93, Gaceta n.º 28). Pablo Andrés Bonilla Hernández: *Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado,* Guatemala: s/e, 2.ª ed., 2007, pp. 311 ss.

[47] Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 6 de octubre del 2006 (expediente 2395-2006).

omitir desvirtuar o negar la posibilidad de su enervamiento a través de la vía procesal utilizada.[48]

En otros procesos, incluso, se ha tomado a la inconstitucionalidad por omisión como pretensión de la incoación de dicha garantía, sin que tampoco la Corte se haya pronunciado respecto a su no operatividad conforme al marco normativo vigente en el país. Ello, en conclusión, haría inferir a cualquiera —y no por eso de forma errada— que de manera implícita se ha reconocido procesalmente su existencia, mas no aún su procedencia, sin que a la fecha se haya generado pronunciamiento formal y expreso alguno al respecto.[49]

## 2.2. Ejemplos de su posible aplicación: una pública denuncia a la injusticia

Qué matiz tan importante cobra todo lo expuesto cuando se aplica desde la perspectiva de nuestro derecho vigente. Por ello se abrirán, concretamente, las siguientes interrogantes: ¿Es posible declarar la inconstitucionalidad por omisión de la ley específica relativa a las comunidades indígenas que establece el artículo 70 de la Constitución Política de la República?[50] ¿Se podría asimismo aplicar en relación con la ley específica de aguas establecida en el artículo 127 de la Carta Magna?[51] Nos circunscribiremos a responder la primera de las interrogantes advirtiendo que, hasta el momento en que son escritas estas líneas, el Congreso de la República de Guatemala, pese a que ya han transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República, no ha emitido disposición normativa alguna que desarrolle en forma específica lo relativo a los derechos y obligaciones que atañen a las comunidades indígenas ni al régimen de aguas en Guatemala.

En el caso de las comunidades indígenas, aunque el Estado de Guatemala ha suscrito el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dicho instrumento internacional debe ser interpretado como no más que una extensión de los preceptos constitucionales (conforme a lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política) que formulan las principales directrices en materia de derecho indígena. Sería una miopía contemplar dicha regulación como un desarrollo de los preceptos constitucionales; en todo caso, constituye una complementación de aquellos.

No bastaría aquí el argumento del Legislativo que señala que los tratados internacionales en materia de derechos humanos —en este caso el Convenio 169 de la OIT— se convierten en normas operativas que desarrollan y llenan el vacío de la reglamentación

---

[48] Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, identificada con el número de expediente 179-94 (Gaceta n.º 33).

[49] Véase también la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, en los expedientes acumulados 282-87 y 285-87 (Gaceta n.º 8).

[50] "*Ley específica.* Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección".

[51] "*Régimen de aguas.* Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará esta materia".

ordinaria. No obstante es innegable que siempre los tratados internacionales en materia de derechos humanos pueden llenar una carestía legal, no lo hacen adquiriendo sus normativas una suerte de carácter ordinario, sino constitucional o incluso supraconstitucional. En estos casos los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a luz de lo establecido en los artículos 44 (derechos inherentes a la persona) y 46 (preeminencia del derecho internacional), nutren el orden jurídico al extender las normativas constitucionales aplicables —al constituir dichos preceptos, como se ha dicho, auténticas normas constitucionales e incluso supraconstitucionales—. Sin embargo, estos no bastan por sí mismos para pretender tener por desarrollada per se la normativa jurídica específica. Y es esto lo que manda, precisamente, el legislador constituyente.

Pero, aunque se considerara que dicho tratado internacional hace las veces de la ley específica —algo muy errado y que, por supuesto, no compartimos en ningún momento—, ¿sucederá lo mismo con la ley específica que debe regular el régimen de aguas en Guatemala? Evidentemente no. No existen aún tratados internacionales suscritos por Guatemala que puedan hacer las veces de dicha ley específica. De ahí que, incluso considerando este último extremo, avizoremos la contundencia e inminencia de la adopción de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala como mecanismo funcional, que permitiría un nuevo acceso a la justicia constitucional a falta de instrumentos jurídicos aplicables.

Independientemente de esto, y partiendo de la inexistencia de una ley específica que regule las comunidades indígenas, a continuación se presentarán dos aristas —de defensa o exclusión— que podrían ser esgrimidas para analizar y responder la inconstitucionalidad por omisión en este último caso, es decir, en el supuesto de la ley específica de las comunidades indígenas.[52] Naturalmente, esto es independiente de las argumentaciones que también podrían verterse con relación a la defensa o exclusión de la inserción de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

**Primera posible respuesta.** La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 70, no regula un mandato expreso y directo, o aun implícito e indirecto, al Poder Legislativo. Se circunscribe únicamente a enunciar en uno de sus artículos que una ley específica desarrollará el contenido de dicha sección. El legislador constituyente no ha querido expresar una obligación dirigida al Poder Legislativo de elaborar dicha normativa, sino que expresa la necesidad de que lo haga una ley de carácter específico; de lo contrario, así lo habría dispuesto, ya fuera en el mismo artículo o en las disposiciones transitorias y finales. Por lo tanto, no existe una obligación constitucional de hacer al Poder Legislativo, ni mucho menos un caso de incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculen al legislador.

**Segunda posible respuesta.** El hecho de que el legislador constituyente haya expresado que una ley *regulará* lo relativo a las comunidades indígenas es una clara

[52] Ambas también podrían ser aplicables para el caso de la ley específica que debe regular el régimen de aguas en Guatemala.

manifestación de su preocupación por que dicha regulación fuese emitida. De ahí que además haya establecido expresamente que debería ser una ley específica la que lo desarrollase —disposición normativa que el Congreso de la República está obligado a emitir—. Este caso, además, no se puede resolver mediante una interpretación exegética del artículo, ya que ello solo conduciría a generar dudas que se desprenderían de la lectura aislada y autónoma de los términos empleados. Por lo tanto, para su correcta interpretación debe tomarse en consideración la armonía conjunta de todas las prescripciones constitucionales. Así, deben considerarse, entre otras disposiciones, especialmente los preceptos que obligan al Estado —a través de cada uno de sus poderes— a garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona y la igualdad, todo ello aunado a la escala de valores y principios propios del ordenamiento jurídico estatal, así como al fin máximo que cada uno de los poderes del Estado se encuentra obligado a cumplir: el bien común. Por lo tanto, el Congreso de la República, como parte de uno de los poderes que conforman el Estado, debe obligadamente también observar como su fin supremo el bien común, la paz, la seguridad, la igualdad y el desarrollo integral de la persona. Esto, sin embargo, le sería imposible si no emitiera aquellas disposiciones que adecuen su fin a dichos extremos. Es así que se justifica y desprende como obligación expresa el emitir dicha ley, no solo al amparo de la injusticia que representa el no haberla emitido hasta el momento, sino también —y principalmente— a la luz de las máximas que el legislador constituyente ha establecido en la Carta Magna.

Por parte de quien escribe, la primera respuesta, pese a ser a primera vista la más seductora, es la más incorrecta. Aunque indudablemente en el precepto constitucional obra una manifiesta timidez del diputado constituyente —por imprevisión o negligencia— al no haber fijado un plazo expreso que le hiciera ineludible al poder constituido competente la emisión de dicha normativa, la obligación como tal existe. Dicho *mandato constitucional* se desprende tanto del texto de dicho precepto como del articulado mismo que compone la Constitución. Se está aquí, pues, ante un tímido pero típico caso de inconstitucionalidad por omisión.

## 3. Consideraciones finales

Resta finalmente advertir que, pese a que muchos —miedosos y falsamente escandalizados frente al poder que pueda generar el uso y, por qué no decirlo, el posible abuso de este control— puedan oponerse a la instauración y consolidación de esta institución (que hace las veces de una garantía genuina e integradora y defensora del orden jurídico constitucional), ellos también deberán sopesar el ser llamados algún día *verdugos de la justicia,* al asentir por su misma cobardía violaciones flagrantes a la norma constitucional, generatriz y fundamento del propio orden jurídico estatal.

De no adoptarse la inconstitucionalidad por omisión en el orden jurídico guatemalteco, se perdería la fuerza normativa del precepto constitucional, y el gobernado no encontrará antídoto alguno frente a la retórica y la demagogia, pero sobre todo frente al contenido agigantado de normas desprovistas de desarrollo y positividad jurídica.

En el ámbito guatemalteco —independientemente de la jurisprudencia que ha surgido—, pese a que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad no regula nada al respecto, dicha falencia legal debe ser interpretada como un poder implícito de la magistratura constitucional. En última instancia, y aun en el supuesto de que no se compartan los puntos de vista esgrimidos respecto a la existencia real de insumos legales que permiten la inclusión de la inconstitucionalidad por omisión en el orden jurídico estatal guatemalteco, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 2 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros cuerpos legales,[53] a lo que se suma la jurisprudencia en materia de defensa del orden constitucional, la existencia y la procedencia legales de esta institución se justifican perfectamente.[54]

No creemos que haya óbice alguno para que Guatemala imite el ejemplo de todos aquellos tribunales supremos que, aun habiendo sido conscientes de una carencia o vacío o legal que los habilitara explícitamente para tal tarea, han justificado la instauración de esta institución sobre el supuesto de que la violación de la Constitución se produce tanto cuando se hace algo contra ella como cuando no se hace lo que ella ordena. Y es que solo así se podrá consumar de forma íntegra y efectiva la supremacía de la norma madre de la que nace el orden jurídico estatal; esto es, la norma constitucional.

---

[53] Los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y 17 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, entre otros preceptos ubicables en distintos instrumentos internacionales.

[54] Ello no sería una novedad en el ámbito latinoamericano; a guisa de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina (caso *Siri* y *Kot*) creó la institución del amparo, no previsto explícitamente por la Constitución nacional ni por la ley procesal, argumentando que los derechos constitucionales no podían quedar a merced de la voluntad del legislador regular; en situación similar, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana implantó también el amparo no previsto legalmente. Véase Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos*…, o. cit., pp. 63-64. A no dudar, "lo importante es imaginar y aplicar una solución operativa. Lo inadmisible es que los tribunales se queden cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita para combatir a la inconstitucionalidad por omisión". Néstor Pedro Sagüés: "Instrumentos de la justicia…", o. cit., p. 3140. En todo caso, coincidimos con Víctor Bazán en que, tal como lo ha dicho en forma insigne Bidart Campos, "es mejor comenzar algo que abstenerse del todo". Bazán: "Un sendero que merece…", o. cit., p. 269.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 65-83, ISSN 1510-4974

**Jesús M. Casal H. (Venezuela)***

# Las colisiones constitucionales en la reciente jurisprudencia constitucional

## RESUMEN

**El objeto de este trabajo son las colisiones entre derechos fundamentales o entre estos derechos y otros bienes o principios constitucionales, como manifestación de los conflictos normativos. Primeramente se exponen de manera sintética algunos criterios primordiales que han de ser tenidos en cuenta al intentar resolver colisiones constitucionales, y luego se analizan, según tales postulados, sentencias recientes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en las que se ha procurado dirimir ese tipo de colisiones. Dicho examen presta mucha atención a la tendencia jurisprudencial a pretender solventar esos conflictos de acuerdo con la idea de la supuesta superioridad de los intereses colectivos sobre los individuales.**

**Palabras clave: intereses colectivos, Constitución política, aplicación de la ley, derechos humanos, jurisprudencia comentada, Venezuela.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Gegenstand dieser Arbeit sind die Kollisionen von Grundrechten oder zwischen solchen Rechten und anderen Verfassungsgütern oder –prinzipien im Sinne eines Normenkonflikts. Zunächst werden zusammenfassend einige Grundkriterien dargestellt, die bei der Lösung von Verfassungskollisionen in Betracht zu ziehen sind, um daran anschliessend anhand dieser Vorgaben einige vor Kurzem ergangene Urteile des Verfassungssenats des Obersten Gerichtshofs von Venezuela zu analysieren, mit denen Kollisionen dieser Art gelöst werden sollten. Die Analyse legt besonderes Gewicht auf die Tendenz der Rechtsprechung, diese Konflikte auf der Grundlage der Annahme eines übergeordneten kollektiven Interesses gegenüber dem individuellen Interesse auflösen zu wollen.**

**Schlagwörter: Kollektive Interessen, Verfassung, Anwendung von Gesetzen, Menschenrechte, kommentierte Rechtsprechung, Venezuela.**

---

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. ‹jcasal@ucab.edu.ve›

**ABSTRACT**

**The purpose of this paper is to discuss conflicting basic rights or collisions between basic rights and other constitutional rights or principles, as a way to expose other conflicting rules. First, some basic criteria to be considered in solving conflicting constitutional rules are summarized, and then some recent postulates or judgments of the Constitutional Supreme Court of Venezuela, where there have been attempts to solve this type of collisions, are discussed. This discussion is mainly focused on the case law tendency to try to solve these conflicts under the idea of superiority of collective interests vis a vis individual interests.**

**Key words: collective interests, political constitution, law enforcement, human rights, annotated jurisprudence, Venezuela.**

## 1. Introducción

Un tema capital del constitucionalismo contemporánea es el de las colisiones entre derechos o bienes (o normas) constitucionales. Muchos de los actuales esfuerzos teóricos provenientes del derecho constitucional y de la teoría o filosofía del derecho se concentran en el análisis de los conflictos entre derechos o bienes constitucionales y procuran establecer caminos racionales para su tratamiento y solución.[1] La conciencia sobre los numerosos supuestos de colisión que subyacen a casos planteados ante la jurisdicción constitucional, originada en la singular atención científica que esa categoría ha suscitado y en la tendencia al pleno despliegue de la fuerza normativa de la Constitución y, en particular, de los derechos fundamentales, con las variadas dimensiones que se les atribuye,[2] ha determinado que el derecho constitucional sea hoy explicado desde visiones más dúctiles o fluidas que las habituales,[3] lo cual ha desembocado en corrientes doctrinales que han sido abrazadas bajo la denominación, no exenta de objeciones, de *neoconstitucionalismo.*[4]

Escapa al objeto de este trabajo una exposición global de esta temática, como también un examen de las bases conceptuales para el tratamiento de las colisiones constitucionales.[5] El presente estudio se limitará a enunciar algunos criterios fundamentales para la resolución de colisiones constitucionales, lo cual servirá de antesala y

---

[1] Véase, por todos, R. Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[2] Véase H. Dreier: *Grundgesetz,* Tubinga: Mohr Siebeck, 2004, pp. 66 ss.; L. Diez-Picazo: *Sistema de derechos fundamentales,* Madrid: Civitas, 2005, pp. 61 ss.; F. Bastida y otros: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978,* Madrid: Tecnos, 2004, pp. 50 ss.

[3] Véase G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil,* Madrid: Trotta, 1995.

[4] Véase M. Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2003.

[5] Al respecto véase Jesús M. Casal H.: *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales),* Caracas: UCAB, 2008, pp. 89 ss.; R. Guastini: *Distinguendo; studi di teoria e metateoria del diritto,* Turín: Giappichelli, 1996, pp. 144-145; K. Stern: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* Múnich: Beck, 1994, t. III/2, pp. 603 ss.; J. Berkemann: "Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen", en *Rechtstheorie,* 20, 1989, pp. 467 ss.

basamento para el análisis de algunas sentencias recientes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las que esta máxima instancia de la justicia constitucional venezolana ha intentado aproximarse a la solución racional de conflictos entre derechos o bienes constitucionales.

## 2. Algunos criterios para la resolución de colisiones constitucionales

En forma necesariamente sucinta se examinarán algunos de los principales criterios usualmente invocados para resolver colisiones constitucionales, dos de los cuales son expresión de una misma idea: cada uno de los bienes constitucionales enfrentados ha de ser considerado tan ampliamente como sea posible al resolver la colisión, teniendo en cuenta las circunstancias particulares en que esta se produce. Se pondrán de relieve los aspectos problemáticos que comportan, con la brevedad impuesta por los límites de extensión de este trabajo. Se aludirá, igualmente, al papel que en esta materia juega el principio de proporcionalidad. Nos limitaremos a enunciar pautas útiles para el tratamiento de las colisionen en sentido estricto, es decir, de las surgidas en la fase de aplicación judicial del derecho.

### 2.1. Evitar una simple ponderación abstracta de bienes

La ponderación, como método para la solución de colisiones constitucionales o, en general, para determinar cuál interés jurídico debe prevalecer frente a otro que se le opone, ha estado en el centro de una larga discusión doctrinal aún no cerrada.[6] La ausencia de referencias constitucionales textuales para los criterios que orientan la ponderación ha motivado que esta haya sido calificada como el talón de Aquiles de la problemática ínsita a tales colisiones.[7] Sería aventurado resumir, más aún intentar dilucidar, esta controversia en estas cortas líneas. Baste señalar que las más serias críticas contra la ponderación, como procedimiento que permita resolver racionalmente y con sujeción a la Constitución las colisiones constitucionales, se ven atenuadas cuando se evita una ponderación abstracta de bienes.

Si la Constitución coloca en un mismo rango un conjunto de bienes o intereses jurídicos, el intérprete debe en principio tratarlos como tal, por lo que el punto de partida para el análisis es el igual valor de los bienes constitucionalmente amparados. No ha de seguirse, por tanto, la vía rápida pero expuesta al error de solventar la colisión mediante la identificación, en abstracto, del bien que ostente un valor más alto. En contra de tal aproximación milita la ausencia de una determinación constitucional general sobre la jerarquización de los bienes o valores que la Constitución protege, así como

---

[6] Véase, recientemente, entre las posturas escépticas, S. Lenz: *Vorbehaltlose Freiheitsrechte,* Tubinga: Mohr Siebeck, 2006, pp. 205 ss.; entre las posiciones defensoras de la racionalidad de la ponderación, C. Bernal: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 159 ss.

[7] Stern: o. cit., p. 650.

la enorme dificultad, cuando no imposibilidad, de establecerla interpretativamente. La Constitución puede aportar datos sobre la primacía de algunos, como ocurre cuando ciertas normas son sustraídas de los procedimientos ordinarios de revisión constitucional, pero de aquí no se colige una ordenación general de las normas constitucionales. La razón más concluyente en contra de aquel intento reside en la propia naturaleza de la colisión planteada ante el juez. A los jueces no se les pide que digan cuál de los bien contrapuestos es más importante, sino que resuelvan un caso teniendo en cuenta las circunstancias que lo dotan de sentido.

Una vez que el juez ha precisado las normas constitucionales en conflicto, debe confrontarlas con los hechos relevantes del caso concreto, para luego decidir cuál ha de tener preferencia en las circunstancias dadas. Esta preferencia circunstancial ha sido calificada como precedencia condicionada, porque no es general o absoluta, sino dependiente de que se den hechos sustancialmente iguales a los considerados originalmente.[8] Esta primacía relativa también ha sido descrita como una jerarquía móvil, pues no es estable o definitiva sino cambiante en función de los hechos nuevos que se presenten.[9]

Lo dicho no implica que el valor abstracto de los bienes en conflicto no deba jugar ningún papel en la ponderación. Al contrario, es otro de los elementos que han de ponerse en la balanza,[10] pero ha de ser pesado con arreglo a las circunstancias del caso. En la balanza judicial no se incorpora el peso apriorístico de la vida, o de la libertad de expresión, sino aquel que resulte de la modalidad y magnitud de su afectación en el caso concreto. Desde la óptica de la libertad de expresión, la significación de la difusión de mensajes comerciales o de entretenimiento no es igual a la de la manifestación del discurso político orientado a controlar la gestión gubernamental. Incluso en relación con el derecho a la vida, que pareciera excluir por definición cualquier diferenciación interna, la jurisprudencia comparada dictada en materia de interrupción voluntaria del embarazo presupone distintos niveles de protección.[11]

## 2.2. Procurar la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión

Desde su formulación por Hesse,[12] el principio de la concordancia práctica, inspirado a su vez en aportes del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha alcanzado gran repercusión en la jurisprudencia y en la doctrina alemana y comparada. La virtud fundamental del principio ha residido en su aptitud para desarrollar una forma de composición de las colisiones que reduzca los riesgos de la ponderación abstracta de valores y obligue a atender a las circunstancias y los puntos específicos de tensión en

[8] Alexy: o. cit., pp. 87 ss.

[9] Guastini: o. cit., p. 145.

[10] Alexy: "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en *REDC,* 66, 2002, p. 38.

[11] Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán BVerfGE 39, 1; 88, 203.

[12] K. Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Heidelberg: Müller, 1993, pp. 27 y 134.

que surge el conflicto constitucional. El eje en torno al cual ha de girar la resolución del conflicto reside en los hechos concretos que lo han desencadenado, aunados a los bienes constitucionales involucrados, apreciados en la medida en que son interpelados por esos mismos hechos. Al ponderar los bienes enfrentados debe visualizarse además el contexto en que estos entran en conflicto. Así, el nivel de seguridad requerido en un establecimiento carcelario y la extensión e intensidad de los controles empleados para procurarlo son más elevados o amplios que los imperantes en una escuela, en un parque o en las calles de una ciudad, y es posible establecer ulteriores diferenciaciones en función de las situaciones concretas.

En esta materia el principio de la proporcionalidad posee una enorme significación.[13] Ninguno de los bienes implicados en una colisión debe ser sacrificado más allá de lo requerido para la satisfacción del otro. De ahí que la búsqueda de la concordancia o entendimiento entre aquellos suponga procurar una relación de proporcionalidad recíproca. En íntima conexión con esta idea se encuentra el requerimiento de optimizar los bienes en conflicto, que frecuentemente es equiparado a la exigencia de proporcionalidad,[14] aunque algunos autores defienden su especificidad frente a esta. El criterio principal de distinción radicaría en que esta quedaría satisfecha si el bien afectado no es sometido a medidas desproporcionadas, mientras que el primero iría más allá, al reclamar una realización plena, o sea, el alcance de un punto óptimo.[15] Conviene, pues, aclarar el sentido que se atribuye a la optimización asociada a la concordancia práctica.

La optimización puede ser entendida como el mandato de realizar el bien constitucional tan ampliamente como sea posible. No se trata de un mandato de realización total o incondicionada, sino de una exigencia sujeta a los límites de la realidad y de la convivencia con otros bienes de igual rango. No implica la imposición unilateral de un valor que avasalla a los demás, sino la justa ponderación de la significación de cada uno. Cada uno de ellos debe ser sometido, según la reiterada declaración jurisprudencial, a una optimización orientada a lograr el equilibrio o acuerdo entre tales bienes.[16] La solución justa o adecuada al conflicto no es la que asegure a ambos la completa realización efectiva en el caso concreto, pues normalmente uno cederá total o parcialmente ante el otro, a la luz de los hechos particulares, sino la que sea fruto de la consideración más amplia posible de cada bien.

Es preciso observar que la exigencia de optimización no debe conducir a nivelar todas las normas o bienes constitucionales ni a suprimir las diferencias en la estructura normativa que puedan observarse. La optimización reclama la cabal atención del bien

---

[13] En relación con el principio de proporcionalidad véase Bernal: o. cit.; L. Clérico: *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit,* Baden-Baden: Nomos, 2000.

[14] Así, para Alexy el carácter de principios de los derechos fundamentales y los mandatos de optimización que comportan son una consecuencia, precisamente, de la significación normativa del principio de proporcionalidad; *Teoría…*, o. cit., pp. 111 ss. La opinión de Hesse sobre la concordancia práctica apunta en igual dirección; Hesse: o. cit., pp. 27 y 134.

[15] M. Jakobs: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,* Múnich: Heymanns, 1985, pp. 83 ss.

[16] Cf., entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán BVerfGE 81, 278 (292 ss.).

o la norma constitucional tal y como se presenta; no pretende alterar su naturaleza sino llevar la que posea a la mayor proyección posible. Dicha exigencia tampoco debe traducirse en un allanamiento de las diferencias en el reparto de las funciones entre los poderes públicos; en especial, no faculta a los jueces para examinar, en el contexto de una colisión que haya sido objeto de tratamiento legislativo, si la solución legal es la mejor o la más razonable o adecuada a la luz de alguno de ellos o de ambos.

Esta advertencia adquiere especial relevancia en relación con las normas constitucionales que reconocen bienes colectivos. La necesidad de optimizar bienes colectivos constitucionalizados que entren en colisión con derechos fundamentales se sustenta, en primer término, en el rango constitucional de los bienes enfrentados y en el principio de unidad de la Constitución. Si no es posible solventar por vía interpretativa la discrepancia entre dos normas constitucionales, ha de acudirse a la concordancia práctica, en virtud de la cual, como se indicó, ha de procurarse un equilibrio entre los intereses contrapuestos igualmente merecedores de protección constitucional. Pero la búsqueda de esta optimización no debe conducir a sobredimensionar los bienes colectivos ni a perder de vista el punto de partida favorable a los derechos que el Estado constitucional normalmente presupone. A falta de razones convincentes para la restricción de un derecho, la cual debe tener basamento en la ley, este ha de ejercerse a plenitud, porque en el Estado recae la carga de la argumentación sobre la justificación de una restricción. El control judicial sobre leyes limitativas de derechos atacadas por desproporcionadas es más estricto que el que puede ejercerse sobre leyes objetadas por la insuficiencia de la garantía ofrecida a un bien colectivo, lo cual se explica no solo por la diferencia estructural del ámbito de elección del poder público en uno u otro caso, sino también por esa opción constitucional básica a favor de la libertad.

## 2.3. No ignorar los principios formales eventualmente involucrados

A menudo la ponderación se plantea de manera directa entre principios materiales, como la libertad de expresión, el derecho al honor, la seguridad o la salud pública. Pero a veces entre los principios o bienes materiales en conflicto se interpone algún principio formal. Los principios formales imponen el respeto de las determinaciones normativas fijadas por una autoridad legitimada para ello,[17] con independencia de la valoración que tales determinaciones puedan merecer para el intérprete. Así, la previsión, contenida en algunas Constituciones, según la cual la policía únicamente está facultada para detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia, en opinión de algunos quizás resulte excesivamente garantista, pues en ciertas situaciones no constitutivas de flagrancia los indicios de que una persona ha participado en la comisión de un delito y de que hay riesgo de fuga pueden ser muy sólidos, aunque no se disponga de una orden judicial. Pero no es dado al intérprete ignorar esta decisión constitucional con el fin de efectuar una ponderación directa entre bienes materiales en conflicto, sopesando por un lado, por ejemplo, la seriedad de los indicios y la gravedad del delito y,

[17] Véase Alexy: *Teoría…*, o. cit., p. 100.

por otro lado, la severidad de la intervención en la libertad personal y los peligros de la admisión, o generalización, del proceder policial. En estos supuestos el aplicador del derecho se encuentra atado a la determinación constitucional establecida mediante una regla que exige la orden judicial salvo en caso de flagrancia.

La atadura que estas reglas comportan no necesariamente es absoluta, pero la existencia de estas no puede ser ignorada. En principio poseen una pretensión incondicionada de validez, que tiende a hacerse definitiva o invencible en ordenamientos que concedan la máxima importancia a los principios formales. No es pacífica la aceptación de la posibilidad de introducir, en virtud de una ponderación, excepciones en las reglas. No obstante, suele estimarse que las reglas jurídicas son susceptibles de excepciones, con posiciones diversas en cuanto a la justificación y el alcance de estas excepciones, lo cual no puede ser examinado en este trabajo. Pero incluso quienes consideran lícito el reconocimiento de excepciones a las reglas sostienen que para hacerlo se requiere de la concurrencia, en el caso concreto, de razones de mucho peso, cuya preponderancia ha de ser medida no solo frente al bien material contrapuesto, resguardado por la regla (la libertad personal en el ejemplo señalado), sino además frente a un conjunto integrado por el bien material y por el principio formal de observancia de las normas legítimamente establecidas.[18]

De ahí que las disposiciones constitucionales concernientes al modo en que es lícito intervenir en algún derecho deban ser tomadas muy en serio. El intérprete no debe sustituir al constituyente ni desplazar sus determinaciones y valoraciones por las propias. Esto comprende tanto la franca admisión de una excepción a alguna regla constitucional como el soslayamiento velado de su alcance, mediante interpretaciones que desfiguren o desnaturalicen la regulación constitucional, con el pretexto de evitar consecuencias supuestamente indeseables que se derivarían de una aplicación cabal de la disposición.

## 2.4. Examinar las colisiones con el prisma del sistema democrático

Al afrontar colisiones constitucionales es preciso considerar la repercusión que en ellas puedan tener los principios democráticos. Ello porque la democracia es el sistema político-constitucional en cuyo seno las colisiones se suscitan, el cual en algunos casos no será indiferente ante el conflicto y favorecerá una solución determinada.

El examen de las limitaciones a los derechos, y de las colisiones subyacentes, incorporando el parámetro de la compatibilidad con la democracia ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. No entraremos en el análisis de los particulares aportes derivados de la actuación de estas instancias,[19] pero conviene señalar que ellos

[18] Ibídem.

[19] Respecto de los principales pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase Casal: o. cit., pp. 86 ss.; en cuanto al sistema europeo véase F. Jacobs y R. White:

se resumen en la exigencia de que las restricciones a los derechos humanos tengan justificación en una sociedad democrática. Lo anterior es extensible a las colisiones constitucionales, no solo por influencia de estos tratados y de la jurisprudencia mencionada, sino también en virtud de la opción constitucional por la democracia, con todas sus manifestaciones y consecuencias. Así, pues, la identificación del punto de armonización entre los bienes en conflicto ha de tener en cuenta la significación democrática de las posiciones enfrentadas.

Ello no implica una reinterpretación general y abstracta del catálogo de derechos a la luz de los principios democráticos, que conduzca a una gradación o jerarquización de los derechos reconocidos. Tampoco supone fijar un punto de partida favorable para los derechos directamente asociados a la democracia, como la libertad de expresión, el derecho de asociación y de manifestación o la participación política. El prisma democrático con el cual las colisiones constitucionales pueden ser evaluadas se traduce en que la ponderación entre los bienes correspondientes no ha de desconocer la posible trascendencia democrática de las vías consideradas para componer el conflicto suscitado.

El ámbito en el que la incidencia de este control o test democrático se hace más visible es el de la libertad de expresión e información y sus tensiones con el derecho al honor y el derecho a la vida privada, o con otros bienes jurídicos. También ha tenido aplicación en relación con restricciones del derecho de asociación y manifestación y del derecho de participación en los asuntos públicos. Además, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cláusula de la sociedad democrática comprende la preservación del pluralismo y de la tolerancia, por lo que la protección de minorías de diversa índole y el respeto de opciones de vida distintas a las prevalecientes en la sociedad adquieren una importancia que se proyecta sobre el ejercicio del conjunto de los derechos, incluyendo a los que amparan la autonomía privada.

## 3. La reciente jurisprudencia constitucional sobre las colisiones constitucionales

En sentencias recientes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se aprecia la inclinación a abordar de manera más explícita y frontal que en el pasado problemas relativos a colisiones constitucionales. Con anterioridad dicha Sala había tenido que resolver conflictos entre bienes jurídicos, pero no se había hecho patente la conciencia sobre la existencia de una colisión normativa, eventualmente de una colisión constitucional, ni sobre el proceso de ponderación que su resolución comporta. Seguidamente se examinarán tres importantes decisiones de la Sala Constitucional que representan un intento, en buena medida fallido, de tratar y dirimir adecuadamente las colisiones constitucionales advertidas.

---

*The European Convention on Human Rights,* Oxford: Clarendon, 1996, pp. 306 ss.

## 3.1. Libertad personal, flagrancia y delitos de género

Un pronunciamiento de la Sala Constitucional que incursionó en el examen de colisiones constitucionales es el relativo a la interpretación del concepto de flagrancia en los delitos ligados a la violencia doméstica, que la sentencia denomina *delitos de género.*[20] La interpretación flexible del concepto de flagrancia que la sentencia propugna fue fundamentada, como veremos, acudiendo a una ponderación entre el derecho a la libertad personal del posible agresor de una mujer y los derechos de esta potencialmente afectados.

El punto en discusión era si el supuesto especial de la flagrancia, único en el que la Constitución venezolana permite una detención sin orden judicial (artículo 44.1), debía tener una significación distinta a la usual en los casos de los delitos de género. La jurisprudencia de la Sala Constitucional había abierto ya una puerta a la modulación del concepto de flagrancia en función de la naturaleza del delito cometido, pues en relación con los delitos ligados al tráfico de drogas había declarado que no es imprescindible la percepción directa de la comisión del delito o de circunstancias concomitantes que lo rodeen (flagrancia y cuasiflagrancia), sino que es suficiente la seria sospecha, basada en indicios, de que el tráfico ilícito de esas sustancias se está produciendo.[21]

En lo concerniente a los delitos de género la Sala determinó, a partir de la afirmación un tanto apodíctica de que si se exigiera siempre una prueba directa para el arresto policial en los casos de delitos de género estos quedarían impunes, que el concepto de la flagrancia debía ser matizado, de modo que la concurrencia de variados indicios, sumados a la afirmación de la víctima, bastaría para configurar la flagrancia y autorizar a la policía para detener sin orden judicial al implicado.

Dejando de lado otras consideraciones, es digna de análisis la argumentación seguida por la sentencia para sustentar esa conclusión. Como premisa fundamental para apoyar la ductilidad del concepto de flagrancia la Sala Constitucional invoca una opinión según la cual en el Estado social de derecho los derechos de la colectividad están por encima de los derechos individuales, por lo que "Ante la relevancia y la enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos derechos humanos individuales"; la lucha contra el "mal social" ocasionado por dichos delitos tendría fundamento constitucional. Esta opinión se corresponde con una sentencia previa de la Sala en la cual se había examinado la noción de Estado social de derecho contenida en la Constitución (artículo 2) y se había sostenido que en el Estado social venezolano se "antepone el bien común [el interés general] al particular" y los "derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos".[22] La Sala Constitucional se apoya en estos postulados para atribuir una posición preferente al combate contra el "mal social" derivado de los delitos de género.

---

[20] Sentencia de la Sala Constitucional n.º 272/2007, del 15 de febrero.
[21] Sentencia de la Sala Constitucional n.º 2580/2001, del 11 de diciembre.
[22] Sentencia de la Sala Constitucional n.º 85/2002, del 24 de enero.

Después de sentar esta discutible premisa, la sentencia señala:

> […] el test de la razonabilidad y de la proporcionalidad es el punto de apoyo de la ponderación entre bienes jurídicos de rango constitucional […] Trasladadas estas nociones a los delitos de género, la concreción del test de la razonabilidad y de la proporcionalidad implica que el fin constitucional (la protección de las mujeres víctimas de la violencia de género) solo puede ser logrado de forma efectiva, en lo inmediato, mediante las medidas cautelares de protección, entre ellas, la detención del agresor cuando es sorprendido in fraganti; pero determinar si esta medida cautelar de protección es la menos gravosa no puede ser hecha exclusivamente desde la óptica del agresor, que pretende el derecho a la libertad personal estipulado en el artículo 44 de la Constitución; sino también desde la óptica de la mujer víctima, que invoca su derecho a la vida libre de violencia con fundamento en los artículos 55 y 22.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Solo de este modo la ponderación de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto adquiere una dimensión real en el ámbito del juzgamiento de los derechos constitucionales en conflicto, recayendo en el juez la responsabilidad de ponderar los aludidos bienes jurídicos, y de aquilatar la efectividad de la medida positiva de protección.[23]

Este razonamiento merece serias objeciones. Aspira presentarse como ejercicio de una labor de ponderación entre bienes constitucionales, a pesar de que las condiciones básicas para efectuar una ponderación racional resultan de entrada negadas o cercenadas. En primer término, la ponderación queda inmediatamente planteada y resuelta de manera abstracta y apriorística por la sentencia, pues se afirma axiomáticamente la superioridad de los derechos de la colectividad sobre los derechos individuales y se adscribe la posición de la mujer agredida al primero de ellos, con lo cual la libertad personal del supuesto agresor es relegada a un segundo plano. No es posible tratar racionalmente las colisiones constitucionales si estas pretenden ser solucionadas en forma laxa con base en la supuesta primacía general de una de las posiciones enfrentadas. Además, la tesis de que los derechos de la colectividad prevalecen sobre los derechos individuales no encuentra asidero en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales del concepto del Estado social de derecho en otros ordenamientos. Aceptarla, con el alcance que la sentencia otorga a la noción de derechos de la colectividad, conduciría a la relativización o disolución de los derechos fundamentales.

Según la concepción hoy dominante de la democracia, esta no puede estar divorciada de la protección de esferas de libertad que son definidas justamente como conquistas o "triunfos"[24] frente a los intereses que la colectividad o el Estado invoquen como prioritarios. El interés o derecho revestido con el ropaje de lo colectivo no resulta solo

[23] Sentencia de la Sala Constitucional n.º 272/2007, del 15 de febrero.

[24] Siguiendo la difundida expresión de Ronald Dworkin recogida en su obra *Los derechos en serio,* Barcelona: Ariel, 1984, p. 37.

por ello preferente frente a un interés o derecho individual; en caso de colisión, ambos deben medirse con arreglo a parámetros racionales que aseguren que cada uno sea considerado apropiadamente, lo más ampliamente posible, teniendo muy en cuenta las circunstancias en las que surge la colisión. A igual conclusión se arriba desde los postulados de la democracia constitucional, que lo es, básicamente, porque se garantizan derechos fundamentales cuya existencia no puede ser desconocida por la voluntad de la mayoría.

La sentencia es, pues, confusa y contradictoria cuando intenta efectuar una ponderación entre derechos después de haber establecido la prevalencia general de uno de los intereses en conflicto. De acuerdo con el párrafo antes reproducido, la ponderación se suscita entre derechos constitucionales, los de la víctima, por un lado, y los del supuesto agresor, por el otro, pero previamente la persecución de los delitos de género, como interés colectivo, había sido considerada prioritaria.

Nótese que los argumentos traídos a colación por la sentencia para fundamentar su postura conducirían a la subordinación de los derechos humanos a los intereses estatales referidos a la persecución del delito, ya que la necesidad de evitar el "mal social" derivado de "ciertos delitos" justificaría postergar "algunos derechos humanos individuales" aunque no los "derechos humanos absolutos". Este abordaje del conflicto entre bienes constitucionales vinculado a la lucha contra la criminalidad es francamente erróneo. El combate de hechos delictivos por las autoridades es en principio un interés legítimo que puede sustentar la limitación de un derecho fundamental, pero la sola invocación de las consecuencias sociales nocivas que una actividad delictiva probablemente acarree no basta para negar las posiciones individuales, amparadas por derechos fundamentales, que estén en juego. La alusión en este contexto a los "derechos humanos absolutos" confirma, en lugar de disipar, la preocupación señalada, pues pareciera que se está pensando en normas como la prohibición de la tortura, que nunca serían desplazadas por el interés público mencionado, de lo cual sería posible inferir que otros derechos individuales esgrimibles frente al poder persecutor y punitivo del Estado quedarían de plano desplazados.

Es preciso observar, en segundo término, que el intento de aplicar el principio de proporcionalidad a la situación examinada fracasa tan pronto se afirma en la sentencia que, al determinar si existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad personal, no ha de tenerse en cuenta solamente la óptica del agresor, sino también la de la víctima. El juicio de proporcionalidad de restricciones o intervenciones en derechos fundamentales se realiza a partir del derecho fundamental afectado y desde esta perspectiva ha de evaluarse la segunda de las manifestaciones de la proporcionalidad, esto es, la estricta necesidad de la restricción o intervención o la inexistencia de una medida alternativa menos gravosa. Decir que también ha de hacerse este examen desde la perspectiva del bien jurídico cuya protección es invocada para justificar la injerencia estatal es un contrasentido. Este bien jurídico ha de ser apreciado en el tercer escalón del juicio indicado, correspondiente a la proporcionalidad en sentido estricto.

Un problema adicional soslayado por la decisión judicial se relaciona con el deber de respetar los principios formales que estaban involucrados en la colisión. La sentencia reconoce un conflicto entre los derechos del supuesto agresor y los de la víctima, pero

no señala que la norma según la cual la detención de una persona sin orden judicial solo es lícita en caso de flagrancia es una regla o disposición normativa clara y terminante, que no puede ser considerada en una ponderación del mismo modo que las normas en las cuales se consagra genéricamente algún derecho, frecuentemente denominadas *principios.* Tal como se dijo, las reglas son, al menos prima facie, resistentes a toda ponderación, pues deben ser cumplidas cabalmente. La posibilidad de introducir excepciones en las reglas jurídicas solo sería admisible, en todo caso, cuando un principio contrapuesto prevalezca tanto sobre los principios formales que exigen el respeto a las determinaciones normativas establecidas por la autoridad legítima como sobre el principio material que soporte la correspondiente regla (la libertad personal, en lo que atañe al requisito de la flagrancia). Si bien es cierto que la sentencia no se refiere a la introducción de una excepción en la exigencia formulada por el artículo 44.1 de la Constitución, sino a una reinterpretación o "reconceptualización" de la noción de flagrancia, el resultado al que se llega equivale a una excepción, a pesar de lo cual la Sala Constitucional obvió los pasos racionales esbozados.

Por tanto, sirviéndose de una argumentación y una ponderación frágiles y contradictorias, la sentencia arriba a una conclusión muy discutible, que relativiza el alcance de una regla constitucional establecida en defensa de la libertad personal y abre aún más la puerta a ulteriores modulaciones o extensiones del concepto de flagrancia que terminen vaciando de contenido normativo una exigencia fijada en ejercicio del poder constituyente.

### 3.2. Inhabilitaciones políticas y conflictos entre intereses colectivos e intereses particulares

En la sentencia antes comentada ocupó un papel central en la ponderación la supuesta superioridad de los intereses, bienes o derechos colectivos sobre los particulares o individuales. Ya en decisiones previas de la Sala Constitucional tal criterio había sido enunciado y alcanzó una clarísima expresión en el reciente pronunciamiento de dicha Sala referido a las inhabilitaciones políticas acordadas por el contralor general de la República.[25] La temática de estas inhabilitaciones políticas y de su tratamiento por la jurisprudencia constitucional tiene numerosas aristas jurídicas que en buena medida escapan al objeto del presente estudio. Solo interesa poner de relieve los argumentos de la decisión concernientes a las situaciones de conflicto entre intereses colectivos e intereses individuales.

En su sentencia la Sala Constitucional intentó desmontar los alegatos de inconstitucionalidad aducidos contra las inhabilitaciones acordadas por el contralor mediante una interpretación —más que discutible— de los artículos 42 y 65 de la Constitución, que los hacía compatibles con tales medidas, y luego pasó a considerar la posible incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 23.2 de esta Convención señala taxativamente las razones que pueden fundamentar la limitación de

[25] Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1265/2008, del 5 de agosto.

los derechos consagrados en el artículo 23.1, y entre ellas no se encuentra la que habría sustentado la determinación administrativa de aquella autoridad. Para superar esta objeción la sentencia acudió a una interpretación literalista, en virtud de la cual el artículo 23.2 no aludiría a las causales de restricción sino a las de reglamentación de los derechos enunciados en el primer párrafo del artículo 23 de la Convención. Según la decisión, los artículos 30 y 32.2 de la Convención permitirían la introducción de restricciones aun en supuestos distintos a los previstos en el artículo 23.2.

Salta a la vista el artilugio empleado por la sentencia para hacer decir a la Convención lo que esta en modo alguno dispone, contrariando reglas básicas hermenéuticas, según las cuales no cabe la interpretación extensiva, flexible o elástica de normas limitativas de derechos. Tal vez por la falta de solidez de esta vía argumental es que la sentencia terminó aludiendo a una eventual colisión entre la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que pretendió ser resuelta apelando a la supuesta subordinación de los intereses individuales a los colectivos. El artículo 23 de la Constitución establece la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, en la medida en que sus normas sean más favorables a las de la Constitución y leyes internas, ante lo cual la Sala Constitucional se planteó este interrogante: "¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más 'favorable' que la normativa constitucional interna?". La respuesta de la Sala Constitucional a esta pregunta es también relevante, y criticable, desde la perspectiva de las relaciones entre el derecho interno venezolano y el derecho internacional de los derechos humanos, pero esta vertiente de la decisión será dejada de lado para circunscribirnos al razonamiento de la Sala relativo a la resolución de colisiones entre derechos o principios de significación constitucional, bajo la dicotomía entre el bien o interés individual y el bien o interés colectivo, con la particularidad de que en este caso una de las normas en conflicto está contenida en un tratado internacional con jerarquía constitucional.

El interrogante citado procuró despejarse recurriendo al proyecto político o ideológico subyacente a la Constitución,[26] y en tal sentido la sentencia sostuvo:

> Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

[26] Al respecto la Sala invocó lo ya afirmado en su sentencia n.º 1309/2001, del 19 de julio: "En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado".

De esta forma se procura conectar los artículos 30 y 32.2 de la Convención, referidos a las restricciones admisibles a los derechos allí reconocidos, con la tesis de la superioridad de los intereses colectivos sobre los individuales, la cual se apoyaría en el concepto de un Estado social de derecho y de justicia contrapuesto al Estado liberal. Este criterio es reafirmado por la sentencia cuando examina la compatibilidad entre las señaladas facultades del contralor y otros instrumentos internacionales invocados por los accionantes:

> […] es inadmisible la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 eiusdem); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e "imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley" (art. 289.3 eiusdem). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.

Nuevamente la jurisprudencia constitucional opta por zanjar irracional o ideológicamente la colisión entre bienes constitucionales. Nada en la Constitución brinda respaldo, por lo demás, a estas aseveraciones de la sentencia. El Estado social de derecho en modo alguno renuncia a la defensa de la libertad y de los intereses subjetivos o individuales, sino que los complementa con la previsión de títulos de intervención del Estado en la vida social y económica dirigidos a procurar el disfrute efectivo de esos derechos, así como condiciones dignas de vida para todos. Bajo esta forma de Estado la realización de estos fines sociales no pretende hacerse a expensas de los primeros, sino con el más estricto respeto a los intereses subjetivos, especialmente cuando están amparados por derechos fundamentales.

La alusión constitucional a un Estado social de derecho y de justicia no puede desnaturalizar o adulterar la definición del Estado como un Estado de derecho, destinado a la protección de la libertad y dignidad humanas, como puede colegirse de los artículos 2 y 3 de la Constitución. También en el Estado constitucional venezolano el principio o punto de partida para el examen de colisiones entre derechos fundamentales e intereses colectivos es la afirmación de la libertad como la regla y de la limitación como la excepción, tal como se desprende del reconocimiento del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en el artículo 20 de la Constitución. De ahí que la preponderancia, en una situación determinada, de un interés colectivo

sobre otro individual tutelado por un derecho fundamental no pueda derivarse simplemente de su índole pública o colectiva, sino que debe apoyarse en razones adicionales que justifiquen restringir un derecho que prima facie está llamado a desplegarse sin cortapisas.

A la luz de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que ha debido tener presente la sentencia comentada es la gravedad, en clave democrática, de la decisión administrativa de inhabilitación adoptada por el contralor. En un sistema y en una sociedad democráticos todo intento de afectar las posibilidades de manifestación de los ciudadanos en los procesos electorales, como máxima expresión de la soberanía popular, ha de quedar sometido a un severo escrutinio.

La lucha contra la corrupción, como finalidad pública lícita, no puede llevarse a cabo desconociendo los derechos humanos, que es en definitiva lo que plantea la sentencia cuando descarta su violación aduciendo la superioridad de ese interés colectivo. Es muy fácil para el Estado invocar intereses colectivos para fundamentar su actuación y ello en modo alguno justifica un desplazamiento o eclipsamiento de los derechos humanos. Por el contrario, el reconocimiento y la protección nacional e internacional de estos derechos surge del convencimiento de que es necesario fijar límites a la intervención estatal en la esfera subjetiva de las personas, en orden a preservar sus libertades básicas. Tales derechos no pretenden, al menos como regla general, imponerse incondicionalmente, por encima de cualquier otra consideración, incluyendo a los intereses colectivos, pues suelen admitir restricciones legales, pero estas se encuentran sujetas a una exigencia y carga de justificación que recaen sobre el Estado.

### 3.3. Libertad religiosa y de conciencia y derecho a la vida

Otra aproximación de la jurisprudencia constitucional al tema de las colisiones constitucionales digna de mención se refiere a la solicitud de revisión presentada contra una sentencia confirmatoria de la orden de realizar una transfusión sanguínea a una niña de 12 años de edad, quien por motivos religiosos se había rehusado, al igual que su madre, a la aplicación de ese tratamiento. En este caso quedó planteado, como lo afirmó la Sala Constitucional, un conflicto entre el derecho a la vida de la niña, por un lado, y su libertad religiosa y de conciencia, por el otro, a lo que se suman derechos asociados de los padres.[27] No es nuestro propósito entrar en los pormenores de la situación examinada por dicha Sala ni abarcar todos los aspectos de su sentencia. Lo relevante en el marco de este trabajo es examinar el modo en que intentó solventarse tal colisión.

La sentencia acierta al poner de relieve la significación constitucional de la libertad religiosa y la importancia que tiene en el caso considerado la libertad de conciencia y, en particular, la objeción de conciencia. Después de analizar la regulación de ambos derechos contenida en los artículos 59 y 61 de la Constitución y de prestar atención a los límites que estos fijan, la Sala Constitucional señala que la negativa de una persona que profese las creencias de los testigos de Jehová, o de otra religión de exigencia similar, a

[27] Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1431/2008, del 14 de agosto.

recibir una transfusión sanguínea se encuentra comprendida por el radio protector de esos derechos, bajo la modalidad de la objeción de conciencia, dentro de los linderos indicados. Hasta aquí no habría nada que objetar. Los problemas comienzan cuando se afirma que al definir dicho radio protector deben ser observados los límites derivados del resto de la Constitución, como el resultante del derecho a la vida consagrado en su artículo 43.[28]

Con esta acotación pareciera que la sentencia pretende excluir todas aquellas situaciones en las que corra peligro la vida del objetor del ámbito protegido por los artículos 59 y 61, lo cual no está en consonancia con los pasos metodológicos que deben darse al medir la licitud de restricciones o intervenciones en derechos fundamentales, ya que no es correcto tratar apriorísticamente en la fase de delimitación de la esfera subjetiva amparada por un derecho fundamental los posibles supuestos de colisión entre derechos o bienes constitucionales. En otras palabras, la colisión no puede ser soslayada argumentando que el derecho fundamental invocado no comprende conductas o actuaciones contrarias a otro bien constitucional, sino que debe ser encarada de manera detenida y racional.

La propia decisión tácitamente lo admite, pues a pesar de haber hecho tal afirmación procede luego a efectuar una ponderación entre la libertad religiosa y de conciencia y el derecho a la vida. Tal ponderación condujo en el caso concreto a declarar la precedencia de este último derecho, por lo que no se estimó abiertamente contraria a la Constitución la sentencia que a su vez había denegado la acción de amparo interpuesta contra la orden de transfusión. Esta conclusión luce plausible a la luz de las circunstancias del caso, pero resulta objetable el camino argumental seguido para sustentarla.

La decisión apunta en la dirección apropiada cuando asevera que, "aunque en abstracto ambos derechos gozan de la misma jerarquía constitucional, es en el ámbito fáctico donde procede hacer la ponderación para armonizar la vigencia simultánea de ambos derechos". Ello se ve reflejado en la preocupación de la Sala Constitucional por dejar a salvo la posible existencia de tratamientos alternativos a la transfusión sanguínea que preserven la vida de creyentes de los testigos de Jehová cuando estos se nieguen a recibir dicha transfusión por motivos religiosos o de conciencia. Sin decirlo expresamente, aquí la sentencia razona desde el parámetro de la necesidad como condición de licitud de toda limitación o injerencia en un derecho fundamental. Igual significación posee la alusión de la decisión al deber del médico tratante de remitir al paciente a otro especialista cuando este disponga de un tratamiento alternativo.

Pero el resto del pronunciamiento se aboca a una ponderación abstracta entre los derechos involucrados, de la cual sale favorecido el derecho a la vida. Ello porque "si se

[28] La Sala Constitucional aseveró: "En todo caso, visto que los límites a la objeción de conciencia se refieren en general a su incidencia sobre terceros, a excepción de que con ella se afecte la personalidad del objetor; sin duda alguna, forma parte del radio de acción de dicho derecho la posibilidad de objetar la conciencia de forma que incida sobre la integridad personal del objetor, siempre y cuando dicha objeción no rebase los límites que surgen del enunciado específico de dicho derecho, a saber: que afecte la personalidad al objetor y que impida a otros el cumplimiento de la ley; así como los límites que nacen de la incardinación de este derecho con el resto del enunciado constitucional, especialmente, con el derecho a la vida, contenido en el artículo 43".

encuentra en riesgo la vida del objetor el conflicto alcanza una trascendencia social". En este sentido la Sala Constitucional afirma que, "aunque la libertad religiosa posee un peso específico en la estructura constitucional, nuestro patrón cultural identifica como capital el respeto y el fomento del derecho a la vida". La preferencia que confiere la Sala a una aproximación abstracta al problema queda confirmada por la aseveración de que "siempre cuenta con mayor valor jurídico la preservación de la vida que la libertad de conciencia; y ante semejante conflicto es menester respetar la jerarquía de los derechos en conflicto y salvaguardar el derecho de mayor entidad".

No se cuestionan estas y otras consideraciones de la sentencia que subrayan la significación especial del derecho a la vida, el cual, ciertamente, además de ser un derecho subjetivo posee una dimensión objetiva —como todos los derechos fundamentales, de lo cual la Sala Constitucional parece no ser consciente— y se erige en valor superior del ordenamiento jurídico. El peso abstracto de un derecho puede tener repercusión en la ponderación. Sin embargo, han debido examinarse con mayor detenimiento, para ser incluidas ampliamente en la ponderación, las circunstancias específicas del caso que inclinasen la balanza a favor del derecho a la vida, tales como las referidas a la certeza o inminencia de la ocurrencia de un resultado contrario a la vida del paciente o a la insuficiencia de los tratamientos alternativos.

La senda abstracta seguida por la sentencia se hace patente en la afirmación general según la cual el derecho a la vida es "un derecho que merece protección absoluta aun en contra del titular, por lo que la transfusión de sangre en contra de la voluntad del paciente tiene respaldo constitucional tras el acto de ponderación entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa realizada por esta Sala en el presente fallo". En su afán por proporcionar a la decisión tomada una fundamentación lo más abstracta posible, la Sala pisa un terreno sumamente polémico, al aseverar que el derecho a la vida merece protección absoluta aun en contra de su titular.

Es indudable que el derecho a la vida merece protección del Estado, pero es muy discutible que esta tenga carácter absoluto, es decir, que se imponga frente a cualquier otra consideración y en toda circunstancia. Son variadas las situaciones que cabría mencionar en las cuales la obligatoriedad o el alcance de esa protección resultaría dudoso. Así, piénsese en el conflicto que puede suscitarse entre el derecho a la vida de una mujer embarazada y el derecho del ser que ella lleve en su vientre, cuando médicamente se estime que para asegurar la vida de la primera hay que prescindir del segundo. La madre podría estar en desacuerdo con el correspondiente tratamiento o intervención, sobre todo si el nasciturus ha alcanzado un nivel de desarrollo que le permita sobrevivir fuera del seno materno, pero el supuesto mandato de protección absoluta de la vida se opondría a tal posibilidad de elección de la madre, al menos si se confiere un mayor valor a la vida actual frente a la vida potencial o en gestación.

El problema se aprecia con más claridad cuando de lo que se trata no es de contraponer una vida frente a otra en formación, sino de determinar la relevancia de una declaración de voluntad del paciente que pueda facilitar su fallecimiento. Sin entrar a examinar los supuestos de eutanasia, pueden presentarse casos en los que un paciente renuncie a tratamientos médicos extraordinarios que prolonguen artificialmente la

vida o se rehúse a ser sometido a una intervención quirúrgica que, de resultar exitosa, deteriore gravemente la calidad de vida que podrá mantener tras la operación.

No sería razonable, pues, defender una protección estatal de la vida absoluta o incondicionada, que prive de significación a la voluntad del titular del derecho. Probablemente ni siquiera la Sala Constitucional estaría dispuesta a asumir todas las consecuencias de la premisa que sentó de manera un tanto irreflexiva, y es allí precisamente donde reside el riesgo de propender a una resolución abstracta de colisiones constitucionales. Afortunadamente esas y otras aseveraciones de la decisión no fueron incluidas en los párrafos que recogió la doctrina jurisprudencial vinculante en la materia, los cuales recortaron en alguna medida el alcance que, a partir de la precedencia abstracta del derecho a la vida, podía atribuirse a algunos pasajes de la sentencia.[29]

Otro aspecto de la decisión que suscita reservas es la ausencia de consideraciones relativas al reparto constitucional de funciones entre el legislador y la justicia constitucional en la solución de colisiones como la surgida. La Sala Constitucional, reiterando una orientación característica de su jurisprudencia, procedió a fijar normas referidas a la actuación de los médicos que se encuentren en situaciones similares a la examinada, sin siquiera aludir a la necesidad de que el legislador precise la regulación aplicable, la cual debe determinar, entre otras cosas, el peso y la forma de expresión de la voluntad de los niños o adolescentes y la de sus padres o representantes legales, el modo de solventar las diferencias que puedan existir entre ellos, y la intervención pública autorizatoria que al menos como regla general pudiera exigirse para efectuar la transfusión en contra de la voluntad del paciente. Otros ordenamientos que la propia sentencia parcialmente toma como referencia jurisprudencial, como el español, han acudido a la vía legislativa para hallar soluciones apropiadas.

## 4. Reflexión final

Creemos que el anterior análisis de algunos pronunciamientos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha puesto de manifiesto los riesgos del tratamiento inadecuado de las colisiones constitucionales. En particular, demuestra la fragilidad de una aproximación exclusiva o principalmente abstracta o apriorística a dichas

[29] La Sala Constitucional resumió el contenido vinculante de la sentencia de esta forma:

"En conclusión, atendiendo a las consideraciones expuestas, el contenido decisorio vinculante de este fallo se resume en los siguientes incisos:

"1. Los médicos tratantes están obligados a respetar las convicciones de los pacientes, por lo que solo pueden válidamente transfundir hemoderivados con el consentimiento del paciente-objetor, a menos de que ante inminente peligro de muerte la transfusión de hemoderivados sea la única opción para resguardarle la vida al paciente.

"2. El paciente-objetor tiene derecho a que el médico tratante le informe debida y oportunamente sobre las posibilidades reales que existen en el país de ser tratado sin uso de hemoderivados y si el mismo está en capacidad de efectuar dicho tratamiento; en caso contrario, el paciente-objetor tiene derecho a que el médico tratante lo transfiera a otro médico en esa especialidad.

"3. Solo en casos de urgencia y de inminente peligro de muerte los niños, niñas o adolescentes podrán ser tratados con hemoderivados por los médicos sin autorización previa ninguna, si dicho tratamiento es imprescindible para preservarles la vida y si no existe en el país tratamiento médico alternativo al efecto".

situaciones. Es plausible la disposición de dicha Sala a reconocer explícitamente los conflictos entre derechos o bienes constitucionales que surjan con motivo del conocimiento de una acción o recurso, pero los equívocos observados en las sentencias comentadas hacen pertinente un llamado a la cautela, la cual ha de traducirse en la inclinación a sustentar la argumentación ponderativa en el caso concreto examinado y en las circunstancias en que la colisión queda planteada, sin perjuicio de las valoraciones abstractas que a partir de allí puedan introducirse.

Es preciso salir al paso de la tesis jurisprudencial de la prevalencia general de los intereses colectivos sobre los individuales. Ni los principios de la democracia ni los del Estado social respaldan tal concepción, que tampoco encuentra asidero en la filosofía política que soporta el Estado constitucional contemporáneo. Desde visiones liberales ha llegado a sostenerse que una libertad fundamental solo puede ser limitada para proteger otra libertad de igual género, por lo que los intereses públicos o colectivos, aisladamente considerados, no bastarían para justificar una restricción de derechos fundamentales. También se ha afirmado, desde una perspectiva moderada o equilibrada, con la cual comulgamos, que los bienes públicos o colectivos tienen sustantividad propia y que pueden fundamentar una restricción de tales derechos.[30] Lo que resultaría completamente ajeno a ese modelo de Estado sería la preponderancia general o apriorística de los intereses colectivos sobre los individuales. De allí la necesidad de emitir señales de alerta frente a la tendencia jurisprudencial esbozada, que de ser llevada a sus últimas consecuencias conduciría a la disolución de la democracia constitucional y del Estado de derecho.

[30] Véase R. Alexy: *El concepto y la validez del derecho,* Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 179 ss.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 85-95, ISSN 1510-4974

**Ruben Correa Freitas (Uruguay)***

# Perfil comparativo del sistema judicial en las constituciones uruguaya e italiana

## RESUMEN

**Se realiza un estudio comparado del sistema judicial en las Constituciones uruguaya e italiana, procurando encontrar los criterios de organización y de competencias que son comunes en ambos textos constitucionales. Especialmente se analiza cómo se asigna la función jurisdiccional a diversos órganos en los dos países. Asimismo, el estudio permite comprender cómo en el Uruguay el Poder Judicial tiene atribuida por la Constitución no solo la función jurisdiccional, sino también la función administrativa como un verdadero Poder del Estado, mientras que en Italia las competencias están repartidas entre el Ministerio de Justicia, el Consejo Superior de la Magistratura y la Corte de Casación. Por último, hay una referencia especial a las diferencias en cuanto al control de la constitucionalidad de los actos legislativos.**

**Palabras clave: Uruguay, sistema judicial, Italia, Constitución, Poder Judicial.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die Stellung der Justiz in den Verfassungen Uruguays und Italiens wird aus vergleichender Perspektive auf gemeinsame Organisations– und Zuständigkeitskriterien in den beiden Verfassungstexten untersucht. Analysiert wird insbesondere, wie in den beiden Ländern die Gerichtsbarkeit den einzelnen Organen zugeordnet ist. Die Untersuchung beleuchtet darüber hinaus die Art und Weise, in der in Uruguay die Verfassung der Justiz als wirklicher Staatsgewalt nicht nur die Gerichtsbarkeit, sondern auch Verwaltungsfunktionen zuweist, während in Italien die Zuständigkeiten auf das Justizministerium, den Obersten Magistratsrat und den Kassationsgerichtshof verteilt sind. Abschliessend wird gesondert auf die Unterschiede bei der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetzgebung eingegangen.**

**Schlagwörter: Uruguay, Rechtssystem, Italien, Verfassung, Justiz.**

---

* Decano y profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa. Profesor agregado de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Escuela de Policía. ‹correafreitas@ude.edu.uy›

**ABSTRACT**

**A comparative study is carried out of the judicial systems in the Uruguayan and Italian Constitutions, with the purpose of finding the criteria of organization and jurisdiction that are common to both constitutional charters. The way of vesting the jurisdictional functions in several bodies, in both countries, is especially discussed. Likewise, the study allows an understanding of how in Uruguay the Constitution grants the Judicial Power jurisdictional and administrative roles as a real power of the state, while in Italy competence is distributed between the Ministry of Justice, the Higher Judicial Council and the Court of Cassation. Lastly, there is a special reference to the differences concerning the control of unconstitutionality in legislative acts.**

**Key words: Uruguay, court system, Italy, Constitution, judiciary.**

## 1. Generalidades

El Poder Judicial en la República Oriental del Uruguay fue estructurado por los primeros constituyentes en 1830, tomando como modelo la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y de acuerdo con la interpretación del principio de la separación de poderes que hiciera la Asamblea Constituyente francesa en 1789.

Quiere decir, pues, que el Poder Judicial uruguayo tiene un sistema orgánico, en cuyo vértice está la Suprema Corte de Justicia, con tribunales de apelaciones, juzgados letrados y juzgados de paz, que se ha mantenido prácticamente inalterable a lo largo de la historia constitucional de la República. En efecto, bajo las dos primeras constituciones, en 1830 y en 1918, el órgano supremo del Poder Judicial se denominaba Alta Corte de Justicia, mientras que a partir de la Constitución de 1934 y hasta la actualmente vigente de 1967 pasó a denominarse Suprema Corte de Justicia.

El Dr. José Ellauri, miembro informante de la comisión encargada de redactar la primera Constitución uruguaya, expresó el 6 de mayo de 1829:

> El Poder Judicial cuya completa organización se deberá a las Leyes secundarias, se ve en el Proyecto constituido en tal independencia, que ella sola basta para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las Leyes.

Pero para estudiar el Poder Judicial no solo se debe examinar su estructura orgánica, sino que es imprescindible referirse también al ejercicio de la función jurisdiccional, con la finalidad de precisar si ella está atribuida en forma exclusiva a dicho sistema orgánico o si, en cambio, hay otros órganos o sistemas orgánicos que pueden ejercer esa función.

## 2. Concepto

El Poder Judicial es el sistema orgánico que tiene a su cargo el ejercicio, en forma predominante, de la función jurisdiccional en el Uruguay. El artículo 233 de la Constitución de 1967 dice:

> El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

Quiere decir, pues, que el artículo 233 de la Constitución uruguaya tiene dos aspectos destacables: en primer lugar, atribuye la función jurisdiccional de principio al Poder Judicial, por lo que ningún órgano del Estado puede ejercerla, salvo que expresamente la Constitución lo determine; en segundo lugar, establece cuál es la organización del Poder Judicial, es decir, cómo se estructura, cuáles son sus órganos.

Ahora bien, ¿qué otros órganos o sistemas orgánicos ejercen la función jurisdiccional en el Uruguay, además del Poder Judicial?

a. En primer lugar, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, similar al Consejo de Estado en Francia y en Italia, que tiene a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional en materia contencioso-administrativa anulatoria, según lo previsto por el artículo 309 de la Constitución.
b. En segundo lugar, la Corte Electoral, que es un órgano de creación constitucional ubicado institucionalmente al mismo nivel que los clásicos poderes del Estado, cuya competencia es la justicia electoral, según el artículo 322 de la Constitución.
c. En tercer lugar, el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la justicia militar, que se ejerce por intermedio del Supremo Tribunal Militar y los juzgados militares, de acuerdo con lo previsto por el artículo 253 de la Constitución.
d. Finalmente, la Cámara de Senadores ejerce la función jurisdiccional al dictar sentencia en el instituto del juicio político, en el que se juzga la responsabilidad político-penal de los gobernantes por violación de la Constitución u otros delitos graves, contra el presidente y vicepresidente de la República, los ministros de Estado, los senadores y representantes, los miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas, de la Corte Electoral y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, los intendentes departamentales y los miembros de las Juntas Departamentales, conforme a lo dispuesto por los artículos 93, 102, 103 y 296 de la Constitución de la República.

La estructura orgánica del Poder Judicial en el Uruguay se integra con un órgano jerarca, que es la Suprema Corte de Justicia, tribunales de apelaciones —que se dividen por especialidad en tribunales de apelaciones en lo civil, en lo penal, de trabajo y de familia—, juzgados letrados y juzgados de paz.

## 3. Criterios de organización

El artículo 239, ordinal 2.º, de la Constitución uruguaya asigna como competencia a la Suprema Corte de Justicia:

> Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial.

Esta disposición constitucional lleva a una primera conclusión, que es la jerarquía de la Suprema Corte de Justicia sobre los tribunales de apelaciones, juzgados letrados y juzgados de paz. Sin embargo, esta jerarquía, que es propia del sistema orgánico centralizado, está referida exclusivamente al ejercicio de la función administrativa.

En otros términos, los tribunales y juzgados están sometidos a la jerarquía de la Suprema Corte de Justicia desde el punto de vista administrativo, porque según la Constitución es la Suprema Corte el órgano del Poder Judicial que tiene la competencia para designar a todos los jueces, así como para los ascensos, traslados, sanciones y destituciones. Es también la que tiene competencia para nombrar a los defensores de oficio y para nombrar, promover y destituir a los empleados del Poder Judicial (Constitución, artículo 239, ordinales 4.º, 5.º, 6.º y 7.º).

En el ejercicio de la función jurisdiccional, cada uno de los órganos del Poder Judicial actúa con absoluta independencia, por lo que este poder del Estado funciona como un sistema orgánico acentralizado, cuyo principio fundamental es la primacía de un órgano sobre otro y no el principio de la jerarquía, como sucede en el ejercicio de la función administrativa. La sentencia dictada por un juez de paz de una pequeña población, pasada en autoridad de cosa juzgada, tiene tanta jerarquía como una sentencia dictada por un tribunal de apelaciones o por la Suprema Corte de Justicia.

En otros términos, la Suprema Corte de Justicia no puede darle órdenes o instrucciones a un juez o a un tribunal sobre la forma en que debe instruir un asunto judicial ni sobre cómo debe resolver una contienda o un juicio que esté a su cargo. Cada juez y cada tribunal del Poder Judicial tiene la más absoluta independencia para instruir y resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, sin injerencia de ninguna otra autoridad. El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, ley n.º 15750, del 24 de junio de 1985, prescribe:

> Los miembros de la Judicatura serán absolutamente independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional e inamovibles por todo el tiempo que dure su buen comportamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución.

Este es un principio fundamental del Estado de derecho, de la efectiva vigencia y protección de las libertades públicas y de los derechos humanos. Sobre el particular, en la doctrina uruguaya enseña Couture que este concepto se denomina *competencia.*

La competencia fija cuáles son las causas asignadas a cada juez para su conocimiento. Y sin dar por admitido el conjunto de principios que regulan la competencia, no es posible percibir claramente el sentido funcional de este instituto.

> Es forzoso, pues, remitirse, por razones de método, a la idea central que caracteriza la competencia.
>
> Allí se encontrará el fundamento jurídico y político de este principio que inviste a los órganos del Poder Judicial de una especie de poder de soberanía, excluyente de toda otra intervención, en los asuntos que el sistema de la competencia les confía.[1]

## 4. Organización del Poder Judicial en el Uruguay

En cuanto a la organización del Poder Judicial, en primer lugar se encuentra la Suprema Corte de Justicia, órgano que se integra con cinco miembros, según lo dispuesto por el artículo 234 de la Constitución. Los miembros de la Suprema Corte son designados por la Asamblea General del Poder Legislativo —que es la reunión de la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes— por dos tercios del total de sus componentes. Esta designación debe realizarse dentro de los noventa días de producida la vacante. Si vence el término sin haber pronunciamiento expreso de la Asamblea General, queda automáticamente designado el miembro de los tribunales de apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo. En caso de empate en la antigüedad en el cargo, se designará al ministro que tenga más años en el ejercicio de la judicatura o del Ministerio Público y Fiscal (Constitución, artículo 236).

El artículo 237 de la Constitución establece que los miembros de la Suprema Corte de Justicia durarán diez años en sus cargos y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección. A su vez, el artículo 250 impone el cese obligatorio de todo miembro del Poder Judicial al cumplir setenta años de edad.

En segundo lugar dentro de la organización del Poder Judicial están los tribunales de apelaciones. La Constitución comete a la ley la determinación de la cantidad y especialidad de estos tribunales.

Los tribunales de apelaciones se componen de tres miembros, los que son designados por la Suprema Corte de Justicia, previa venia de la Cámara de Senadores, o de la Comisión Permanente en caso de receso parlamentario, según lo previsto por el artículo 239, ordinal 4.º). Los miembros durarán en sus cargos por todo el tiempo de su buen comportamiento, hasta el límite de setenta años de edad (Constitución, artículos 243 y 250).

En tercer lugar se encuentran los juzgados letrados, cuyo número también es fijado por ley (Constitución, artículo 244). Los jueces letrados son designados por la Suprema Corte de Justicia, por el voto de la mayoría absoluta del total de componentes

[1] Eduardo J. Couture: *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales,* t. I, Montevideo: 1936, p. 45.

del cuerpo, es decir, por tres votos conformes. Los jueces letrados con efectividad en el cargo durarán en este todo el tiempo de su buen comportamiento, con el límite de setenta años de edad (Constitución, artículos 246 y 250).

En cuarto lugar están los juzgados de paz. La Constitución prescribe en el artículo 248 que en la República habrá tantos juzgados de paz como secciones judiciales en que se divida el territorio de los departamentos. Los jueces de paz son designados por la Suprema Corte de Justicia, por mayoría absoluta del total de componentes. Los jueces de paz durarán cuatro años en el cargo y podrán ser removidos por la Suprema Corte en cualquier momento, si así conviene a los fines del mejor servicio público, según lo dispone el artículo 249 de la Constitución.

Quiere decir, pues, que en el régimen constitucional uruguayo el Poder Judicial se estructura como uno de los Poderes del Gobierno, y el órgano jerarca, que es la Suprema Corte de Justicia, tiene la potestad de designar, promover, trasladar, sancionar y destituir a todos los magistrados y funcionarios.

## 5. El Poder Judicial en Italia

A diferencia de la Constitución uruguaya, cuya sección XV se denomina "Del Poder Judicial", en la Constitución italiana de 1947 el título IV se refiere a "La Magistratura", y el artículo 101 expresa:

> La justicia es administrada en nombre del pueblo. Los jueces están sujetos solamente a la ley.

El artículo 104 de la Constitución establece:

> La magistratura constituye un orden autónomo e independiente.

En la cúspide del Poder Judicial en Italia se ubican dos órganos: el Consejo Superior de la Magistratura desde el punto de vista organizativo y la Corte de Casación desde el punto de vista funcional.

El Consejo Superior de la Magistratura es un órgano presidido por el presidente de la República. De derecho forman parte de él el primer presidente y el procurador general de la Corte de Casación. Los demás miembros son elegidos por dos tercios entre todos los magistrados ordinarios y un tercio por el Parlamento entre profesores ordinarios de universidad en materias jurídicas y abogados con quince años o más de ejercicio.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 105 de la Constitución italiana, las competencias del Consejo Superior de la Magistratura según las normas del ordenamiento judicial tienen que ver con las designaciones, las asignaciones y los traslados, las promociones y las medidas relativas a los magistrados. Las normas del ordenamiento judicial y sobre cualquier magistratura deben ser establecidas por ley, según lo prescribe el artículo 108 de la Constitución.

El artículo 107 de la Constitución consagra la inamovilidad de los magistrados y establece que el Consejo Superior de la Magistratura es el órgano competente para trasladarlos, dispensarlos o suspenderlos del servicio. Sin embargo, se otorga al ministro de Justicia la facultad de promover la acción disciplinaria. Cabe señalar que, según lo dispuesto por el artículo 106 de la Constitución de Italia, los nombramientos de los magistrados deben realizarse por concurso.

Sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución italiana asigna al Consejo Superior de la Magistratura, de acuerdo con el artículo 110 de la Constitución corresponden al ministro de Justicia la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia. En Italia hay un ministro de Justicia, que es responsable políticamente ante el Parlamento de los servicios inherentes a la jurisdicción y de los aspectos políticos de su funcionamiento.

Quiere decir, pues, que en Italia el vértice de la estructura orgánica del Poder Judicial es el Consejo Superior de la Magistratura, que tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa, sin perjuicio de las competencias del ministro de Justicia, mientras que desde el punto de vista funcional —es decir, en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional— el órgano superior es la Corte de Casación.

## 6. La jurisdicción constitucional en Italia y en el Uruguay

La jurisdicción constitucional es una de las cuestiones más debatidas modernamente en el derecho comparado, sobre todo a partir de la división entre el sistema norteamericano de control de la constitucionalidad de las leyes, que admite que cualquier juez o tribunal del Poder Judicial pueda declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo —conocido en la doctrina como *sistema difuso*—, y el sistema europeo, difundido a partir de la Constitución de Austria de 1920, que excluye del Poder Judicial la potestad de juzgar sobre la constitucionalidad de los actos legislativos y la atribuye a un órgano especial, separado e independiente, que se denomina indistintamente Tribunal Constitucional, Corte Constitucional o Consejo Constitucional —que la doctrina denomina *sistema concentrado.*

La Constitución italiana de 1947 creó en el artículo 134 la Corte Constitucional, que se integra por quince jueces, una tercera parte de los cuales son designados por el presidente de la República, una tercera parte por el Parlamento en sesión común y una tercera parte por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. De acuerdo con las leyes constitucionales reglamentarias vigentes en Italia, de los cinco jueces designados por las supremas magistraturas, tres son designados por el Tribunal de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por el Tribunal de Cuentas.

Los miembros de la Corte Constitucional italiana son designados por el plazo de doce años, se renuevan parcialmente y no son reelegibles en forma inmediata. Es incompatible el cargo de miembro de la Corte Constitucional con el de miembro del Parlamento o de un consejo regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con todo cargo y oficio indicado por la ley, según lo dispone el artículo 135 de la Constitución.

En el instituto del juicio político, también llamado *justicia política,* la Corte Constitucional se integra con dieciséis miembros más, elegidos por el Parlamento al comienzo de cada legislatura, de acuerdo con lo previsto por el artículo 135 de la Constitución italiana. Concretamente, en los juicios de acusación contra el presidente de la República y contra los ministros, la Corte Constitucional se integra con un total de 31 miembros.

En el Uruguay el juicio político está atribuido al Parlamento. Es a la Cámara de Senadores que corresponde abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Representantes o la Junta Departamental y pronunciar sentencia por dos tercios del total de sus componentes al solo efecto de separarlos de sus cargos, según el artículo 102 de la Constitución. Son sujetos pasivos del juicio político el presidente y el vicepresidente de la República, los ministros de Estado, los senadores y los representantes, los miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas, de la Corte Electoral, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los intendentes departamentales y los miembros de las juntas departamentales (artículos 93 y 296 de la Constitución).

La Constitución uruguaya de 1967 atribuye a la Suprema Corte de Justicia la competencia originaria y exclusiva para juzgar a todos los infractores de la Constitución sin excepción alguna, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 239, ordinal 1.º. La interpretación más aceptada por la doctrina constitucionalista uruguaya es que esa competencia está referida a los gobernantes separados del cargo por sentencia pronunciada por dos tercios del total de componentes de la Cámara de Senadores en el juicio político. Es necesario tener en cuenta que las causales para promover el juicio político ante el Senado son la violación de la Constitución u otros delitos graves. Quiere decir, pues, que si el presidente de la República, un ministro de Estado o un intendente son separados del cargo por la Cámara de Senadores en el trámite del juicio político, los eventuales delitos que hayan cometido en el cargo serán juzgados originaria y exclusivamente por la Suprema Corte de Justicia.

## 7. Las competencias orgánicas

Ahora bien, ¿cuál es la competencia de la Corte Constitucional? De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 134 de la Constitución italiana, la Corte Constitucional tiene competencia en las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y actos que tengan fuerza de ley, del Estado y de las regiones. También tiene competencia en los conflictos de atribución entre los poderes del Estado y los que se produzcan entre el Estado y las regiones o de las regiones entre sí. Por último, la Corte Constitucional es competente en las acusaciones promovidas contra el presidente de la República y los ministros, según las normas de la Constitución.

Cuando la Corte Constitucional italiana declara la ilegitimidad constitucional de una ley o de una norma jurídica con fuerza de ley, según el artículo 136 de la Constitución, la norma cesa de tener eficacia a partir del día subsiguiente a la publicación de la decisión. Quiere decir que la eficacia de la sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo con fuerza de ley es erga

omnes, vale para todos por igual, la norma legal declarada ilegítima desde el punto de vista constitucional queda de hecho derogada.

En el Uruguay, el modelo de control de la constitucionalidad de los actos legislativos que ha seguido la Constitución a partir de 1934 es híbrido, por cuanto se atribuye la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes al Poder Judicial, pero la competencia es exclusiva y originaria de la Suprema Corte de Justicia, según lo dispuesto por el artículo 257 de la Constitución de 1967.

Quiere decir, pues, que si bien el sistema uruguayo es judicialista —según el modelo norteamericano y de la mayoría de los países de América Latina— porque ha atribuido la declaración de inconstitucionalidad al Poder Judicial, es un sistema concentrado —de acuerdo con el modelo europeo— porque la competencia se atribuye solo a un órgano del Poder Judicial, que es la Suprema Corte de Justicia.

Los actos jurídicos que pueden ser declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia en el Uruguay son las leyes y los decretos de los gobiernos departamentales, con fuerza de ley en su jurisdicción, según lo dispuesto por los artículos 256 y 260 de la Constitución uruguaya de 1967. El Código General del Proceso prevé en el artículo 508:

> Siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley, en cualquier procedimiento jurisdiccional, se podrá promover la declaración de inconstitucionalidad.

Con esta norma legal reglamentaria se ha solucionado el problema planteado en la doctrina y en la jurisprudencia con relación a los actos jurídicos con fuerza de ley aprobados por los gobiernos de facto, golpes de Estado o dictaduras, que posteriormente han sido convalidados por los gobiernos legítimos.

En cuanto a los efectos, el fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 259 de la Constitución uruguaya. En esto se diferencia del sistema italiano, donde los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional son generales y absolutos.

Considero que el sistema europeo en materia de defensa de la superlegalidad constitucional, como es el caso de Italia, es más justo en cuanto a los efectos de la sentencia, por cuanto evita, como sucede en el caso uruguayo, que la Suprema Corte de Justicia pueda fallar en forma distinta frente a una misma ley. En efecto, se ha dado en la práctica que una ley haya sido declarada inconstitucional y más adelante sea declarada constitucional, cuestión que depende de la integración del máximo órgano del Poder Judicial. Esta situación viola claramente el principio de igualdad al que tienen derecho todos los habitantes de la República, porque, como el fallo solo tiene efectos en el caso concreto, es posible que una persona perjudicada en su interés legítimo por una ley obtenga de la Suprema Corte de Justicia la declaración de inconstitucionalidad, mientras que otra persona en la misma situación vea rechazada su pretensión de que el acto legislativo sea declarado inconstitucional.

## 8. Conclusiones

Los fundamentos esenciales del Estado de derecho y del sistema democrático de gobierno están presenten en la organización del Poder Judicial tanto en Italia como en el Uruguay. La separación de poderes, la independencia y la inamovilidad de los jueces están reconocidas en las Constituciones italiana de 1947 y uruguaya de 1967, lo que asegura la vigencia de las libertades públicas, la afirmación y la defensa de los derechos humanos. No obstante, existen algunas diferencias importantes.

En primer lugar, corresponde destacar que la Constitución uruguaya de 1967, como todas a partir de 1830, denomina a la sección XV "Del Poder Judicial", y el artículo 233 prescribe que el Poder Judicial sea ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los tribunales y juzgados en la forma que la ley establezca. Esta denominación expresa del Poder Judicial como uno de los poderes del Estado o uno de los poderes del Gobierno no se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en el título IV se refiere a "La Magistratura" y en el artículo 101 establece que "la justicia será administrada en nombre del pueblo".

En segundo lugar, la Constitución uruguaya crea un único sistema orgánico para el Poder Judicial y asigna al órgano jerarca la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los tribunales, juzgados y demás dependencias del Poder Judicial (artículo 239, ordinal 21). En la Constitución italiana, en cambio, el Consejo Superior de la Magistratura, presidido por el presidente de la República, está a la cabeza del Poder Judicial desde el punto de vista orgánico, hay una Corte de Casación que preside el Poder Judicial desde el punto de vista funcional y un Ministerio de Justicia, responsable políticamente ante el Parlamento. En el Uruguay los jueces son designados, trasladados, promovidos, sancionados y destituidos por la Suprema Corte de Justicia, a excepción de los miembros de esta, quienes son designados por los dos tercios de la Asamblea General. En Italia los jueces son designados, trasladados, promovidos, sancionados y destituidos por el Consejo Superior de la Magistratura.

En tercer lugar, en las Constituciones italiana y uruguaya se prevén jurisdicciones especiales, en forma separada e independiente del Poder Judicial. En Italia, según el artículo 103 de la Constitución de 1947, constituyen jurisdicciones especiales el Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa, el Tribunal de Cuentas, los tribunales militares y la Corte Constitucional creada por los artículos 134 a 137. En el Uruguay constituyen jurisdicción especial el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, la jurisdicción militar a cargo del Poder Ejecutivo y el juicio político a cargo de la Cámara de Senadores, según lo dispuesto por los artículos 309, 322, 253 y 102 de la Constitución de 1967.

En cuarto lugar, la jurisdicción constitucional está confiada en Italia a la Corte Constitucional, que es un órgano independiente y separado del Poder Judicial, cuyas sentencias tienen efectos generales y operan como una verdadera derogación de la ley o de la norma con fuerza de ley, mientras que en el Uruguay la declaración de inconstitucionalidad de las leyes está a cargo de la Suprema Corte de Justicia, que es el órgano jerarca del Poder Judicial, y el fallo solo tiene efectos en el caso concreto.

En quinto lugar, el juicio político al que se somete a determinados jerarcas de gobierno, como es el caso del presidente de la República y los ministros de Estado, está a cargo de la Corte Constitucional en Italia, mientras que en el Uruguay la competencia está asignada a la Cámara de Senadores.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 97-108 ISSN 1510-4974

**Roberto Islas Montes (México)***

# Sobre el principio de legalidad**

## RESUMEN

**El principio de legalidad como principio fundamental está para intervenir cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Controla la aplicación de normas adjetivas y sustantivas. Se enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. Establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo. Verifica la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley y la Constitución. En el Poder Ejecutivo y Judicial la aplicación del principio debe ser total porque estos son los encargados de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. En el Poder Legislativo es determinante su estricta aplicación porque de ello depende la validez de su creación.**

**Palabras clave:** **poderes del Estado, principio de legalidad, garantías constitucionales, México.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Das Legalitätsprinzip kommt als wesentlicher Grundsatz zur Anwendung, wenn der Staat gegenüber den von seinen Handlungen Betroffenen in nicht gerechtfertigter Weise von der Legalität abweicht. Es kontrolliert die Anwendung von materiellen und Verfahrensnormen, befasst sich mit Fragen der Zuständigkeit und Gesetzmässigkeit und ist teils statisch, teils dynamisch. Es legt fest, wer eine Handlung vornehmen darf und wie das geschehen muss, und stellt das gesetzeskonforme Vorgehen der Behörde und die Konformität der Ergebnisse der Handlungen mit Gesetz und Verfassung fest. Das Prinzip muss in Exekutive und Justiz ausnahmslos angewendet werden, da es diesen beiden Gewalten obliegt, die verfassungsmässige Ordnung des Staates und der darauf beruhenden Gesetze zu sichern bzw. für ihre Sicherung zu sorgen. Im Fall der Legislative ist seine strikte Anwendung insofern entscheidend, als davon die Gültigkeit ihrer Gesetzgebung abhängt.**

**Schlagwörter:** **Staatsgewalten, Legalitätsprinzip, verfassungsrechtliche Garantien, Mexiko.**

---

* Catedrático en la Universidad Autónoma de Querétaro. ‹puelo888@hotmail.com›

** La idea central de este trabajo surge a raíz de la lectura de la obra de Karla Pérez Portilla referente al principio de igualdad, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en preparación de una discusión que sostendríamos sobre dicho principio en una sesión del doctorado.

**ABSTRACT**

**The principle of legality is a fundamental principle intended to be followed when there is no application of the principles of law by the State affecting the governed, the application of procedural and substantive legal rules is also controlled by this principle. It is focused on competence and legality and it is partly static and partly dynamic. It states who is in charge of an act and the way to do the act. This principle verifies that the acts of authorities and their results are in agreement with the law and the Constitution. In the Executive Power and the Judiciary this principle must be fully applied because they are in charge of safeguarding the set of rules of each State and its body of laws. For the Legislative Power, the strict application of this principle is essential because the validity of its own creation depends on it.**

**Keywords: State powers, principle of legality, constitutional guarantees, Mexico.**

## 1. Introducción

El principio de legalidad es un principio fundamental. Generalmente es reconocido en los ordenamientos supremos de los diferentes Estados; ello se debe a la relación de supra/subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder. Así, este Estado moderno interviene de forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados afectando sus derechos, incluso aquellos que el subordinado tiene en la más alta estima, aquellos que son básicos para su subsistencia, porque el Estado legisla, dicta y emite actos que trascienden el estatus de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente.

El principio de legalidad está para intervenir en estas ocasiones, cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Pero ¿cuánto apego debe existir por parte de cada uno de los poderes del Estado al principio de legalidad? ¿Cuándo se considera que actúan apegados a este principio? Un esbozo de respuesta a estas preguntas ya fue formulado por Karla Pérez Portilla cuando señaló:

> […] la vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles. Así, tiene una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que en el Jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el legislativo.[1]

Evidentemente su respuesta no es cabal —porque ella no tenía estas preguntas en mente—, pero su afirmación sirve de punto de partida para buscar una respuesta más

[1] Karla Pérez Portilla: *Principio de igualdad: alcances y perspectivas,* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, III-II, p. 55.

completa; así podremos avanzar un poco más, acercarnos más a la solución del problema de la relación entre el Estado y el principio de legalidad. De esta forma, la idea central de este ensayo será la siguiente: el *principio de legalidad* relacionado con la aplicación de *normas adjetivas* rige plenamente al Poder Legislativo y Judicial, y casi plenamente al Ejecutivo; en cambio, el *principio de legalidad* relacionado con la aplicación de *normas sustantivas* no rige al Poder Legislativo, rige plenamente al Poder Ejecutivo y casi plenamente al Poder Judicial.

Claro está, para los efectos de este trabajo estamos presuponiendo que en el derecho existen dos grandes grupos de normas, las normas adjetivas y las no adjetivas, esto es, las que se refieren a procesos y procedimientos, y todas las demás; las que tienen que ver con procedimientos administrativos y con procesos y procedimientos jurisdiccionales, y las que no se refieren a ellos; las que regulan aquello que solemos llamar *formalidades esenciales del procedimiento* y las que no comprenden esas formalidades; en suma, como señalamos, las normas adjetivas y las normas sustantivas.

No es la intención en este ensayo abocarnos al estudio de esta clasificación, sino simplemente identificar el conjunto *derecho* y la división en *normas adjetivas* y *normas sustantivas* como un todo, de tal forma que podamos decir —sin sentirnos ofendidos por ello— que "el derecho es un conjunto de normas coactivas",[2] que "las normas adjetivas son el subconjunto de normas que tienen que ver con los procesos y los procedimientos" y que "las normas sustantivas son el subconjunto de normas no adjetivas".

El otro presupuesto del que partimos es que en el Estado moderno se pretende evitar el abuso del poder, por lo que la división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial es esencial:

> […] en cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil […] virtud del primero […] hace leyes […] se llama [al] […] último Poder Judicial, y al otro Poder Ejecutivo del Estado.[3]
>
> [Se establece] lo que Montesquieu entendió como un sistema de frenos y contrapesos, de tal forma que, al encontrarse dividido el poder del Estado, sea el propio poder el que detenga el poder. O sea, mediante la división se pretende encontrar un sistema interno de control de la actividad del Estado, partiendo del supuesto de que la Constitución, como norma suprema, delimita los ámbitos competenciales de los diversos órganos, de manera que ninguno de ellos esté en posibilidad de ejercer de manera absoluta el poder del Estado, y, a su vez, establece sistemas que sean susceptibles de garantizar la regularidad constitucional.[4]

---

[2] Kelsen.

[3] Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, México: Porrúa, 2001, XI-VI, p. 145.

[4] Carlos de Silva: "El acto jurisdiccional", en *Isonomía,* n.º 21, México: ITAM, octubre del 2004, p. 185.

Así, la producción del derecho, su ejecución y aplicación[5] se encuentran realizadas por poderes diversos, cada uno de ellos en las tareas propias de la división: el Legislativo produciendo leyes, es decir, expresiones normativas (las normas generales *lato sensu*), el Ejecutivo obedeciéndolas y el Judicial componiendo la norma y aplicándola al caso particular.

## 2. El principio de legalidad

El primer acercamiento que tenemos al principio de legalidad nos es natural; la razón de esto es que los fenómenos naturales que se suceden a nuestro alrededor obedecen las leyes de la naturaleza. Cuando una manzana cae al suelo simplemente está ajustando su *actuación* a la ley de la gravitación universal. Cuando hemos colocado nuestro libro favorito en el buró junto a nuestra cama, esperamos sin siquiera pensarlo encontrarlo ahí mismo al día siguiente, en el *mismo estado de reposo,* cumpliendo con una de las leyes de Newton —a menos, claro está, que actúe sobre él una *fuerza resultante* y lo mueva de ese lugar—. Cuando en la mañana, muy temprano, caliento agua para prepararme un café y le adiciono azúcar, no espero menos que este trío de *compuestos* reaccione y se ajuste a las leyes correspondientes de la química, de tal forma que el café y el azúcar se disuelvan en el agua y yo pueda saborear mi aromático café; lo que no espero es incorporar el café y el azúcar en el agua y que después de una agitación vigorosa ambos permanezcan incólumes en el fondo de la taza; lo consideraría una *violación* a alguna ley química. Siempre esperamos que las cosas que suceden naturalmente, sigan sucediendo naturalmente, sigan ajustándose a las leyes de la naturaleza, sigan *actuando* apegadas a la *legalidad natural,* como lo señaló Mario Bunge: "todo cuanto acontece satisface por lo menos una ley".[6] Este es el principio de legalidad natural; la ley rige el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la ley y nunca esperamos que el acontecimiento viole la ley; sería antinatural. Así que aprendemos de la naturaleza que todo acontecimiento natural ajusta su *actuación* al *orden legal natural.*

Ahora bien, en el mundo del derecho no ocurre lo mismo, y no ocurre porque la relación de causalidad que existe en el mundo natural no existe en el derecho. Lo que existe en el derecho es una relación de imputación, una conexión entre el acto y su consecuencia,[7] porque el mundo del derecho es un *deber ser.*

> […] el enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad.[8]

---

[5] Riccardo Guastini: "Concepciones de las fuentes del derecho", en *Isonomía,* n.º 11, México: ITAM, octubre de 1999, p. 170.

[6] Mario Bunge: *Ser, saber, hacer*, México: Paidós y UNAM, 2002, p. 16.

[7] Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa, 2007 (1960), III-18, p. 96.

[8] Ibídem, p. 91.

En términos generales, el enunciado jurídico dice que si se cumplen determinados requisitos condicionados por el orden jurídico, debe producirse determinado acto establecido por el orden jurídico.[9] En el caso particular que estamos tratando, el acto de autoridad se produce al cumplir los requisitos establecidos por el orden jurídico, y su validez está condicionada por el cumplimiento de esos requisitos a que debe sujetarse la actividad estatal para afectar algún derecho del gobernado. Ferrajoli llama a esto "la garantía política de la fidelidad de los poderes públicos" y dice que "consiste en el respeto por parte de estos de la legalidad constitucional";[10] así "cada poder público debe actuar estrictamente en su órbita de atribuciones"[11] y no en otra. Este es el principio de legalidad jurídico: la ley rige el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la ley y nunca esperamos que el acontecimiento viole la ley; sería antijurídico. De modo que entendemos que todo acto de autoridad debe ajustar su actuación al orden legal.

Rolando Tamayo y Salmorán se refiere al principio de legalidad de la siguiente forma:

> […] el principio de legalidad es presupuesto en todo el discurso jurídico, tanto en la "descripción" (textos y tratados) como en la argumentación (alegatos). El principio opera en dos niveles: descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así: (1) es regla de competencia; *i. e.*, es el derecho de un Estado […] todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica. (2) La legalidad *debe* controlar los actos de los funcionarios (*e. g.*, el exceso o desvío de poder, decisión *ultra vires*, son cuestiones jurídicas).[12]

Esto es, para un acto establecido por la ley, el principio de legalidad es regla de competencia y regla de control, dice quién debe hacerlo y cómo debe hacerlo. Por otra parte, Karla Pérez Portilla, de quien ya hemos tomado parecer, señala que "el propio principio de legalidad […] es susceptible de formulaciones diversas".[13] Según ella, "de acuerdo con Riccardo Guastini, se trata de un solo nombre para tres principios",[14] a saber: el "principio de preferencia de la ley", el "principio de legalidad en sentido formal" y el "principio de legalidad en sentido sustancial". De acuerdo con estos principios, "es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley", "es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley" y "es inválida […] toda ley que confiere un poder sin regularlo completamente".[15]

---

[9] Ibídem, pp. 90-91.

[10] Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, V-14-63-2, p. 943.

[11] Juan Colombo Campbell: "Funciones del derecho procesal constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002, p. 137.

[12] Rolando Tamayo y Salmorán: *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, México: UNAM, 2005, "Excursus II", p. 214.

[13] Pérez Portilla: o. cit., III-II, p. 58.

[14] Ibídem.

[15] Ibídem.

De esta manera, el principio de legalidad se opone a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y a los actos no regulados completamente por la ley.

Así, la formulación del principio de legalidad toma un matiz de claridad, nos enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. En su aspecto estático establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; en su aspecto dinámico, la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley. Por ello una de sus mejores expresiones es "la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite", estableciendo la competencia y el control, y la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con la ley no solo faculta sino que además vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden legal

> […] el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.[16]

Dos son los extremos que combate este principio. Por una parte se opone al irracional apego a la ley, es decir que el principio de legalidad exige la conformidad de actuación al orden normativo, pero sin que se entienda que las leyes que lo conforman son simples ecuaciones matemáticas cuyo resultado debe ser exacto, derivado de procedimientos meramente mecánicos. Por la otra, también se opone al capricho en su aplicación, porque no tolera que el humor, el antojo o el gusto de la autoridad influyan en el resultado.

Ahora bien, si por legalidad entendemos solo la conformidad con la ley, entonces no debemos confundirla con el principio de legalidad, porque la legalidad no agota el principio; estaríamos confundiendo la especie con el género. Por la misma razón, tampoco debemos confundir el principio de legalidad con la legitimidad, porque el principio de legalidad tiene que ver con la competencia y el ejercicio de facultades, mientras que la legitimidad tiene que ver con la justificación del que ejerce el poder; se refiere a "la búsqueda de un fundamento".[17] No obstante, la legalidad debe realizar cierta legitimidad.[18] Asimismo, tampoco se debe confundir el principio de legalidad con el principio de igualdad, porque este se refiere al trato igualitario que merecen todos en la ley y ante la ley;[19] en cambio, el primero se refiere al estricto apego que debe tener la autoridad en su actuación cuando afecte a un subordinado. Por último, tampoco se debe confundirlo con el principio de seguridad jurídica, porque este es género de aquel.

---

[16] Ibídem, p. 54.

[17] Rolando Tamayo y Salmorán: *Introducción analítica al estudio del derecho*, México: Themis, 2008, XIV-3-b, p. 219.

[18] Ricardo García Manrique: "Acerca del valor moral de la seguridad jurídica", en *Doxa,* n.º 26, 2003, p. 479.

[19] María José Añón: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México: Fontamara, 2001, II-3 p. 33.

Por otra parte, existe un grado de legalidad superlativo: la constitucionalidad o superlegalidad. Rolando Tamayo y Salmorán dice que "es fácil percatarse [de] que el 'principio de constitucionalidad' […] no es sino un caso especial de legalidad".[20] Esta establece la competencia y el control, y la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con el ordenamiento supremo del Estado; además, faculta y vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden supralegal, porque

> […] en un Estado de derecho moderno, no basta con la existencia de normas jurídicas y con el apego a las mismas por parte de quién(es) detenta(n) el poder político sino que es necesario, para garantizar efectivamente el imperio de la legalidad, que esas normas cuenten con una serie de características en su origen y estructura… y que sean aplicadas respetando determinados criterios […].[21]

La diferencia entre la legalidad y la constitucionalidad es que aun las leyes como actos del Estado deben adecuarse al ordenamiento supremo; así, el principio de legalidad establece que todo acto emanado del Estado se adecue a las leyes y a la Constitución, y que aun aquellos actos no subordinados a ley alguna deben adecuarse a la Constitución.

## 3. El principio en el Poder Ejecutivo

En el caso del Poder Ejecutivo, tanto las normas adjetivas como las normas sustantivas requieren de plena ejecución. Es en este poder donde la aplicación del principio debe ser total, absoluta, en estricto apego al principio; es aquí donde la mejor expresión del principio se completa, porque si "la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite", en cualquier sentido es plenaria en el Poder Ejecutivo. La razón estriba en que es el Poder Ejecutivo el encargado de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. Él tiene que cumplir tanto con las normas sustantivas como con las adjetivas, precisamente porque es el encargado de cumplir y hacer cumplir las leyes que emanen del ordenamiento supremo; entonces, realmente serán contados los casos en los que podrá tener cierto margen de apreciación en la ejecución del orden legal; fuera de esto su enfoque será la estricta legalidad.

Quizás el caso más representativo de la apreciación ejecutiva lo sea el ejercicio de facultades discrecionales, es decir, si generalmente el Poder Ejecutivo actuará apegándose a la legalidad, tratándose de facultades discrecionales existirá cierto margen de apreciación sujeto únicamente a los criterios y principios implícitos en el propio orden legal.

Pensemos por ejemplo en que la ley estableciera una multa por la omisión de algún dato en la presentación de cierta declaración fiscal, y que esa multa fuera de tal

[20] Tamayo y Salmorán: *Los publicistas*…, o. cit., "Excursus II", p. 214.

[21] Pedro Salazar: "Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México", en *Isonomía,* n.º 9, México: ITAM, octubre de 1998, p. 195.

magnitud que solo tuviera relevancia si tomara parte en un importe mayor, esto es, que por sí sola resultara insignificante. Ahora pensemos en que en la ley se obligara a la autoridad a su cobro, formara o no parte de otro importe. Si la autoridad determinara una multa de estas y la tuviera que cobrar mediante alguna clase de procedimiento coactivo y el costo de estas acciones superara con creces el importe de la multa, entonces el apego de la autoridad a la legalidad solo traería como consecuencia ineficiencia administrativa; o sea, la autoridad tendría que valorar entre ajustarse a la legalidad y obligarse a cumplir con ella, o apreciar el criterio de eficiencia implícito en todo orden legal y elegir el costo menor, lo que implicaría probablemente ni siquiera imponerla. Su disyuntiva sería: legalidad o eficiencia.

Otro ejemplo: supongamos que en el ordenamiento supremo del Estado se facultara al Poder Ejecutivo a una especie de revisión administrativa para verificar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones fiscales cuyo procedimiento se estableciera en alguna ley derivada, y que ante el comprobado incumplimiento del obligado se facultara a la autoridad a obligar al cumplimiento y adicionalmente determinar alguna sanción administrativa. Ahora bien, a cierto obligado, discrecionalmente determinado dentro del conjunto de obligados, se le emite mandamiento por el que se le iniciará el ejercicio de la facultad, se ejercita lo que jurídicamente se puede hacer y se determina que ha cumplido con sus obligaciones por el periodo sujeto a revisión, por lo que al término del ejercicio de la facultad se dicta resolución en blanco, es decir, sin obligación pendiente de cumplimiento y sin sanción administrativa alguna. Al año siguiente, al mismo obligado se le vuelve a emitir mandamiento por el que se le iniciará el ejercicio de la misma facultad por el siguiente periodo posible de revisión, se ejercita lo que jurídicamente se puede hacer y de nueva cuenta se determina que ha cumplido con sus obligaciones por el periodo revisado, por lo que se dicta de nueva cuenta resolución en blanco. Al siguiente año lo mismo. Para el cuarto año, la autoridad se encuentra en la disyuntiva de seguir molestando al mismo obligado que en tres ocasiones consecutivas ha demostrado el cumplimiento de sus obligaciones o seleccionar a otro para ejercer la facultad y así verificar si este nuevo obligado ha cumplido o no con sus obligaciones fiscales. En ambos casos existiría legalidad. Legalmente la autoridad tiene la permisión para iniciar de nueva cuenta el ejercicio de la facultad con el mismo obligado, pero también puede elegir otro; discrecionalmente puede volver elegir al mismo dentro del conjunto de obligados o a otro. Sin embargo, ha de tomarse en cuenta que en ese obligado ha quedado demostrado que la ley ha conseguido su objetivo; se percibe que lo ha incentivado al cumplimiento y que de hecho él lo ha cumplido; se nota que el criterio de eficacia ha tenido fruto. De igual forma, el criterio de efectividad administrativa ha probado suficientemente que el obligado seleccionado históricamente ha cumplido con sus obligaciones fiscales, por lo que la disyuntiva es a cuál de los obligados se debe revisar, si al que ha demostrado que ha cumplido o aquel que no sabemos si ha cumplido.

Lo anterior es ilustrativo de que tratándose de facultades discrecionales existirá un cierto margen de apreciación sujeto a los principios y criterios implícitos en el orden legal; se tomarán en cuenta probablemente la justicia, la equidad, la eficacia, la eficiencia y la efectividad, entre otros.

De esta forma, el principio de legalidad referente a normas adjetivas y sustantivas aplica plenamente al Poder Ejecutivo; la estricta legalidad debe ser su objeto y propósito para que, como en el caso de ejemplo anterior, el obligado sepa lo que será materia de revisión y la finalidad que se persigue con ella. La salvedad en este caso sería el ejercicio de facultades discrecionales que necesariamente conlleva la libre y prudente aplicación de criterios y principios implícitos en el orden legal para la apreciación de las circunstancias de cada caso particular. Así, consideraremos apegada la actuación del Poder Ejecutivo al principio de legalidad cuando quien debe realizar el acto lo realice como deba hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con la ley y el ordenamiento supremo. Además, tomaremos en cuenta en nuestra valoración el ejercicio de la facultad discrecional, el irracional apego a la ley y el capricho en su aplicación. Ante la presunción de incumplimiento de la autoridad por el no apego al principio de legalidad, el afectado podrá solicitar ante la instancia correspondiente la anulación de dicha actuación y su resultado.

## 4. El principio en el Poder Legislativo

En el caso del Poder Legislativo, en el ordenamiento supremo lo que tenemos son normas adjetivas de creación, derogación y reforma de leyes y del propio ordenamiento supremo. No encontramos que este poder tenga relación con normas sustantivas; ni las aplica ni las ejecuta. Su función consiste en la producción de expresiones con contenidos normativos —agrupadas en leyes o en reformas al ordenamiento supremo— que tienen sustento en el derecho positivo, el derecho comparado, la costumbre y en los hechos sociales que necesitan ser regulados, en las que subyace la voluntad nacional[22] o voluntad soberana,[23] lo que Montesquieu llamó "la voluntad general del Estado".[24]

Así este poder debe aplicar estrictamente el principio de legalidad por la naturaleza de su función en la creación, derogación y reformación de las leyes (y en lo que corresponda al ordenamiento supremo), es decir, es determinante la estricta aplicación del principio de legalidad en su función legislativa porque de ello depende la validez de su creación, que su creación sea ley y que por ende sea válida. El Legislativo tiene que cumplir con las normas adjetivas de producción de las leyes que establezca el ordenamiento supremo porque ante el menor incumplimiento su producto puede ser invalidado. Y no solo esto: el acotamiento productivo que enfrenta se encuentra en el propio ordenamiento supremo. Cuando produce una ley debe respetar ese ordenamiento supremo; de ninguna manera puede violentarlo;[25] su producto no puede contradecir ninguna norma jurídica suprema; así, su creación no solo debe ajustarse al marco supremo y no salirse de él, sino que además, internamente, no debe estar en conflicto con él.

---

[22] Rousseau.

[23] Hobbes.

[24] Montesquieu: o. cit., XI-VI, p. 147.

[25] Riccardo Guastini: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa y UNAM, 2002, 2.º-VI, p. 47.

El señalamiento anterior no significa que las leyes producidas no se encuentren fuera del ordenamiento supremo y que por ello tengan que ser intraconstitucionales o algo así, sino que a pesar de ser extraconstitucionales y encontrase fuera de él estén acotadas por él al legislarse solamente las materias especificadas en dicho ordenamiento. Y el Poder Legislativo no solo debe respetar el ordenamiento supremo; también debe tomar en consideración los principios del derecho. La presunción es que cuando produce una ley respeta esos principios y de ninguna manera pretende derogarlos;[26] así, el principio que establece "a lo imposible nadie está obligado" es respetado por el legislador implícitamente en cada producción legislativa al no establecer obligaciones de imposible realización. Por ejemplo, un impuesto que gravara el ingreso del obligado con una tasa del 110% sería imposible de cumplir; una ley que estableciera una condena de 969 años de prisión por algún delito solo podría haber sido cumplida por Matusalén.[27] Una ley que en igualdad de circunstancias prohibiera una conducta y al mismo tiempo la permitiera no respetaría el principio de no contradicción,[28] de tal forma que, si el legislador expresara un contenido normativo que dijera: "se considera infracción a la ley no presentar o presentar la declaración…", estaría ubicando al obligado ante dos situaciones de suyo contradictorias en cualquiera de las cuales infringiría la ley. Principios como estos son tomados en cuenta en el momento de la producción legislativa.

Entonces, de conformidad con lo dicho, existirá afectación al principio de legalidad cuando el producto:

1. no sea creado por el facultado para producirlo, o
2. no sea producido de conformidad con la norma adjetiva suprema, o
3. el contenido contradiga alguna norma suprema, o
4. el contenido no respete los principios del derecho.

En estos casos el producto es inválido total o parcialmente. En los casos *1* y *2* la invalidez es completa, recae sobre todo el producto; se presenta porque el creador no tiene facultad para crear o porque no se ciñó a la norma adjetiva establecida para su producción. En los casos restantes la invalidez puede recaer o en una parte del producto o en todo, lo que dependerá de si el contenido respeta o no las normas *supremas* y los principios del derecho.

De esta forma, el principio de legalidad relacionado con la aplicación de normas sustantivas no rige al Poder Legislativo; en cambio, referente a normas adjetivas, le aplica plenamente. En este caso, la estricta legalidad —en cuanto a la aplicación de normas adjetivas— debe ser su propósito porque de ello depende la validez de su creación, ya que ante el menor incumplimiento su producto puede ser invalidado. Así que consideraremos apegada la actuación del Poder Legislativo al principio de lega-

[26] Ibídem, p. 48.

[27] Santa Biblia, Génesis, capítulo 5, versículo 27.

[28] Roberto Islas Montes et al.: *Una introducción a la hermenéutica fiscal*, México: Porrúa, 2007, III-II-3, p. 150-151.

lidad cuando quien debe realizar el acto lo realice como deba hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con el ordenamiento supremo. Tomaremos en cuenta además en nuestra valoración si fueron o no respetados los principios del derecho. Ante la presunción de incumplimiento por el no apego al principio de legalidad, el afectado podrá solicitar ante la instancia correspondiente la invalidez de la producción legislativa.

## 5. El principio en el Poder Judicial

En el caso del Poder Judicial, en lo general, tanto las normas adjetivas como las normas sustantivas requieren de plena aplicación. La razón estriba en que el Poder Judicial también es encargado de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él emanen. En lo particular, la aplicación del principio en cuanto a normas adjetivas del proceso judicial debe ser total, absoluta, plenaria, en estricto apego a él; aquí también la mejor expresión del principio toma completitud. En cuanto a las normas sustantivas, el principio le rige casi plenamente; la razón particular es que en los ordenamientos supremos de cada Estado encontramos alguna norma que lo obliga a resolver no conforme a ley sino conforme a derecho o en justicia, o aplicando principios de derecho o jurisprudencia técnica[29] en los que, si bien subyace lo que es *conforme a derecho,* no en todos ellos tiene la misma amplitud; todo dependerá de lo que en ese Estado particular se entienda por justicia o derecho, los principios a que se refiera o el contenido de la jurisprudencia técnica.

Cuando un caso es puesto a consideración del juez,[30] lo primero que hace es componer la norma, esto es, la reescribe a partir de los textos donde las busca[31] —generalmente la ley, por ser la fuente del derecho—. La razón de ello es que "la mayor parte de las veces, los textos jurídicos no contienen normas redactadas en la forma canónica; por eso, precisamente, es que el jurista debe interpretarlos para extraer de ellos las normas jurídicas".[32] Así que, como la norma está compuesta de dos elementos, la descripción de la conducta y la consecuencia, busca en el texto de la ley las partes correspondientes para componer la norma, la norma general en formato canónico: *A debe ser B.* Un ejemplo de norma es el siguiente:

> El que cometa el delito de homicidio debe ser condenado a una pena de prisión de entre doce y veinticuatro años.

[29] No me refiero a la jurisprudencia en el sentido de 'ciencia del derecho'.
[30] O tribunal.
[31] Óscar Correas: *Teoría del derecho*, México: Fontamara, 2004, II-5, p. 65.
[32] Ibídem.

Hecho lo anterior, la primera toma de decisión se centra en la evidencia empírica (*A'*) y la subsunción[33] de esta en la descripción normativa de la conducta (*A*), *A' en A;* Por ejemplo, puede decir:

> La conducta realizada por R es homicidio.

Posteriormente, determina la solución individual (*B'*) y su subsunción en la predeterminación que establece la ley (*B*), *B' en B;* por ejemplo, cuando establece:

> La pena de prisión de veinte años es una pena de entre doce y veinticuatro años.

Como se puede observar, en el aspecto general existe un apego a la estricta legalidad por el Poder Judicial, ya que en la ley formal encuentra tanto la descripción normativa de la conducta como la descripción de la pena, y con la subsunción encuadra tanto la conducta como la solución individual en ellas. Pero esto no es todo; el juez también compuso la norma general, y esta norma general no solo es expresión normativa, sino que también conlleva jurisprudencia técnica, costumbre, etcétera. Por otra parte, también subsumió un supuesto de hecho en la descripción normativa de la conducta, y desde luego que la solución individual que él infirió también la subsumió en la predeterminación legal. En estos casos existe interpretación de textos y mucha valoración y apreciación discrecional por parte del juez. Jueces distintos podrían determinar que *A'* no encuadra en *A,* o pueden establecer una *B'* diferente dentro de *B,* menor o mayor. Así que la función del Poder Judicial no solo consiste en aplicar la ley; no realiza una función puramente técnica; no es como indicó Montesquieu, "que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley",[34] si fuera así, diría Hart, sería "compatible con una enorme iniquidad".[35]

De manera que el principio de legalidad referente a normas adjetivas y sustantivas aplica plenamente en lo general al Poder Judicial, ya en lo particular, tratándose de normas sustantivas existe valoración y apreciación discrecional, si bien la estricta legalidad debe ser su propósito para que exista congruencia y pueda justificar su decisión. Por lo tanto consideraremos apegada la actuación del Poder Judicial al principio de legalidad cuando quien debe realizar el acto lo realice como deba hacerlo y exista conformidad del resultado de su actuación con la ley y el ordenamiento supremo. Tomaremos en cuenta en nuestra valoración, en su caso, el ejercicio de la facultad discrecional, el irracional apego a la ley y el capricho en su aplicación. Ante la presunción de incumplimiento de la autoridad judicial por el no apego al principio de legalidad, el afectado podrá, cuando sea posible, solicitar ante la instancia correspondiente la invalidez de la aplicación.

---

[33] En el sentido kantiano, puede verse: Kant: *Crítica de la razón pura*, México: Porrúa, 2003, II-I, p. 118-119.

[34] Montesquieu: o. cit., XI-VI, p. 147.

[35] Herbert Lionel Adolphus Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (1961), IX-3, pp. 255-256.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 109-124, ISSN 1510-4974

**Carlos D. Luque (Argentina)***

# Un Tribunal Constitucional para la República Argentina: nociones sobre la conveniencia de su incorporación**

## RESUMEN

**El artículo se propone mostrar cómo funcionan los tribunales constitucionales y tiene el objetivo de sugerir la necesidad y la importancia que podría tener un tribunal constitucional en un Estado constitucional y democrático de derecho como lo es la República Argentina.**

**Se intenta analizar el fundamento, la naturaleza, las funciones y la misión de estos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático, con el fin de extraer opiniones conclusivas sobre la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.**

**La misión principal de los tribunales constitucionales como están instituidos hoy en el mundo es la defensa de la Constitución. Su segunda misión es la defensa de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual no solo se hace un amplio catálogo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que también se regulan los mecanismos de protección, como las acciones de amparo, las acciones populares, las acciones de grupo, las acciones de cumplimiento, etcétera.**

**Si bien no se promueve aquí la entrada inmediata de la institución que concentra la justicia constitucional como en Europa, tampoco sería desatinado pensar que un principio de solución en esta cuestión podría ser llegar a la instancia de que la Corte argentina tuviera una sala constitucional que se abocara exclusivamente a las cuestiones constitucionales puras.**

**Palabras clave: tribunales constitucionales, jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad, derechos fundamentales, Europa, América Latina, Argentina.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Im vorliegenden Beitrag soll die Arbeitsweise von Verfassungsgerichten dargestellt werden. Gleichzeitig soll auf die Notwendigkeit und Bedeutung eines Verfassungsgerichts in einem demokratischen Verfassungs- und Rechtsstaat wie Argentinien hingewiesen werden.**

---

* Abogado, posgrado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, con mención especial, por la Universidad Católica de Salta. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Coordinador general para Corrientes, Chaco y Formosa del Departamento de Derecho Ambiental de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Político. ‹carlosdluque@hotmail.com›

Vor dem Hintergrund einer Analyse der Grundlagen, Charakteristika und Funktionen sowie der Aufgabe solcher Gerichte, aus der ihre Bedeutung im demokratischen System hervorgeht, sollen Schlussfolgerungen zur Notwendigkeit und Bedeutung von Verfassungsgerichten abgeleitet werden.

Die Hauptaufgabe von Verfassungsgerichten in ihrer heutigen Form besteht weltweit in der Verteidigung der Verfassung. Ihre zweite Aufgabe ist die Wahrung der Grundrechte der Person, wozu nicht nur auf einen umfassenden Katalog von bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zurückgegriffen wird, sondern auch die Schutzmechanismen wie Verfassungsbeschwerden, Popularklagen, Gruppenklagen, Erfüllungsklagen usw. geregelt werden.

Wenn auch nicht die sofortige Einrichtung einer Institution vorgeschlagen wird, die die Verfassungsgerichtsbarkeit nach europäischem Vorbild zusammenfasst, so wäre es doch nicht abwegig, als ersten Schritt auf dem Weg zu einer Lösung des Problems einen Verfassungssenat beim argentinischen Obersten Gerichtshof einzurichten, der sich ausschliesslich mit Verfassungsfragen beschäftigen würde.

**Schlagwörter:** Verfassungsgerichte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Grundrechte, Europa, Lateinamerika, Argentinien.

## ABSTRACT

This paper intends to show the way constitutional courts work, and to suggest the need for a constitutional court and the importance it might have in a constitutional and democratic state that recognizes the rule of law, such as is the Argentine Republic.

It contains an analysis of the foundation, the nature, the functions and the mission of these tribunals in order to show their significance within a democratic system, so as to draw some conclusive opinions on the need for and importance of such constitutional courts.

The main mission of constitutional courts as they are established today in the world is the defense of the Constitution. Their second mission is the defense of the fundamental rights of persons, for which purpose not only a wide catalog of the civil, political, economic, social and cultural rights is made, but also the mechanisms of protection are regulated, such as actions for protection, popular actions, class actions, compliance actions, etc.

Although the immediate creation of such an institution that concentrates constitutional justice as in Europe is not proposed here, it would not be unwise, either, to think that a beginning for the solution of this issue might be implementing an instance to provide the Argentine Court with a Constitutional Chamber that would exclusively deal with pure constitutional issues.

**Key words:** constitutional courts, constitutional jurisdiction, constitutionality control, fundamental rights, Europe, Latin America, Argentina.

*Para Hugo Carlos Luque*
*y Ana María Ortiz,*
*por el amor, la vida*
*y la incesante y eterna incondicionalidad*

## 1. Introducción

El presente artículo tiene la intención, y solo la intención, de mostrar cómo funcionan los tribunales constitucionales y el objetivo de sugerir la necesidad e importancia que podría tener un tribunal constitucional en un Estado constitucional y democrático de derecho como lo es la República Argentina.

Intentaremos hacer un análisis del fundamento, la naturaleza, las funciones y la misión de estos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático y finalmente extraer opiniones conclusivas sobre la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.

Principiamos la exposición con una obviedad: la justicia constitucional en la gran mayoría de los países de Europa se configura de acuerdo con el que se ha denominado *modelo europeo*.

A la hora de estudiar los diversos sistemas de justicia constitucional, en forma general se ha empleado en la literatura iuspublicista la contraposición entre *modelo europeo* y *modelo americano*.

> El primero (en grandes líneas) se caracterizaría por que las funciones típicas de la justicia constitucional se encomendarían a un órgano especializado, que se pronunciaría mediante resoluciones con valor *erga omnes* en las cuestiones referentes al control de constitucionalidad de las leyes; mientras que en el segundo, el llamado *modelo americano*, aquellas funciones se encomendarían a los órganos de la jurisdicción ordinaria, que se pronunciarían, con ocasión de litigios concretos, mediante resoluciones con valor *inter partes*.[1]

Es posible afirmar que en los sistemas de justicia constitucional de Europa está mayoritariamente presente una característica definitoria del *modelo europeo:* la atribución de las diversas funciones que integran la justicia constitucional a un órgano específico, el Tribunal Constitucional, distinto y separado de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

También se vera aquí, muy brevemente, el actual tratamiento de las *cuestiones constitucionales* puras por la Corte y de las que denominamos *indirectas,* a través, por ejemplo, de arbitrariedad de sentencia, gravedad institucional, etcétera.

---

[1] Luis López Guerra: "La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* t. I, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 85.

A partir de ello se buscará, en la medida de lo posible, algún tipo de solución a los planteos trazados.

## 2. Antecedentes

Como recuerda Favoreu, "la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920".[2] Posteriormente, se crearían el Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931), el Tribunal Constitucional italiano (1948), el Tribunal Constitucional alemán (1949), el turco (1961) y el yugoslavo (1963). Sobre las circunstancias históricas de aparición de los tribunales constitucionales expresa Javier Pérez Royo:

> El Tribunal Constitucional, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo que hemos definido en muchas ocasiones a lo largo del curso como constitucionalismo democrático.
>
> La anomalía histórica que está detrás de él es una anomalía democrática o, mejor dicho, una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países. Por eso, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del XIX al Estado democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.[3]

A estos tribunales hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés (1959), el Tribunal Constitucional portugués (en la Constitución de 1976, revisada en 1982) y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego (1975). Este movimiento se extendió a Bélgica, con el Tribunal de Arbitraje (1983), y se ha desarrollado en Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991) y Bulgaria (1991).

En Latinoamérica la jurisdicción constitucional se extendió a Perú con la Constitución de 1979; en Chile se instaló nuevamente un Tribunal Constitucional en 1980; en El Salvador se previó el Tribunal Constitucional en 1985; Consta Rica creó en 1989 una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia; Colombia instauró en 1991 la Corte Constitucional; Ecuador creó el Tribunal en 1945 y lo reinstaló en 1998; Paraguay creó una Sala Constitucional en 1992; Bolivia estableció el Tribunal Constitucional en 1994; Nicaragua creó una Sala Constitucional en 1995; México, mediante las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999, estableció a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional, y en Honduras se creó en el 2001.

Los sistemas o modelos de control constitucional en América del Sur se pueden clasificar, según Humberto Nogueira Alcalá, en:

---

[2] Louis Favoreau: *Los Tribunales Constitucionales,* Barcelona: Ariel, 1994, p. 13.

[3] Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional,* Madrid: Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, p. 922.

1. Sistema judicial difuso (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay).
4. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo (Brasil).
5. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia).
6. Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador).
7. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad (Chile).[4]

## 3. Los tribunales constitucionales

### 3.1. Creación y desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo

Los tribunales constitucionales existen hoy en casi toda Europa, América Latina, Asia y África. En su obra sobre estos tribunales expresa Louis Favoreu:

> El desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. No se concibe hoy día un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional.[5]

En cuanto al origen de los tribunales constitucionales es célebre la polémica entre Carl Schmitt, quien en 1931 publicó *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, a la cual Hans Kelsen contestó con un libro que se llamó *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* No hay duda de que la historia le dio la razón a Kelsen, quien sostenía que a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Al efecto expresó:

> Defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada solo por aquellos que deben cumplirla.[6]

---

[4] Humberto Nogueira Alcalá: "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur", ponencia en el IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002.

[5] Favoreau: o. cit.

[6] Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* Madrid: Tecnos, 1995, p. 27.

De esta polémica surge la conclusión de que, si bien el control constitucional lo puede ejercer el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, es más democrático que esté a cargo de un órgano independiente y autónomo, aunque nada obsta que forme parte del Poder Judicial.

Schmitt creía que la defensa de la Constitución no se debía encomendar a la justicia constitucional, sino, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, al presidente de la República. Dijo:

> […] los tribunales constitucionales con jurisdicción concentrada se aproximan al papel del Senado en la Constitución napoleónica, que no dice el derecho sino que lo hace.[7]

Hans Kelsen refutó la tesis de Schmitt. En la obra mencionada sostuvo:

> […] toda sentencia del tribunal constitucional tiene la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual lo convierte en una suerte de "legislador negativo".[8]

## 3.2. Fundamento de la jurisdicción constitucional

El fundamento de la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la Constitución, de las normas constitucionales y de su efectividad. La doctrina ha dicho que para que pueda existir un sistema de control constitucional son necesarios:

1. La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida.
2. Un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados.

Por tanto, la doctrina sostiene que el control es elemento indispensable del concepto de Constitución y dicho control es ejercido por la jurisdicción constitucional.

El tratadista Javier Pérez Royo sostiene que las características de los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Es "un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución".
2. Es un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. "El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva".

---

[7] Carl Schmitt, citado por Eduardo García de Enterria en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid: Civitas, 3.ª ed., 1994, p. 159.

[8] Kelsen: o. cit., p. 27.

3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.
4. Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.
5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.[9]

Sin embargo, es muy difícil dar una regla general; depende de la Constitución de cada Estado consagrar un modelo que se ajuste a sus especiales circunstancias históricas, políticas y sociales.

## 3.3. Naturaleza de los tribunales constitucionales

A partir de la Segunda Guerra Mundial se produce un renacimiento de la justicia constitucional. Ello obedece, según Álvarez Conde, a estas consideraciones:

a. La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de la Constitución. Se acepta que la Constitución deje de ser una simple declaración de principios y se convierta en norma directamente aplicable.
b. La justicia constitucional es consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución, por lo cual la doctrina ha dicho que solo es posible en aquellos sistemas políticos dotados dotados de Constitución rígida.
c. La justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de legalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división de poderes, tanto en su aspecto horizontal como vertical.[10]

En cuanto a su naturaleza, los tribunales constitucionales se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero también al respecto hay varias teorías. Algunos autores (Tesauro y Lavagna) afirman la naturaleza jurisdiccional; otros (Calamandrei, Delsen y Villari) sostienen su cariz legislativo, y unos pocos (Balladore Pallieri), la naturaleza administrativa. Parte de la doctrina (Mortati, Martinres y Cheli) hace hincapié en que son órganos de justicia política.

---

[9] Pérez Royo: o. cit., p. 924.

[10] Enrique Álvarez Conde: *Curso de derecho constitucional,* vol. II, Madrid: Tecnos, 3.ª ed., 2000, pp. 279-280.

El profesor Martínez Sospedra[11] enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales: 1) la sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; 2) el carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto la actividad es de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; 3) su actuación, que solo opera a instancia de parte; 4) la vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio; 5) los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional, y 6) su posición de tercero súper partes.

## 3.4. Razón de la existencia de los tribunales constitucionales[12]

Las razones que explican la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes:

### *3.4.1. El cambio de la supremacía de la ley por la supremacía de la Constitución*

Los tribunales constitucionales se explican dentro del Estado Constitucional que privilegia la Constitución por sobre la ley. Dentro del Estado liberal de Derecho se sacralizó la ley.

El *derecho* (*jus, law, diritto,* derecho, *recht*) se identifica cada vez más estrechamente con las *leyes* del Parlamento (*lex, statute, legge,* ley, *gesetz*).

Es indudable que actualmente lo sagrado es la Constitución como "norma de normas", y como norma suprema requiere un órgano encargado de defender su integridad y supremacía.

### *3.4.2. El control constitucional y la jurisdicción ordinaria*

¿Puede la justicia ordinaria ser el órgano de control de constitucionalidad? La respuesta negativa la dio Mauro Cappelletti:

> Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de "carrera", poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de "meros intérpretes" y "fieles servidores" de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de estas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o "Bill of Rights",

[11] Manuel Martínez Sospedra: "El Tribunal Constitucional como órgano político", en Dirección General de lo Contencioso del Estado: *El Tribunal Constitucional,* vol. II, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1791 ss.

[12] Marco Monroy Cabra: "Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,* t. I, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 15.

> suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional "debilidad y timidez" del juez según el modelo continental.[13]

Si bien en algunos Estados la jurisdicción ordinaria ejerce el control constitucional, la tendencia actual, como se ha visto de la lista de los Estados que han creado tribunales constitucionales, es la de crear un órgano especializado, autónomo e independiente que se encargue del control jurisdiccional y de la protección de los derechos fundamentales.

### *3.4.3. La existencia de tribunales constitucionales no es contraria a la separación de poderes*

Kelsen dice que la existencia de tribunales constitucionales no viola el principio de la separación de poderes porque estos son "legisladores negativos" que están determinados exclusivamente por la Constitución.[14]

Los tribunales constitucionales existen en Estados dotados de régimen parlamentario (Alemania, Italia, España, Bélgica), semiparlamentario (Francia, Austria, Portugal) o presidencial (Colombia, Perú, Ecuador, Guatemala, etcétera).

Los tribunales constitucionales son independientes de cualquier otra autoridad estatal y tienen un estatuto que define su organización, funcionamiento y atribuciones. Poseen el monopolio del control constitucional, si bien hay sistemas mixtos, como el colombiano, en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado tienen el control constitucional según el reparto de competencias fijado en la Constitución. La designación de los jueces constitucionales se hace por autoridades políticas.

Por regla general la jurisdicción constitucional está fuera del aparato jurisdiccional. Es un poder independiente de los demás poderes del Estado. La esencia de los tribunales constitucionales es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir que tienen la competencia de hacer justicia con autoridad de cosa juzgada y producir declaraciones de inconstitucionalidad con efectos erga omnes.

## 3.5. La elección de los miembros del Tribunal Constitucional

La pretensión de configurar un tribunal constitucional que disponga de legitimidad democrática, que por ello, y por su conexión con el desarrollo de las características de la sociedad, pueda de alguna forma reflejar la natural evolución de la cultura jurídica de un país, y que en consecuencia sea capaz de una interpretación "evolutiva" de la Constitución, ha conducido a que, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales

---

[13] Mauro Cappelletti: *Cours constitutionnelles,* París: Presses Universitaires de France, 1982, p. 4.

[14] Hans Kelsen: "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionnelle", en *Revue de Droit Public,* 1928, p. 204.

supremos en el contexto europeo, se recurra en muchos casos a la elección parlamentaria de todos sus miembros o parte de ellos.

La forma de selección se mueve entre dos polos: por un lado la elección parlamentaria, que asegura esa conexión directa con la legitimidad democrática de sus miembros, y por otro su selección por otras altas instancias del Estado con una connotación menos partidista, como puede ser en algunos ordenamientos la Presidencia de la República o determinados órganos judiciales, de forma que se asegure una imagen de competencia y objetividad, así como cierto equilibrio entre los poderes del Estado.

Podríamos así hablar de dos criterios contrapuestos a la hora de establecer el sistema de selección de los jueces constitucionales: el criterio democrático y el criterio de autoridad o del equilibrio entre poderes.

En algunos sistemas se ha optado claramente por el criterio democrático, al ser elegidos todos los miembros del tribunal por el parlamento. Tal sería el caso de Bélgica (Tribunal de Arbitraje), Portugal o la República Federal de Alemania, si bien en cada caso se lleva a cabo la elección con particularidades propias.

En el extremo opuesto se situaría el caso francés, en que los miembros del Consejo Constitucional son designados, sin elección parlamentaria alguna, por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea y el presidente del Senado; en esta misma línea se ha de señalar que a ellos se unen, como garantía de experiencia añadida, los antiguos presidentes de la República. Una variante de este tipo sería el caso de la Federación Rusa, en la que los diecinueve miembros del Tribunal Constitucional son designados por el presidente, con el consentimiento de la Cámara Alta, el Consejo de la Unión.

En la gran mayoría de los casos se siguen fórmulas intermedias, que combinan la elección de parte de los jueces constitucionales por instancias parlamentarias con la selección o designación de otra parte por otros poderes del Estado. Esta fórmula mixta puede resultar predominantemente orientada hacia el criterio democrático parlamentario (como en el caso de España, en que ocho de los doce jueces son elegidos por las cámaras) o, por el contrario, puede orientarse hacia el predominio de instancias parlamentarias (es el caso de Italia, donde solo cinco de los quince jueces constitucionales son elegidos por el Parlamento).

En general, la más extendida es la fórmula mixta, en la que se procura que en la selección de los miembros del tribunal participen diversos poderes del Estado, al tiempo que se mantiene una legitimidad de la institución basada en la autoridad o el prestigio de los designantes y una cierta legitimidad democrática basada en la relación semidirecta de la institución con la voluntad popular por la vía de la elección parlamentaria.

Como novedad, valga señalar que la Constitución de Bosnia Herzegovina establece que tres de los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello implica dotar al criterio de autoridad de una cierta dimensión internacional.

## 3.6. La garantía de la independencia de los jueces constitucionales

La razón probablemente sea el deseo de mantener, cono se ha dicho, cierta legitimidad democrática de los tribunales, asegurando que sus miembros, mediante continuas renovaciones, representen la evolución de la conciencia jurídica y los valores predominantes en cada momento a la hora de interpretar la Constitución.

Como fórmula de equilibrio entre la garantía que supone la inamovilidad y el deseo de legitimidad democrática, se ha seguido en general una solución intermedia, consistente en establecer mandatos limitados pero de larga duración de los jueces constitucionales, de manera que la composición del tribunal no quede a merced de cambios coyunturales de las mayorías dominantes en el parlamento o en otros órganos del Estado. Como ejemplo, en Italia y España el mandato de los jueces constitucionales es de nueve años, y en Alemania de doce. Se establece así una inamovilidad relativa, por cuanto los jueces no pueden ser removidos a lo largo de su mandato (salvo por las razones que la ley expresamente establezca), aunque tampoco son vitalicios o duraderos indeterminadamente hasta su jubilación.

Como regla, se establece la no reelección, de manera que el juez no dependa, ni parezca depender, de instancias externas para una continuación en el cargo: en ocasiones la prohibición de reelección es absoluta y en otros casos se prohíbe solo la reelección inmediata. También como regla se procura que la renovación de los miembros del tribunal constitucional no sea simultánea, sino que se realice escalonadamente, de forma que los nuevos miembros se integren de manera paulatina en una institución mayoritariamente compuesta de jueces "veteranos", con lo que se consigue cierta garantía de continuidad.

Los diversos ordenamientos, si bien prohíben como regla la reelección, prevén que los jueces se mantendrán en funciones hasta que se elija a quienes han de sustituirlos. Ello facilita el que, en ocasiones, se dilate el nombramiento de nuevos miembros (a pesar de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos), debido a la falta de diligencia de los encargados de la renovación o por no llegarse a acuerdos sobre la nueva composición del tribunal, sobre todo cuando se prevé que la nueva elección pueda repercutir en la orientación de la mayoría del órgano de la justicia constitucional.

Una solución interesante a este respecto es la arbitrada por la Ley del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que dispone que, si en un determinado plazo el Bundestag o el Bundesrat no han efectuado las propuestas correspondientes ante el órgano encargado del nombramiento formal (el presidente de la República), será el mismo Tribunal el que proceda a presentar candidatos a los órganos parlamentarios. No es necesario añadir que, desde que se aprobó esa disposición, las dilaciones en el nombramiento de jueces constitucionales se han reducido considerablemente.

Otro aspecto de interés, por la presencia de regulaciones muy distintas sobre la posición del juez constitucional, es el referente a la compatibilidad de la función jurisdiccional con el ejercicio de una actividad docente. A este respecto cabe señalar dos modelos radicalmente opuestos: el alemán y el italiano. En el primero se exceptúa expresamente del régimen de incompatibilidades la docencia en establecimientos de

enseñanza superior, mientras que en el caso italiano se incluye expresamente en la ley la prohibición de llevar a cabo actividad docente alguna. La cuestión reviste importancia, además, porque en los tribunales constitucionales europeos es tradicional la presencia de una abundante representación del profesorado universitario, que en muchos casos ha sido mayoritario.

Otra cuestión relativa a la garantía de la imparcialidad de los magistrados constitucionales en que los diversos ordenamientos presentan soluciones diferenciadas es la relación de los magistrados con los grupos políticos. La más radical sería la prohibición tajante de pertenencia a partidos políticos; en forma más moderada, algunas legislaciones (así en el caso de España) disponen que los magistrados constitucionales no podrán ocupar posiciones dirigentes en partidos políticos, pero no establecen expresamente una prohibición de pertenencia a estos.

## 3.7. Misión de los tribunales constitucionales

La misión principal de los tribunales constitucionales es la defensa de la Constitución. Kelsen expresó:

> Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico.

Y agregó:

> Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.[15]

A esta aseveración hay que añadir que tal garantía no existe sino cuando la declaratoria de inconstitucionalidad corresponde a un órgano completamente diferente e independiente de aquel que produjo la norma inconstitucional.

La segunda misión de los tribunales constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual no solo se hace un amplio catálogo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que también se regulan los mecanismos de protección, como las acciones de amparo (en Colombia se denominan *acciones de tutela*), las acciones populares, las acciones de grupo y las acciones de cumplimiento. Además, los tribunales constitucionales tienen como misión aplicar los principios y valores constitucionales.

---

[15] Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en *Anuario Jurídico 1974,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 510.

## 4. Repaso sobre la jurisdicción constitucional en la República Argentina: el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia argentina tiene competencia originaria y exclusiva (artículo 117 de la Constitución Nacional [CN]) en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en aquellos en los que alguna provincia haya sido parte; creemos que esto es taxativo y de carácter excepcional, por lo que no puede ser ampliado, modificado ni restringido por las leyes que lo reglamenten.

También el alto tribunal tiene competencia extraordinaria por apelación (artículos 116 y 117 de la CN), en oportunidad de conocer y decidir el recurso extraordinario federal. La cuestión federal pudo haberse formulado de manera indistinta en jurisdicción federal o provincial, en la que debe existir siempre pronunciamiento del superior tribunal de la causa.

Se ha visto que la apelación ordinaria ejercida por la Corte deviene de la reglamentación que dicte el Congreso en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la nación (con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 de la CN) y por los tratados con las naciones extranjeras. Ampliada además por el decreto-ley 1258/58, conocía en ese grado de los recursos interpuestos contra las sentencias emanadas de la Cámara Federal de Seguridad Social, precepto que finalmente fue declarado inconstitucional por la misma corte y posteriormente derogado por la ley 26025. Finalmente, entiende también en este grado en cuestiones de extradición pasiva (artículo 33 de la ley 24767).

En cuestiones de competencia, la Corte interviene como instancia de resolución de conflictos entre tribunales que no tienen un tribunal superior común. Esto, sumado a los asuntos mencionados en el in fine del párrafo anterior, lleva al tribunal atender un excesivo número de causas. Repasemos los motivos de esta situación, aun a riesgo de ser demasiado sucintos.

El primero es la *doctrina de la arbitrariedad,* el mecanismo que permite el ingreso a la Corte de cuestiones que pueden no ser técnicamente federales, pero que podrían carecer de legitimidad por falta de una fundamentación razonada mínima. De este modo el tribunal controla la denominada *debida motivación constitucional de las sentencias,* cuyas derivaciones notables menoscaban la seguridad jurídica.

Se han admitido también recursos extraordinarios contra pronunciamientos no definitivos, cuando se consideró que el en caso existía *gravedad institucional.* Como bien ha dicho la doctrina, estos recursos constituyen un cuasicomodín que permite suplir algunos requisitos de admisibilidad. Es claro que estos pronunciamientos exceden el interés inter partes y comprometen también a la comunidad en su conjunto.

En 1990 apareció el *per saltum.* La Corte intervino directamente en la causa, dejando de lado los recursos ordinarios previstos en las disposiciones procesales respecto de medidas judiciales adoptadas por jueces de primera instancia. Posteriormente esta figura fue incorporada al ordenamiento jurídico (artículo 195 *bis* del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación, a través del decreto PEN 1387/2001,

del 1 de noviembre, dictado en el marco de la grave crisis política, económica y financiera que vivió la Argentina a fines del 2001).

En definitiva, a estos tres mecanismos absolutamente dañinos —la doctrina de la arbitrariedad, la gravedad institucional y el per saltum— se debe que el ingreso del recurso extraordinario federal que carece de alguno de sus requisitos propios (cuestión federal, sentencia definitiva o superior tribunal de la causa) haya hecho estragos por la cantidad de expedientes ingresados en el alto tribunal para su resolución.

Con la finalidad de disminuir el importante caudal de expedientes que ingresa en el máximo tribunal por la vía del recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia, la Corte acudió a la herramienta de certiorari, incorporada en los artículos 280 y 285 del CPCN por ley 23774 (EDLA, 1990-66), a través de la cual se procura reservar el carril para asuntos significativos.

La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, puede desestimar el recurso extraordinario o la queja, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de real trascendencia.

La doctrina considero idóneo este mecanismo para reducir el trabajo de la Corte. Alberto Spota dijo que "la capacidad de arbitrio otorgada por el artículo 280 es constitucional", que debería haber un límite en el uso de ese artículo y que ese límite debe ser "la regla de cuatro": si cuatro integrantes del tribunal colegiado piensan que el recurso o la queja merecen ser oídos, más allá de que se les haga lugar o no, la mayoría de cinco miembros restantes del tribunal debe fundar su voto de rechazo del recurso o de la queja y no hacer uso de los términos del artículo 280 del Código Procesal.[16]

En el contexto de los artículos 116 y 117 de la CN, no existe impedimento constitucional para la división de la Corte en salas. De hecho, a ello está facultada por decreto ley 1285/58, de acuerdo con el reglamento que a los efectos se dicte, excepto en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver cuestiones de inconstitucionalidad, en que debe actuar el pleno. Creemos con Sagüés[17] que es una alternativa que no debe ser descartada con tanta facilidad como hasta ahora.

Las sentencias arbitrarias motivan el mayor número de recursos extraordinarios federales que llegan a la Corte Suprema. Para disminuirlas resulta clave la real y adecuada capacitación de los magistrados, con especial énfasis en aquellos tribunales y jueces que permanentemente incurren en arbitrariedad. A esto se debe agregar un eficiente sistema de designación y remoción.

Respecto a las demás causas, es positiva la derogación, por ley 26025, de la apelación ordinaria de los fallos de Cámara Nacional de Seguridad Social (introducida por ley

[16] Alberto A. Spota: *Recurso extraordinario, Estado y evolución actual de la jurisprudencia. Arbitrariedad. Certiorari,* Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 46.

[17] Néstor P. Sagüés: "La revisión judicial de la determinación legislativa de la competencia apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Jurisprudencia Argentina,* 2005-II, fascículo 9, p. 27.

24463 en marzo de 1995), teniendo en cuenta la cifra de expedientes que por esta vía han llegado a la Corte Suprema en los últimos años.

Es preciso que el recurso extraordinario federal vuelva a los límites fijados en los tres primeros incisos del artículo 14 de la ley 48. Para ello es indispensable repensar el papel de este recurso, con miras a lograr que configure el medio idóneo para que la Corte Suprema cumpla el rol que la Constitución le asigna, ligado a su condición de poder del Estado.

## 5. Conclusiones

Para institucionalizar la supremacía constitucional como garantía de la libertad y del Estado de derecho, en Europa se creó un organismo especial: las cortes o tribunales constitucionales. Como bien recuerda el maestro Alberto Spota:

> Las Cortes o Tribunales Constitucionales a la europea no integran el mundo de la judicatura. No son tampoco jueces administradores de justicia, llevan el control de supremacía constitucional, en condición de garantía del sistema a través de la vigencia efectiva del principio de supremacía constitucional.
>
> Como vimos, las Cortes Constitucionales a la manera italiana de la Constitución de 1947, o de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, o de la Constitución española de 1978, o de la Constitución francesa de 1958, son organismos ajenos a la capacidad de juzgamiento y tienen un control de constitucionalidad individualizado, puntual y exclusivo. Sus decisiones cuando son positivas tienen valor legislativo universal.
>
> De allí que el control de constitucionalidad en el sistema europeo tiene características y consecuencias fundamentales, bien diferentes al control de constitucionalidad a la americana.[18]

Por ello es que el control de constitucionalidad difuso que no deroga la norma declarada inconstitucional —mecánica típica de la estructura norteamericana y argentina— fue marginado en los sistemas europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Control de constitucionalidad sí, pero no en manos de los jueces que administran comúnmente justicia.

El control de constitucionalidad en manos de las cortes o tribunales constitucionales europeos, que son los únicos órganos en todo el sistema con potestad de control por supremacía constitucional, deroga la norma declarada inconstitucional con efectos erga omnes.

De este modo, en el sistema europeo el control constitucional no está en manos de los jueces, y los tribunales o cortes constitucionales tienen capacidad legislativa

[18] Alberto A. Spota: *El Consejo de la Magistratura,* Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1995, pp. 20-21.

derogatoria con extensión universal en sus efectos. La norma tachada ya no integra el plexo jurídico vigente.

En este sentido, las cortes o tribunales constitucionales europeos actuales deben ser vistos como órganos garantísticos de la supremacía constitucional. Y en cuanto a la distribución del poder político general en el Estado, deben considerarse prácticamente *órganos extrapoder,* limitativos de las capacidades decisorias del Legislativo y del Ejecutivo de acuerdo con las respectivas competencias emanadas de la Constitución. Tienen capacidad legislativa negativa erga omnes y no integran el órgano de judicatura habitual, pues pertenecen al Ejecutivo como parte de la administración del Estado.

La instalación o creación de una corte constitucional o, más simple aun, de una sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en este contexto, sería objeto de una avalancha de críticas. Sin embargo, estamos convencidos de que un principio de solución en esta cuestión podría ser que la Corte tuviera una sala constitucional que se abocara exclusivamente a las cuestiones constitucionales puras. Quizá el error sea centralizar la cuestión en la cantidad de causas que llegan y se tramitan por ante la Corte. Hay cuestiones previas en nuestra cultura constitucional.

No se promueve aquí la entrada inmediata de una institución como la que concentra la justicia constitucional en Europa. Eso sería casi una burla en estos tiempos de sombras que cubren la República, y es la realidad que se lamenta: el miserable estado de las instituciones argentinas en general y de la jurisdicción constitucional en particular.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 125-150, ISSN 1510-4974

**José Antonio Rivera S. (Bolivia)***

# Reformas constitucionales y justicia constitucional

## RESUMEN

**En este trabajo se estudia el tema desde una perspectiva doctrinal, positiva y jurisprudencial. Como base doctrinal se describe la reforma constitucional, anotando la importancia del tema, los alcances y límites de la reforma, e identificando como papel de la justicia constitucional en los procesos de reforma el ejercicio del control de constitucionalidad sobre los vicios de competencia y los vicios de procedimiento en la formación y la aprobación de las reformas constitucionales. Se analiza y describe el control orientado a resguardar la división o separación de poderes entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, a preservar los principios democráticos y a proteger los derechos humanos en el proceso de la reforma constitucional. Se concluye con una descripción de los límites al ejercicio del control de constitucionalidad. Finalmente se analizan los riesgos a los que está expuesta la justicia constitucional durante el proceso de reforma de la Constitución, el riesgo de la neutralización del control de constitucionalidad a partir de acciones directas e indirectas provenientes de los actos políticos mayoritarios y el riesgo de la desconfiguración institucional en la Constitución reformada. Al efecto se describe, a manera de ejemplo, la situación de la justicia constitucional en Bolivia, en el proceso de reforma constitucional que se viene desarrollando.**

**Palabras clave: sistema constitucional, justicia constitucional, reforma constitucional, control de constitucionalidad, tribunales constitucionales, derechos humanos, jurisprudencia comentada, Bolivia.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die vorliegende Arbeit untersucht das Thema unter doktrinären und positiv-rechtlichen Gesichtspunkten sowie aus Sicht der Rechtsprechung. Zunächst wird die Verfassungsreform als doktrinäre Grundlage vorgestellt. Dabei wird auf die Bedeutung des Themas und die Reichweite und Grenzen der Reform**

* Magíster en Derecho Constitucional. Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. Docente invitado de la Universidad Real y la Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca. Docente de posgrado en la Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz, la Universidad Andina Simón Bolívar, la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, la Universidad Mayor San Andrés de La Paz, la Universidad Domingo Savio de Santa Cruz y la Universidad Los Andes de La Paz.

**eingegangen. Die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit bei eventuellen Kompetenzüberschreitungen und Verfahrensmängeln bei der Erarbeitung und Verabschiedung von Verfassungsreformen wird als Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit definiert. Anschliessend werden die Kontrollen zur Sicherstellung der Gewaltenteilung zwischen verfassungsgebender Gewalt und den Organen der konstituierten Gewalt, zur Garantie der demokratischen Prinzipien und zum Schutz der Menschenrechte während des Verfassungsreformprozesses analysiert und beschrieben, gefolgt von einer Betrachtung der Grenzen, die der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit gezogen sind. Abschliessend wird auf die Risiken eingegangen, denen die Verfassungsgerichtsbarkeit während der Verfassungsreform ausgesetzt ist: das Risiko der Neutralisierung der Verfassungskontrolle durch direkte und indirekte Eingriffe auf der Grundlage der Entscheidungen der politischen Mehrheit und das Risiko einer Auflösung der Institutionen durch die reformierte Verfassung. Dazu wird beispielhaft die Situation der bolivianischen Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Eindruck des derzeitigen Verfassungsreformprozesses dargestellt.**

**Schlagwörter: Verfassungssystem, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsreform, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Verfassungsgerichte, Menschenrechte, kommentierte Rechtsprechung, Bolivien.**

**ABSTRACT**

**This paper discusses constitutional reform from the viewpoint of doctrine, positive law and jurisprudence. As a basis for doctrine, constitutional amendments are described in this paper, pointing out their significance, scope and limits, and also identifying as the role of constitutional justice in reform procedures the constitutionality control of jurisdictional defects and breaches of procedural requirements in the preparation and approval of constitutional reforms. It also contains a discussion and description of control aimed to safeguard the division and separation between the constituent power and the established institutions, to preserve democratic principles, and to protect human rights in the constitutional reform process. It concludes with a description of limits in the exercise of constitutional control. Lastly, there is an analysis of the risks of constitutional justice during the constitutional amendment process, the risk of defusing constitutional control directly and indirectly based on majority political action, and the risk of institutional derangement under the amended constitution. For such purpose, by way of example, the situation of constitucional justice in Bolivia, within the constitutional reform process in progress, is described.**

**Key words: constitutional system, constitutional justice, constitutional amendment, control of constitutionality, constitutional courts, human rights, annotated jurisprudence, Bolivia**

## 1. Introducción

Dos fenómenos caracterizan el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo XX y la primera del siglo XXI. El primero, es la implementación de una justicia constitucional, encargada de resolver los conflictos y controversias constitucionales, constituyéndose en el máximo guardián y último intérprete de Constitución. El segundo, un proceso de reformas constitucionales, a través de asambleas constituyentes, con la tendencia de introducir profundos cambios al respectivo sistema constitucional del Estado.

Considerando la misión de la justicia constitucional en el Estado democrático constitucional de derecho, y la finalidad que persiguen las reformas constitucionales, surge la necesidad de abordar el estudio y análisis del tema *reformas constitucionales y justicia constitucional*, a objeto de determinar cuál es la relación entre ambos institutos jurídicos, de manera que se pueda definir el papel que desempeña la justicia constitucional en las reformas constitucionales, qué alcances y límites tiene la labor desarrollada por la justicia constitucional con relación a las reformas constitucionales; asimismo, determinar en qué medida afectan las reformas constitucionales a la labor de control de constitucionalidad que desarrolla la justicia constitucional, y determinar cuáles son los riesgos que generan las reformas constitucionales con relación a la institucionalidad de los tribunales constitucionales, a través de los cuales se ejerce la justicia constitucional.

Son esos los temas que en el presente trabajo se abordan desde una perspectiva jurídica constitucional, acudiendo para ello a la fuente doctrinal, positiva y jurisprudencial, contrastando las hipótesis formuladas con datos fácticos.

## 2. La reforma constitucional

La reforma constitucional y la forma de encarar ese proceso fueron, son y serán siempre los temas más importantes del derecho constitucional, por lo tanto, objeto de polémicas constantes.

Así, al aprobar la primera Constitución escrita y sistematizada, como es la de Estados Unidos, se generó un profundo debate doctrinal sobre si se debió adoptar un procedimiento flexible o rígido para reformar la Constitución; en el debate surgieron dos corrientes absolutamente contrapuestas; una sostuvo la flexibilidad y otra la rigidez del procedimiento de reforma; al final, como expresara Madison, fue preciso encontrar un sistema que protegiera a la Constitución "por igual contra esa facilidad extrema, que haría a la Constitución demasiado variable, y contra esa exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos".[1]

Los franceses no estuvieron exentos del debate, pero al final introdujeron una norma expresa en el artículo 28 de la Constitución de 1793, en la que se declaró que "Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras"; un principio que expresa la sentida necesidad de evitar una Constitución inmutable que mutile a las generaciones posteriores a la que creó la Ley Fundamental, su derecho de dotarse de sus propias normas y definir su propio destino, asumiendo un pacto social acorde con su realidad.

Existen sobradas razones para reformar una Constitución; unas son de orden estrictamente político y otras son esencialmente de orden jurídico.

En el orden político, tomando en cuenta que la Constitución es un pacto social y político que fija las normas y reglas básicas de convivencia pacífica y la construcción

[1] *El Federalista*, XLIII, traducción de G. R. Velasco, México, 1943, p. 191.

democrática de la sociedad, ese pacto suele enfrentar una crisis de legitimidad, que exige de una renovación del pacto; o, en su defecto, debido a los cambios dinámicos que enfrenta la sociedad, el pacto ya no responde a la realidad social, económica y política que debe regir la Constitución.

Con relación a las razones jurídicas, cabe señalar que la Constitución, como toda obra humana, no es perfecta, pues siempre presenta problemas de contradicciones, imprecisiones o imprevisiones, conocidas también por la doctrina como *lagunas*; las que conforme hace notar el profesor Loewenstein,[2] pueden ser de dos tipos: a) las descubiertas o *lagunas del constituyente*, aquellas en las que "el Poder Constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo"; y b) las ocultas o *lagunas de la Constitución*, aquellas que se producen cuando "en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada".

En consecuencia, siempre existirá la necesidad de efectuar las correcciones y los cambios necesarios en el texto constitucional. De ahí que toda Constitución escrita consigne entre sus normas cláusulas referidas a su reforma, estableciendo procedimientos diferenciados de aquellos que se emplean para modificar la legislación ordinaria. Ello como una respuesta a la necesidad de dotar al Estado de un mínimo de seguridad jurídica, lo que exige estabilidad constitucional; pues como hizo notar James Bryce:[3]

> […] la estabilidad de una Constitución es una cualidad muy deseable, porque da a las conciencias de los ciudadanos una sensación de seguridad que redunda en beneficio del orden, la industria y la economía; y a la vez porque permite acumular experiencias que hacen posible el mejoramiento de la Constitución.

Resulta necesario remarcar que, considerando su importancia en un Estado democrático constitucional de derecho, la Constitución debe estar dotada de una garantía de estabilidad, lo que supone que no debe estar sometida a cambios con demasiada frecuencia. Ello no significa que sus normas sean pétreas e inmodificables, pues la estabilidad no conlleva la prohibición de la reforma constitucional; se entiende que no reformar oportunamente la Constitución podría generar un divorcio creciente entre el proceso político y social con el texto constitucional.

Por lo referido, la reforma constitucional debe concebirse como un mecanismo de balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos que conllevan los procesos de cambio social, político y económico. Es necesario tener presente que, como dice Miguel Carbonell:[4]

---

[2] Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución,* traducción de A. Gallego A., 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 1976, pp. 170-171.

[3] James Bryce: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* (estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú), Madrid, 1988, p. 92.

[4] Miguel Carbonell: "Sobre la reforma constitucional y sus funciones", en el libro colectivo *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos,* México: Porrúa y UNAM, 2000, p. 377.

> […] tan nefasta es una hiperreformabilidad continua, como una inmovilidad irrazonable. Entre ambos extremos, la reforma constitucional puede desempeñar con éxito sus funciones.

Cabe señalar que, en el contexto referido, una de las partes fundamentales de toda Constitución es la que regula el procedimiento de la reforma constitucional, es decir, aquellas normas constitucionales que definen la forma en que se reformará, determinan a quién corresponderá la iniciativa, quién tendrá el poder reformador, cuáles serán las ocasiones y los plazos en los que se efectuará la reforma, los mecanismos de participación ciudadana y el papel que desempeñen los órganos del poder constituido en el proceso de reforma. Dependerá de esas normas la estabilidad constitucional y el equilibrio entre la inmutabilidad irrazonable y el "reformismo" irresponsable; pues, como sostiene Pedro de Vega,[5] es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valoran el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución.

## 2.1. La reforma parcial y la reforma total

Un tema que suscitó y aún suscita gran debate constitucional es el referido a la extensión de la reforma, vale decir, la definición sobre si la reforma constitucional puede ser total o solamente parcial.

En el constitucionalismo clásico se sostuvo la tesis de que la reforma solo podía ser parcial, lo que significaba que solo podían reformarse algunas partes de la Constitución y no la totalidad, y menos afectar las líneas básicas y estructurales que se refieren a la forma de Estado, el régimen de gobierno, los derechos fundamentales de las personas; en suma, lo que se podría denominar el *núcleo esencial* del sistema constitucional. Fue sobre la base de esa tesis principal que la mayoría de las constituciones previeron solamente la reforma parcial; así, la Constitución de Bolivia, desde que fue adoptada en 1826 hasta la reforma constitucional del 2004, previó solamente la reforma parcial.

En el constitucionalismo contemporáneo esa tendencia fue cambiando gradualmente, toda vez que, de un lado, los diferentes Estados fueron incorporando en el texto de su Constitución ambas posibilidades, es decir, la reforma parcial y también la reforma total, y, de otro, el debate constitucional fue cambiando de orientación, pues resulta más importante definir el órgano encargado de realizar la reforma, el procedimiento de reforma —si es único o diferenciado— y la participación popular en el proceso de reforma —es decir, la participación ciudadana en la iniciativa o formulación del proyecto de reforma, así como en la aprobación o ratificación de la reforma constitucional—. Así, la Constitución de España de 1978, la de Colombia de 1991 o la de Costa Rica de 1968 prevén la reforma parcial y la reforma total, a cuyo efecto determinan procedimientos diferenciados.

---

[5] Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Madrid, 1991, p. 81.

Es importante advertir que la reforma parcial o total de la Constitución no se refiere a la cantidad de normas a ser reformadas, sino a los elementos del sistema constitucional que pueden o no ser objeto de modificación o sustitución; entonces, no se trata de un problema cuantitativo, orientado a definir el *cuánto,* sino de un problema cualitativo, orientado a definir el *qué* se puede o no modificar en el sistema constitucional configurado por la Constitución.

La reforma parcial implica modificar la Constitución en todas aquellas partes que no afecten al núcleo esencial del sistema constitucional configurado en su parte axiológica, la parte dogmática y la parte orgánica.

Se trata de reforma total cuando se introducen modificaciones respecto a los aspectos esenciales de la vida política, social y económica del Estado; esto es, modificar el sistema constitucional cambiando el sistema de valores supremos y principios fundamentales, sustituyendo el tipo de Estado vigente por otro nuevo, cambiando el régimen de gobierno que impera por otro diferente, introduciendo cambios importantes en la estructura social, jurídica, económica y política del Estado, o introduciendo cambios significativos a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Precisamente, a partir de los alcances de la reforma constitucional es que las constituciones definen la titularidad de la reforma, es decir, el órgano encargado de encararla. Así, la tendencia generalizada es que si la reforma es parcial la labor se encomienda al poder constitucional reformador, ejercido por el órgano legislativo, mismo que, cuando realiza la reforma constitucional, no actúa en su condición de órgano del poder constituido, sino ejerciendo la investidura especial que le otorga el constituyente originario. En cambio, cuando la reforma es total, la labor es ejercida por el poder constituyente reformador, que generalmente es la asamblea constituyente ad referéndum.

## 2.2. Los límites a la reforma constitucional

Otro tema objeto de profundo debate es el referido a los límites que tiene la reforma constitucional; ello porque existen posiciones encontradas en torno a si es posible imponer límites al poder constituyente originario, cuando la reforma es encarada en esa instancia, si es permisible imponer límites sin correr el riesgo de convertir en cláusulas pétreas las normas de la Constitución y, de imponerse, qué tipos de límites son admisibles.

Al respecto, cabe señalar que en el constitucionalismo clásico se asumió una posición contraria a imponer límites para el caso en que el poder constituyente proceda al cambio de una Constitución, una posición que tuvo su sustento en la naturaleza del poder constituyente. El francés Emmanuel Sieyés, al referirse al carácter ilimitado del poder constituyente, sustentó su tesis en la idea del origen de este poder, que a su criterio fue la Nación, de manera que para este estudioso "basta que la Nación quiera" para que se adopte una u otra decisión sin que exista límite alguno, pues el poder constituyente lo puede todo y de ninguna manera está sometido de antemano a una Constitución dada. De otro lado, el profesor alemán Carl Schmitt sustentó el carácter

absoluto e ilimitado del poder constituyente originario en la fuente del poder invocada por Hobbes: *voluntad facet legem*.

En el constitucionalismo contemporáneo, esa posición ha sufrido profundos cambios, debido a que, en el nuevo contexto mundial caracterizado por los fenómenos de la globalización y la integración regional, ningún poder de reforma, ni siquiera el poder constituyente fundador u originario, puede actuar al margen de los compromisos y obligaciones que asume el respectivo Estado en el marco del derecho internacional, el derecho de integración o derecho comunitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

De lo referido se puede concluir que, más allá de los debates doctrinales, no existe una reforma constitucional ilimitada; ello significa que incluso una reforma total realizada por el poder constituyente originario está sujeta a límites estructurales, axiológicos y dogmáticos, así como a límites que nacen de los compromisos internacionales del Estado.

Ahora bien, los límites a la reforma constitucional varían en función del poder encargado de desarrollar la labor.

Si la reforma constitucional total será realizada por el poder constituyente originario o fundador, formalmente no existen límites jurídico-positivos, pero materialmente se imponen límites que, en el orden interno, pueden ser clasificados en dos: los ideológicos, emergentes del ámbito axiológico —denominados por algunos como las *creencias* o por otros como los *valores supremos*— y los estructurales, que emergen del ámbito social —como el sistema productivo, las clases sociales, etcétera—. Asimismo, existen límites que derivan de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en los tratados, pactos o convenciones internacionales en materia de derechos humanos o en materia de integración regional.

En cambio, si la reforma constitucional será realizada por el poder constituyente reformador o el poder constitucional reformador, ejercido por el órgano legislativo, de un lado se imponen límites materiales de orden ideológico y de orden estructural, y de otro se imponen límites positivo-jurídicos, caracterizados como *límites autónomos* —aquellos que derivan del ordenamiento jurídico fundamental interno— y *límites heterónomos* —aquellos que derivan de las obligaciones y los compromisos internacionales asumidos por el Estado a través de tratados, convenciones y pactos internacionales.

Cabe señalar que la doctrina constitucional reconoce dos clases de límites autónomos. Los *límites autónomos procesales* se refieren a la competencia del poder de reforma, al trámite y los procedimientos que deben ser cumplidos por el poder constituyente reformador o el poder constitucional reformador al realizar la reforma de la Constitución. Los *límites sustanciales* se refieren al contenido de la reforma, es decir, son límites al contenido mismo de la reforma impuestos por el poder constituyente originario en función de determinados valores supremos o principios fundamentales. Así, por ejemplo, se suele establecer la prohibición de modificar el contenido ideológico de la Constitución expresado en los valores supremos —es la tendencia del *iusnaturalismo*—, o del modelo de Estado democrático por otro autocrático o despótico; también se suele prohibir la supresión de los derechos humanos positivados en

la Constitución, lo que se conoce también como la inderogabilidad de la declaración de derechos fundamentales y la irreversibilidad de la declaración de los derechos fundamentales. A esos límites la doctrina los conoce con el nombre de *cláusulas pétreas* o *intangibles,* pues son normas fundamentales cuya reforma está prohibida, ya sea de manera implícita o explícita.

## 3. El papel de la justicia constitucional en los procesos de reformas constitucionales

Para comprender el papel de la justicia constitucional en los procesos de reformas constitucionales resulta necesario referirse, de manera resumida, a la misión que ella tiene en un Estado democrático constitucional de derecho.

La justicia constitucional inicialmente se estructuró como un sistema de control de la compatibilidad de las leyes con la Constitución; tuvo su configuración en la tendencia racionalizadora del poder, como una reacción frente a la primacía parlamentaria, de manera que las disposiciones legales ordinarias cumplan con las condiciones de validez previstas por la Constitución.

Después de la segunda posguerra mundial, la justicia constitucional surgió como una manifestación del Estado democrático constitucional de derecho, en cuanto supone la consagración del principio de supralegalidad constitucional, para resguardar y preservar la supremacía de la Constitución, la tutela de los derechos fundamentales de las personas y la configuración moderna del principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, tanto en el sentido horizontal como el vertical o territorial.

Es importante señalar que la justicia constitucional se fundamenta en la necesidad de salvaguardar el sistema constitucional que se configura en la Constitución sobre la base de un sistema de valores y principios fundamentales, de proteger los derechos fundamentales de las personas y de resguardar el régimen democrático con un gobierno limitado por la Constitución; de manera que, como sostiene Fernández Segado,[6] se pueda prevenir la tiranía de la mayoría y evitar que los poderes de decisión política asuman formas y contenidos arbitrarios.

Como afirmó Rudolf Smend, citado por García de Enterría,[7] la justicia constitucional, ejercida a través de los tribunales constitucionales, tiene una triple tarea que cumplir en un Estado social y democrático constitucional: en primer lugar, crear orden en el amplio sentido de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que solo puede crear un orden auténtico una justicia independiente del más alto rango; en segundo lugar, fortalecer las bases de la existencia política, en la que a los ciudadanos se nos permite experimentar la vivencia de la condición de Estado constitucional de derecho,

---

[6] Francisco Fernández Segado: "La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano", en Tribunal Constitucional (ed.): *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003,* Sucre: Kipus, 2003, p. 203.

[7] Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1983, p. 195.

de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres; finalmente, luchar por el imperio de los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

Entonces, en un Estado democrático constitucional de derecho, la justicia constitucional tiene como misión fundamental custodiar y defender la Constitución, garantizando su primacía; brindar una garantía evolutiva de los derechos fundamentales de las personas en el contexto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; proteger la democracia y el Estado constitucional de derecho; resguardar la separación de poderes y la distribución de funciones entre los órganos del poder constituido para garantizar un equilibrio en el ejercicio del poder político del Estado; resguardar el pluralismo político y con ello de la protección de las minorías de todo tipo.

Como parte de su misión fundamental la justicia constitucional cumple un papel importante en los procesos de reformas constitucionales, que consiste en ejercer un control de constitucionalidad sobre esos procesos, con la finalidad de: 1) preservar el principio de separación de poderes en los cuatro niveles que extraordinariamente identificó el profesor García Pelayo: a) la separación entre el poder constituyente y el poder constituido; b) en la relación Estado-sociedad, es decir la división entre el poder estatal y los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales; c) la separación entre los órganos del poder constituido, es decir, la distribución de competencias atribuidas a órganos de un mismo rango dentro del orden constitucional, y d) la división vertical o territorial del ejercicio del poder político, es decir, la distribución de competencias entre los niveles centrales del Estado, los niveles regionales y locales; 2) resguardar los principios democráticos frente a los desvaríos de las mayorías, para proteger a las minorías; 3) proteger los derechos humanos, como garantía para el desarrollo del verdadero debate democrático, y 4) preservar el Estado constitucional de derecho en el proceso de elaboración y adopción del pacto constitucional.

## 3.1. El control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales

Como se ha referido, la reforma constitucional tiene, de un lado, límites de orden ideológico y estructural y, de otro, límites de orden jurídico-positivo, que derivan de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por el Estado, así como del ordenamiento jurídico interno expresado en la Constitución, las leyes orgánicas que regulan la materia[8] y los reglamentos internos de los poderes de reforma constitucional. Para impedir que estos poderes excedan los límites fijados y violenten la esfera de división del poder y los principios democráticos, vulneren los derechos humanos y desconozcan el Estado constitucional de derecho, se encomienda a la justicia constitucional la labor ejercer control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales.

[8] Básicamente se tiene la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente y la Ley del Referéndum Constitucional para la aprobación o ratificación de la Constitución, según corresponda al procedimiento previsto.

Cabe señalar que el control de constitucionalidad sobre los vicios de competencia y los vicios procedimiento en la formación y la aprobación de las reformas constitucionales es, sin lugar a dudas, una de las funciones más trascendentales de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas.

En el contexto referido, la justicia constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales con relación a la división o separación de poderes entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, para verificar que estos últimos no se hayan arrogado competencias y funciones propias del poder constituyente o del poder constitucional de reforma y para que el poder constitucional reformador no se haya arrogado las competencias y funciones del poder constituyente, de manera que, a título de reforma parcial, no haya sustituido la Constitución adoptada por este último. Asimismo, ejerce la función de verificar que el poder constituyente no se arrogue las funciones de los órganos del poder constituido ni ejerza las atribuciones que corresponden al gobierno, de modo que su función constituyente se reduce a reformar o modificar la Constitución.

En definitiva, la justicia constitucional, con relación al resguardo de la división o separación de poderes, controla que el proceso de la reforma constitucional no se desarrolle con vicios de competencia, anulando todo acto de invasión de competencias.

Respecto a la preservación de los principios democráticos, la justicia constitucional ejerce control de constitucionalidad sobre los procesos de reforma constitucional para evitar que, según la concepción errónea de que la democracia es el gobierno omnímodo de las mayorías, los grupos de poder que tengan una mayoría circunstancial en el poder constituyente o el poder constitucional reformador que encara la reforma constitucional aprueben normas constitucionales que lesionen la legitimidad interna de la Constitución[9] anulando la democracia. Así, por ejemplo, cuando la mayoría política ocasional, sin respetar las normas básicas del debate y los procedimientos previstos en la Constitución, la ley y el reglamento interno, apruebe una norma en virtud de la cual concentra todo el poder en un solo ente u órgano constitucional, como es el Ejecutivo, o adopte una Constitución que exprese un proyecto de ejercicio hegemónico del poder político de un colectivo social con exclusión y marginación de otros colectivos sociales, está claro que esa determinación acabaría con la operatividad futura del principio democrático de la pluralidad.

Frente a esos potenciales peligros, la justicia constitucional ejerce el control de constitucionalidad para garantizar que la soberanía popular sea expresada a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas preestablecidas de procedimiento, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática y la adopción de un pacto constitucional sobre la base de una discusión pública que haya permitido la participación activa de las minorías y respetado las reglas de la mayoría exigida para

[9] Según el profesor español Manuel Aragón, la legitimidad, desde el punto de vista jurídico-constitucional, no es otra cosa que la "congruencia" entre fines y medios expresados por la Constitución o, en otras palabras, la "congruencia" constitucional entre principios materiales y principios estructurales.

dicho efecto. En ese cometido, la justicia constitucional controla que la reforma constitucional no se desarrolle ni materialice con vicios de orden procesal.

Con relación al resguardo y la protección de los derechos humanos, siendo estos los presupuestos materiales del Estado constitucional de derecho y los presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, la justicia constitucional desarrolla la labor de control de constitucionalidad en diferentes escenarios.

El primero se refiere al proceso de conformación del poder constituyente o el poder constitucional reformador, esto es, el proceso de selección de candidatos y elección de los representantes, resguardando los derechos políticos de los ciudadanos de acceder a los cargos electivos en igualdad de condiciones y oportunidades, garantizando que el derecho de sufragio activo y pasivo no sea vulnerado.

El segundo se refiere al proceso de formación de la voluntad democrática constitucional para adoptar las reformas constitucionales —es decir, el proceso de elaboración, de discusión pública, la presentación y el debate de los informes, el debate sobre el proyecto y la votación—. Se trata de resguardar que el derecho de representación política de los miembros del poder constituyente o del poder constitucional reformador, en general, y de aquellos grupos minoritarios dentro de esos órganos, en particular, sea respetado y no se vea vulnerado, de manera que las decisiones adoptadas sean el fruto de un adecuado funcionamiento de la representación política, sobre la base del pluralismo; se trata asimismo de que se mantengan abiertos y expeditos los canales de participación ciudadana, como vías de transformación social pacífica y democrática, y de vigilar que se facilite la representación efectiva de las minorías, respetando el derecho al disenso.

El tercero se refiere a la participación ciudadana en el proceso de formación de la voluntad democrática constitucional, es decir, la participación en la formulación de la iniciativa o formulación del proyecto de reforma, así como en la aprobación o ratificación de la reforma constitucional aprobada por el poder constituyente o el poder constitucional reformador, resguardando que las decisiones colectivas, que vinculan a toda la sociedad, sean un producto de una discusión pública en la que todos los ciudadanos y ciudadanas tengan derecho a participar en igualdad de oportunidades, así como que se respete su derecho de sufragio en el referéndum aprobatorio o ratificatorio.

Pero, más allá de ese control que abarca el ámbito procedimental, en el que se protegen los derechos humanos, la justicia constitucional desarrolla la labor de control de constitucional en el ámbito sustancial, resguardando que las reformas y modificaciones de la Constitución no den lugar a la supresión de los derechos humanos, consagrados como derechos fundamentales.

Finalmente, con relación al Estado democrático de derecho, la justicia constitucional ejerce control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional para resguardar las normas básicas preestablecidas que regulan el proceso, normas que regulan el procedimiento de formación de la voluntad democrática constitucional. Cabe recordar que el respeto de los procedimientos en la reforma constitucional es vital porque se trata de modificar la norma fundamental del Estado, misma que, dada su importancia,

está dotada de supremacía y de rigidez, por lo cual su reforma exige procedimientos especiales agravados, en especial en dos aspectos: mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos. En ese cometido la justicia constitucional resguarda que la reforma constitucional se desarrolle sin vicios de procedimiento, anulando cualquier vicio que se presente y reponiendo el procedimiento, para garantizar que los cambios sean democráticos y que aseguren la libertad, la justicia, la igualdad y los demás valores indispensables para legitimarlos y lograr la convivencia pacífica.

## 3.2. Límites del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales, a diferencia del que se ejerce con relación a las disposiciones legales ordinarias, no alcanza a la verificación de los vicios materiales de la reforma constitucional. Desde otra perspectiva: la labor de control de constitucionalidad que desarrolla la justicia constitucional con relación a las reformas constitucionales solo alcanza a la verificación y consiguiente anulación, si corresponde, de los vicios formales relacionados con el tema de la competencia o el tema de los procedimientos.

Existen fundadas razones para que el control de constitucionalidad que ejerce la justicia constitucional sobre las reformas constitucionales tenga un límite en cuanto se refiere a la verificación de los vicios materiales. Entre esas razones se pueden identificar las siguientes:

### *3.2.1. El principio de división de poderes o separación de funciones sobre el que se configura el Estado democrático constitucional de derecho*

Conforme a ese principio existe una clara separación entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, pues en tanto aquel es la soberanía originaria, suprema, extraordinaria y directa en cuyo ejercicio se da nacimiento y personalidad al Estado, dotándolo de la norma básica fundamental, estos son los órganos constitucionales creados por el constituyente para ejercer el poder político desempeñando las diferentes funciones del Estado. Esa separación entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido implica también la imposición de una jerarquía, en la que aquel se encuentra en un nivel superior, lo que significa que los órganos del poder constituido se hallan subordinados al poder constituyente.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, a través del cual se ejerce la justicia constitucional, como parte de los órganos del poder constituido está subordinado al Poder Constituyente. En consecuencia, no puede revisar las decisiones de este, es decir, no puede revisar el contenido material de la reforma constitucional que es la decisión del poder constituyente; simplemente puede ejercer control con relación a los vicios de competencia y vicios de procedimiento, conforme a lo que ya se tiene referido precedentemente.

### *3.2.2. El parámetro de juicio de constitucionalidad*

Es importante señalar que la justicia constitucional, en la realización de su función de control de constitucionalidad, tiene como parámetro la Constitución, pues a esa norma debe sujeción y su misión es resguardarla y custodiarla. Ello significa que el juicio de constitucionalidad debe desarrollarse contrastando las disposiciones legales, los actos u omisiones sometidos al control con: a) las normas axiológicas, que consagran los valores supremos, como la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad humana, o los principios fundamentales como la soberanía popular, la separación de funciones, la supremacía constitucional, la reserva legal, la seguridad jurídica, entre otros; b) las normas dogmáticas, que consagran el catálogo de los derechos fundamentales de las personas, y c) las normas orgánicas que regulan la organización y el funcionamiento del Estado, determinando los órganos a través de los cuales se ejerce el poder y se establecen las atribuciones y competencias.

Por la razón mencionada es que uno de los presupuestos jurídicos para el control de constitucionalidad es la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida, lo que implica que en el Estado se imponen los principios fundamentales de supremacía constitucional y jerarquía normativa, pues se entiende que, si la Constitución es flexible, se ubica en el mismo rango que una ley ordinaria, en cuyo caso las leyes ordinarias tienen la misma jerarquía constitucional; por lo tanto, no es posible que sean contrarias a la Constitución, toda vez que si lo fueran no la estarían contrariando sino modificando o derogando.

Ahora bien, sobre la base de las premisas referidas, se entiende que la Ley de Reforma de la Constitución tiene el mismo rango jerárquico que la Constitución; por lo tanto, está modificando o reformando la Constitución vigente, lo que significa que una vez sancionada y promulgada dicha ley se convierte en el nuevo parámetro de juicio de constitucionalidad para el control que ejerce la justicia constitucional. Así, no tendría sentido someter a juicio de constitucionalidad el contenido material de la Ley de Reforma de la Constitución, al no existir un parámetro para realizar el juicio de constitucionalidad, salvo que exista una cláusula pétrea o cláusula intangible en la Constitución reformada, y aun en ese caso se presentaría la dificultad, ya que esa cláusula quedaría derogada como consecuencia de la reforma.

### *3.2.3. La validez relativa de las cláusulas pétreas o intangibles*

Un sector de la doctrina, representado entre otros por el profesor Rubén Hernández Valle,[10] considera que, aunque existan cláusulas pétreas o intangibles, la justicia constitucional no podría realizar el control de constitucionalidad sobre el contenido material de la reforma, es decir, no podría verificar y anular los vicios materiales, en razón de que ello vulneraría la legitimidad interna de la Constitución.

[10] Rubén Hernández Valle: "El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional", en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 457-476.

El referido constitucionalista, analizando el alcance de las cláusulas pétreas como límites a la reforma constitucional, considera:

> […] tales normas prohibitivas, sin embargo y desde el punto de vista jurídico, tienen apenas un valor relativo, puesto que el mismo órgano estatal encargado de la reforma constitucional puede derogarlas en cualquier momento por mecanismos previstos en el texto constitucional para su reforma general, a fin de proceder posteriormente a modificar la cláusula que contenía la norma pétrea.

Más adelante, en esa misma línea de análisis, el citado profesor sostiene:

> […] el orden jurídico-político fundado por el constituyente originario es contingente y, por lo tanto, relativo [por ello] lo que se traduce en una Constitución es el consenso de las fuerzas políticas y de los valores dominantes en un determinado momento histórico, lo que no impide que, en el futuro, tal consenso varíe, ya sea por diverso acomodo de las fuerzas dominantes o de una variación sustancial en los principios y valores que sustenta la sociedad civil subyacente. La Constitución, en consecuencia, por definición, está abierta a su transformación, pues la democracia se asienta, entre uno de sus principios básicos, en el pluralismo político, lo que significa que toda Constitución democrática ofrece un abanico de posibilidades para desarrollar ese principio democrático.

Cabe advertir que la doctrina no es uniforme al respecto, pues existen corrientes de pensamiento que plantean la posibilidad de que la justicia constitucional pueda ejercer también control sobre los vicios materiales. Esta tesis tiene su base en los límites ideológicos y los límites normativos sustanciales a la reforma constitucional; se sostiene que si un límite natural a la reforma constitucional encarada por el poder constituyente, incluso el originario, son los valores supremos y los derechos humanos —lo que supone que a través de la reforma constitucional no pueden quebrantarse los valores de la dignidad humana, la igualdad, la justicia o la libertad, ni pueden suprimirse los derechos humanos positivados por la Constitución—, entonces la justicia constitucional debe verificar que las reformas constitucionales adoptadas no incurran en esos vicios materiales.

## 4. La justicia constitucional en los procesos de reforma constitucional

Si bien es cierto que la justicia constitucional desempeña un papel importantísimo en los procesos de reforma constitucional, no es menos cierto que esa labor no es recibida de manera pacífica por los actores del proceso de reforma; en otras palabras, la labor desarrollada por la justicia constitucional no está exenta de tensiones que se generan en los poderes de reforma, cuyas acciones y decisiones son objeto del control de constitucionalidad.

En los procesos de reforma constitucional, dada la labor de limitar el ejercicio del poder, la justicia constitucional enfrenta riesgos y peligros, ya que está expuesta a una

serie acciones provenientes de los actores del proceso que están orientadas a desactivarla para neutralizarla durante el proceso y, en su caso, a desinstitucionalizarla en la reforma misma.

## 4.1. Los riesgos que enfrenta por la labor de control a la reforma constitucional

Un primer problema que tiene que enfrentar la justicia constitucional durante los procesos de reforma constitucional es el riesgo de ser neutralizada en el cumplimiento de su labor de control de constitucionalidad sobre la reforma. Existen ejemplos concretos, como son los casos acaecidos en el Perú durante el régimen presidido por Alberto Fujimori,[11] o en Bolivia durante el actual proceso de reformas.

Los actores del proceso de reformas constitucionales, especialmente los que ejercen el poder político, encuentran motivo para desplegar acciones que neutralicen la labor de control de constitucionalidad en la limitación de su poder político.

En efecto, la justicia constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad, limita el ejercicio del poder político de los órganos encargados de realizar la reforma, toda vez que, como se ha referido, anula los vicios de competencia y los vicios de procedimiento. Quien ejerce el poder político no admite limitación ni restricción alguna; menos admite tener un control a su accionar; por lo tanto, encuentra un obstáculo para sus pretensiones de introducir transformaciones profundas en el diseño del sistema constitucional del Estado.

Cuanto más eficaz es el control de constitucionalidad, más riesgos enfrenta la justicia constitucional ante los actores del proceso de reforma, especialmente los sectores mayoritarios que pretenden imponer su visión de Estado, pues estos despliegan acciones tendientes a menoscabar la independencia de la institución en general y de los magistrados en particular, por la vía del desprestigio, la presión y las amenazas. Si ello no da resultados, pasan a la acción directa para obligarlos a renunciar al cargo o buscan su destitución por la vía de apertura de procesos jurisdiccionales de responsabilidad.

El caso del Tribunal Constitucional de Bolivia es ejemplo emblemático de ese accionar tendiente a neutralizar el control de constitucionalidad sobre el proceso de reforma constitucional, conforme se describe a continuación.

Bolivia encara un proceso de reforma total de la Constitución mediante la Asamblea Constituyente, la que fue convocada y se instaló como un poder constituyente

[11] El Congreso de la República del Perú, mediante resoluciones legislativas números 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, de 28 de mayo de 1997, decidió destituir a tres magistrados del Tribunal Constitucional por haber votado y firmado una sentencia (de 27 de diciembre de 2006) en la se declaró inaplicable la ley n.º 26657, de Interpretación Auténtica del Art. 112 de la Constitución, para posibilitar la segunda reelección del presidente Alberto Fujimori. Las resoluciones legislativas fueron emitidas después de haber sustanciado un procedimiento irregular ante el Congreso Nacional, con una serie de violaciones de los derechos humanos de los magistrados. La Corte Interamericana de derechos Humanos, mediante sentencia de 31 de enero de 2001, estableció que el Estado peruano había violado los derechos humanos de los magistrados, por lo que declaró la responsabilidad del Estado.

reformador sobre la base de las normas previstas por el artículo 232 de la Constitución vigente, la ley n.º 3364, de Convocatoria a la Asamblea Constituyente. En su organización y funcionamiento está sujeta a las normas previstas por la Constitución vigente, la referida ley de convocatoria y el reglamento interno aprobado por la propia Asamblea, normas en las cuales se establecen los ámbitos de competencia y los procedimientos para la formación de la voluntad democrática constitucional y la adopción de una nueva Constitución. La ley n.º 3364, entre otras cosas, fija el plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, con un mínimo de seis meses y un máximo de un año; asimismo define la votación requerida para la aprobación de la Constitución y sus normas en dos tercios de votos, una votación cualificada que tiene por finalidad lograr un pacto social y político de inclusión.

Instalada la Asamblea Constituyente, en la aprobación del reglamento interno el bloque de mayoría, conformado por los asambleístas del oficialista Movimiento Al Socialismo (MAS), logró imponer mediante votación que la nueva Constitución será aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Constituyente, en franca contravención de lo previsto por el artículo 25 de la Ley de Convocatoria. Ante esa determinación, asambleístas del bloque de minoría presentaron ante el Tribunal Constitucional una demanda de infracción de procedimiento. El Tribunal Constitucional, a través de su Comisión de Admisión, mediante auto constitucional n.º 568/2006-CA, de 17 de noviembre de 2006, rechazó *in límine* la demanda, con el siguiente argumento:

> […] el procedimiento de aprobación de un reglamento interno no puede tratar de emular o asimilar al procedimiento legislativo ordinario y menos al de reforma constitucional, ya que uno tiene contenido eminentemente orgánico administrativo, procedimental y formal; en cambio, los otros implican el estricto seguimiento de las cláusulas de seguridad propias de una Ley Fundamental rígida.

Empero, en el mismo auto constitucional referido, advirtió:

> El Tribunal Constitucional es competente para conocer los recursos constitucionales contra actuaciones de la Asamblea Constituyente, así el art. 120.10a de la CPE le reconoce la facultad de conocer las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución; a su vez, el art. 117 de la LTC dispone que el control se circunscribirá a la observancia de las formalidades de procedimiento de reforma establecido en los arts. 230, 232, 233 y 234 de la CPE, que se refieren a la reforma de la Constitución; empero, el citado art. 232 de la Ley Fundamental determina que "La reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente […]", precepto del que se infiere que tanto el procedimiento de reforma parcial como el de reforma total de la Constitución están sometidos al control del Tribunal Constitucional [en lo que se refiere a la] observancia de las formalidades constitucionales.

Esa advertencia motivó que desde el gobierno se desplegaran acciones directas e indirectas tendientes a neutralizar a la justicia constitucional, ejercida por el Tribunal Constitucional, para evitar un control de constitucionalidad a la reforma constitucional.

Las acciones desplegadas con la intención de menoscabar la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional a fin de neutralizar a la justicia constitucional, cronológicamente se pueden resumir en las siguientes:

a. Acciones de desprestigio, mediante injustas, infundadas y calumniosas acusaciones públicas lanzadas por el presidente de la República contra magistrados del Tribunal Constitucional, por admitir a trámite procesos constitucionales que cuestionan las decisiones del gobierno con infracción de la Constitución.
b. Acciones de amedrentamiento, mediante acciones de grupos de ciudadanos, autodenominados "movimientos sociales", que asumieron acciones de hecho, atacando físicamente las instalaciones del Tribunal Constitucional, al grado de haber puesto explosivos en las puertas del edificio en el que funciona, lo que provocó daños materiales y personales, con la exigencia pública de la renuncia de los magistrados si no emiten sentencias en un determinado sentido requerido por ellos. Ante estas acciones el gobierno no ha asumió medida alguna, pues no se dispuso el resguardo físico de las instalaciones del Tribunal Constitucional, ni de la integridad física y la vida de sus magistrados, al extremo que hasta la fecha no se ha investigado el caso ni, por lo tanto, no se sancionó a sus autores. El 21 de mayo de 2007, un grupo afín al gobierno, autodenominado Víctimas de Octubre de 2003, atacó nuevamente con acciones de hecho al Tribunal Constitucional, lanzando piedras, echando pintura a las paredes y pintarrajeando con eslóganes que acusan de corrupción a los magistrados, mellando su dignidad humana, y anunciaron mediante los medios masivos de comunicación social que desplegarían acciones permanentes hasta que los magistrados renuncien a sus funciones. El gobierno no adoptó medida alguna en contra de esos ciudadanos ni para brindar protección al Tribunal Constitucional y sus magistrados. Finalmente, el presidente de la República manifestó públicamente que en Bolivia "existen instituciones de sobra porque se oponen al cambio, como el Tribunal Constitucional […] que la Asamblea Constituyente tendría que analizar la situación de esta institución" [sic], con lo que reiteró su posición anterior de suprimir el Tribunal Constitucional.
c. Acción directa para lograr la destitución de los magistrados y magistradas, mediante la instauración de un injusto e ilegal juicio de responsabilidades contra cuatro de ellos, ante la denuncia planteada por el presidente de la República, quien los acusó de haber cometido delitos de prevaricato, de emitir resoluciones contrarias a la Constitución y de impedir o estorbar el desempeño de funciones públicas; delitos en los que supuestamente habrían

> incurrido al emitir la SC 0018/2007, de 9 de mayo. Ello porque el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad planteado por senadores de la República, impugnando el decreto supremo por el que se realizó la designación interina de ministros de la Corte Suprema, declaró constitucional la disposición legal impugnada, y a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, así como de disposiciones legales aplicables al caso, determinó que, dada la naturaleza jurídica de un cargo interino, los ministros designados cesan en sus funciones por haber transcurrido un tiempo superior al límite para el desempeño de cargos interinos.

La denuncia fue introducida en la Cámara de Diputados, cuya directiva la derivó a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara, la cual la tramitó con una serie de irregularidades e infracciones de normas de la Constitución y normas procesales aplicables al caso, así como con graves violaciones a los derechos fundamentales de los magistrados procesados. Sobre la base de la referida denuncia, el Comité del Ministerio Público y Policía Judicial recomendó a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Honorable Cámara de Diputados se imputara formalmente a los magistrados la comisión de los delitos de impedir o estorbar el ejercicio de las funciones y prevaricato, y en la sesión del 23 de agosto del 2007 la Cámara de Diputados resolvió acusar ante la Cámara de Senadores a los magistrados por los delitos antes referidos y disponer la suspensión de sus funciones hasta tanto se sustancie el juicio oral. Radicado el caso ante la Cámara de Senadores, la directiva de esta rechazó la acusación y dispuso archivo de obrados.

Cabe señalar que el referido juicio de responsabilidades, en su etapa preparatoria, fue sustanciado en la Cámara de Diputados con una serie de irregularidades, como la infracción de normas procesales y la vulneración de los derechos fundamentales de los magistrados. Las irregularidades se pueden identificar en tres ámbitos:

En el primero, el sustantivo, se los acusó de haber cometido delitos, aunque las conductas imputadas no se encuadran en el tipo penal previsto por el Código Penal. Se los acusó de haber cometido el delito de impedir o estorbar el ejercicio de las funciones, ilícito tipificado por el artículo 161 del Código Penal, que en la sistemática legislativa se encuentra consignado en el capítulo II, "Delitos cometidos por particulares", del título II, "Delitos contra la Función Pública", libro segundo del Código Penal. En consecuencia, como el mismo capítulo lo indica, el delito necesariamente tiene que ser cometido por particulares y no por funcionarios públicos, y menos por funcionarios judiciales. En el caso que motivó la instauración del juicio de responsabilidades, los magistrados acusados actuaron como autoridades judiciales y no como personas particulares; por lo tanto, no cometieron el delito imputado. El otro delito que se les imputó fue el de prevaricato, tipificado por el artículo 173 del Código Penal. El elemento constitutivo del delito es la determinación que adopta un juez, en el ejercicio de sus funciones, en franca contradicción con la ley, o haciendo lo que la ley prohíbe expresa y terminantemente, o dejando de hacer algo que la ley ordena; determinación que adopta con

la conciencia de su injusticia y con la voluntad de realizar el acto pese a su conocimiento. Se trata de un delito que tiene como sujeto activo a un juez de la jurisdicción ordinaria; los jueces constitucionales no pueden cometer dicho delito toda vez que, por mandato expreso del artículo 119.I de la Constitución, "El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido solo a la Constitución", de lo que se infiere que sus miembros solo están subordinados y sometidos a la Constitución, no a las leyes ordinarias, ya que su función es más bien anular aquellas leyes que sean contrarias a la Constitución.

En el segundo ámbito, el procesal, la acción penal en su etapa preparatoria fue sustanciada con una serie de irregularidades y graves infracciones de las normas procesales previstas por la ley n.º 2623; por ejemplo, la norma prevista por el artículo 16 de la ley 2623, por cuyo mandato los actos de investigación necesarios deben concluir en el plazo de noventa días, computables desde que la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial imputa formalmente. Este plazo tiene la finalidad de resguardar el derecho al debido proceso, en su elemento del derecho a la defensa de los procesados, pero en el caso del juicio a los magistrados el plazo no fue cumplido; al contrario, fue abreviado vulnerando el derecho a la defensa de los procesados. No obstante, la vulneración mas grave se dio cuando la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, en total desconocimiento de las normas procesales previstas por el Código de Procedimiento Penal aplicables al caso, no tramitó la apelación incidental que plantearon los magistrados procesados contra la resolución n.º 001/2007-2008, del 21 de junio del 2007, por el que se declararon improbadas las excepciones de incompetencia y falta de acción. Según la norma prevista por el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso por mandato del artículo 9 de la Ley 2623:

> […] presentado el recurso, el juez emplazará a las otras partes para que en el plazo de tres días contesten el recurso y, en su caso, acompañen y ofrezcan prueba […] Con la contestación o sin ella, dentro de las veinticuatro horas siguientes, remitirá las actuaciones a la Corte Superior de justicia para que esta resuelva.

En el caso objeto de análisis, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial ofició de juez cautelar, cuyas determinaciones, por mandato de la norma prevista por el artículo 33 de la ley 2623, son apelables ante la Comisión de Derechos Humanos. Es en ese contexto que, contra la resolución n.º 001/2007-2008, del 21 de junio del 2007, los magistrados procesados, al haber sido notificados el día 25 de junio mediante memorial del 27 de junio del 2007, plantearon recurso de apelación incidental. Aplicando las normas previstas por el Código de Procedimiento Penal, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial debió imprimir el trámite de rigor y hasta el día 3 de julio del 2007 indefectiblemente debió haber remitido el expediente ante la Comisión de Derechos Humanos; sin embargo, no obró de esa forma. Adviértase la actuación incongruente: mientras para acusarlos se abreviaron los plazos, para tramitar la apelación los plazos se incumplieron. Ante tal situación los magistrados presentaron un amparo constitucional por omisión indebida, amparo que les fue concedido, mas sucede

que, en franca desobediencia de la sentencia dictada en el amparo constitucional y cometiendo el delito tipificado por el artículo 179 *bis* del Código Penal, no remitió antecedentes ante la Comisión de Derechos Humanos, sino que precipitó la aprobación del Informe en Conclusiones.

En el tercero, el ámbito de los derechos fundamentales, en la etapa preparatoria de la sustanciación del proceso penal se violaron los derechos fundamentales de los magistrados procesados.

De un lado, se violó el derecho fundamental de los magistrados al debido proceso, en su elemento del derecho al juez natural independiente, imparcial y competente consagrado por los artículos 16 de la Constitución, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al haberlos sometido a un proceso penal ante un órgano de naturaleza política que, en el marco del principio de separación de funciones proclamado por el artículo 2 de la Constitución, y por mandato de los artículos 1, 14, 16, 30, 69, 116 de la misma Ley Fundamental, no tiene competencia para ejercer la potestad judicial del Estado ni, por lo tanto, para sustanciar un proceso penal sancionador; máxime si, dada la configuración procesal prevista por la ley 2623, la Cámara de Diputados desempeña una función dual de ser juez y parte, ya que de un lado ejerce la función de Ministerio Público —por lo tanto, la labor de persecución penal— y de otro la labor de juez cautelar, aplicando medidas cautelares personales en contra de los procesados. Finalmente, la Cámara de Diputados está conformada por un 55% de diputados pertenecientes al Movimiento Al Socialismo (MAS), liderado por el presidente de la República; por ello actuó por consigna política, para neutralizar el control de constitucionalidad sobre los actos y determinaciones gubernamentales, así como sobre los actos de la Asamblea Constituyente; por lo tanto, es fácil concluir que no existe independencia.

De otro lado, se vulneró el derecho fundamental de los magistrados al debido proceso, en su elemento del derecho a impugnar las decisiones ante el superior en grado, consagrado por el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial no sustanció el recurso de apelación que plantearon los procesados contra la resolución que declaró improbadas las excepciones de incompetencia y falta de acción, en franco desconocimiento de las normas previstas por el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso por mandato del artículo 9 de la ley 2623. Al contrario, en vez de tramitar el recurso precipitó la aprobación del Informe en Conclusiones del Comité del Ministerio Público y Policía Judicial por la acusación, y remitió de manera apresurada los antecedentes ante el Plenario de la Cámara de Diputados.

Si bien el proceso no se tramitó en su etapa del juicio oral, porque la Cámara de Senadores, como tribunal de sentencia, rechazó la acusación y dispuso el archivo de obrados y la inmediata reincorporación de los magistrados a sus funciones, desde el gobierno se desplegaron acciones sistemáticas de presión que lograron el objetivo de que los cuatro magistrados renunciaran a sus cargos de manera irrevocable, lo que provocó que el Tribunal Constitucional quedara con una sola magistrada en el desempeño de sus funciones, ya que antes ya se habían producido otras renuncias. Lamentablemente el

Congreso Nacional, que por mandato de los artículos 68.12.a y 119.II de la Constitución y los artículos 14 y 21 de la ley n.º 1836 tiene la potestad de designar a los magistrados del Tribunal Constitucional, y debe hacerlo en el plazo de 30 días siguientes a haberse producido la acefalía, hasta hoy no ha realizado las designaciones.

En consecuencia, desde el año 2007 en Bolivia está desactivado el control de constitucionalidad, y con ello la custodia y defensa de la Constitución, así como la protección de los derechos fundamentales. Esa desactivación responde a una estrategia política orientada a evitar que el máximo guardián y último intérprete de la Constitución pueda ejercer el control de constitucionalidad sobre el proceso de reforma constitucional, respecto a las infracciones del procedimiento de reforma en que ha incurrido de manera reiterada y sistemática la Asamblea Constituyente.

Debido a la desactivación de la justicia constitucional, los vicios de competencia y de procedimiento en los que ha incurrido la Asamblea Constituyente y con los que se ha desarrollado el proceso de reforma constitucional en Bolivia no han sido sometidos a control de constitucionalidad y corregidos oportunamente. Vicios de competencia, como que se haya ampliado el plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente mediante una Ley aprobada por el Congreso Nacional, que no tiene competencia para ello; vicios de procedimiento, como el de haber aprobado en grande el proyecto de Constitución sin la presentación y deliberación pública de los informes de todas las Comisiones de Asamblea y sin que existiera un texto completo del proyecto de Constitución, sino sobre un índice; sesionando en un liceo militar y no en la sede de deliberaciones; con la exclusión de asambleístas de los bloques de minoría; o vicios de procedimiento cometidos en la etapa de aprobación en detalle, como el de haber sesionado en una ciudad diferente a la sede definida por ley, haber cercado con movimientos sociales el recinto en que deliberó la Asamblea impidiendo el ingreso de asambleístas de oposición; haber dado lectura por bloques y votado sin debate ni deliberación alguna.

## 4.2. El peligro de una desconfiguración institucional

Otro peligro que enfrenta la justicia constitucional en la reforma constitucional es que el poder constituyente o el poder constitucional reformador introduzca modificaciones a la estructura institucional del Tribunal Constitucional, a tal grado que lo mantenga nominalmente en la estructura del Estado pero anule materialmente el control de constitucionalidad, o, en su defecto, haga un diseño que permita instrumentalizar la justicia constitucional hacia los propósitos de un ejercicio hegemónico del poder político por un determinado colectivo social.

Existen diversas formas para anular el control de constitucionalidad aunque formalmente el Tribunal Constitucional se mantenga en la estructura del Estado.

Una de ellas es imponer votaciones altas —cinco de siete magistrados, siete de nueve— para la aprobación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una disposición legal sometida a control de constitucionalidad, con la agravante de

que, si no se obtiene esa votación, en sentencia se declare la constitucionalidad de la disposición legal. Así, por ejemplo, si una disposición legal es incompatible con la Constitución a criterio de seis de nueve magistrados, uno se abstiene y dos consideran que es compatible, la disposición legal es declarada constitucional.

Otra modalidad es sustraer del control de constitucionalidad determinadas disposiciones legales, como las relativas al sistema electoral, o decisiones de autoridades públicas, como las sentencias judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada, o las resoluciones de la Corte o Jurado Electoral.

También se pueden introducir factores que menoscaben la independencia del Tribunal Constitucional, incorporándolo a la estructura del órgano judicial y haciendo que en el orden económico-financiero y administrativo dependa de esa instancia, de manera que la atención de los requerimientos del órgano contralor de constitucionalidad no sean oportuna y adecuadamente atendidas.

La ampliación de competencias y atribuciones, sumada a la concesión de legitimación activa popular irrestricta para plantear el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, es otra forma de neutralizar el control de constitucionalidad, a partir de una gradual retardación de justicia que se genera por la sobrecarga procesal y el congestionamiento de los procesos constitucionales, lo que motiva que no sean resueltos oportunamente; ello genera una pérdida de credibilidad y confianza del Tribunal Constitucional ante la ciudadanía.

Finalmente, el control de constitucionalidad se puede neutralizar introduciendo en la reforma constitucional métodos y procedimientos de selección e integración de los magistrados del Tribunal Constitucional que menoscaben su independencia, como disponer la elección de magistrados por voto directo y sufragio universal a título de legitimación democrática directa.

Lo referido se basa en la experiencia concreta que la justicia constitucional ha enfrentado en la reforma constitucional en curso en Bolivia, toda vez que el constituyente ha introducido reformas que afectan a la institucionalidad del Tribunal Constitucional, lo que genera el riesgo de que en el futuro se neutralice materialmente el control de constitucionalidad o, en su defecto, se instrumentalice la justicia constitucional para lograr consolidar un ejercicio hegemónico del poder político por un sector social y con exclusión de los otros.

El proyecto de Constitución aprobado en detalle por la Asamblea Constituyente, que próximamente será sometido a un referéndum ratificatorio, no expresa un proyecto político de Estado sino un proyecto de ejercicio hegemónico del poder político por un sector social, el de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, con exclusión y discriminación de los sectores asentados en las áreas urbanas del Estado. A ese efecto introduce el factor de ponderación positiva a favor del primer colectivo, para garantizar su presencia mayoritaria en los niveles de gobierno. Es en función de ello que configura el sistema constitucional, en su parte orgánica, referida a la estructura social, económico-financiera, jurídica y política.

En el contexto referido, el proyecto de Constitución ha introducido en la estructura institucional del Tribunal Constitucional importantes reformas, que en el futuro

podrían anular el control de constitucionalidad y, en su caso, permitir que la justicia constitucional se instrumentalice para garantizar el proyecto de ejercicio hegemónico de poder. Esas modificaciones se pueden identificar en los siguientes niveles: el orgánico, el sistema de selección e incorporación de los magistrados y el procesal.

### *4.2.1. En el ámbito institucional*

En el ámbito institucional, el proyecto de Constitución, simplemente al añadir al nombre original el adjetivo *plurinacional,* mantiene al Tribunal Constitucional en la estructura orgánica del órgano judicial, cuando lo óptimo era constituirlo como un órgano constitucional independiente de los demás órganos del poder constituido, cuyos actos, resoluciones y determinaciones controla en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. Algo más grave aun: a diferencia de la Constitución vigente, en la que se proclama la independencia orgánica y funcional del Tribunal Constitucional, en el proyecto de Constitución no se hace referencia alguna a esa independencia orgánica y funcional. ¿Es una omisión o una deliberada determinación? Consideramos que se trata de lo último, pues responde a una estrategia de mantener este órgano formalmente en la estructura institucional del Estado, pero anularlo materialmente en su función de ejercer control de constitucionalidad.

Según las normas previstas por el artículo 197.I del proyecto de Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. El número total de magistrados que integran el Tribunal Constitucional Plurinacional y la forma en que se organizan internamente serán definidos por Ley.

Los magistrados y magistradas durarán en sus funciones un período de seis años, sin derecho a la reelección inmediata, y cesarán por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de un juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y las demás causales previstas por la ley. Esta última previsión podría ser utilizada para incorporar como causal de cesación la revocatoria de mandato, en respuesta a los pedidos y planteamientos de las organizaciones sociales afines al gobierno actual, lo que se constituiría en un factor importante de anulación de la independencia de los magistrados juntamente con el sistema de elección mediante voto directo y sufragio universal.

En cuanto a los requisitos para ser elegido magistrado o magistrada, según las normas previstas por el artículo 199.I del proyecto de Constitución, aprobado con las modificaciones del Congreso Nacional, los postulantes deberán haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria en su sistema de justicia.

En lo que concierne a los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, si bien el texto de la norma constitucional proyectada es más razonable

que el originalmente aprobado en la Asamblea Constituyente, aún mantiene un factor que podría distorsionar la conformación del órgano de control de constitucionalidad: no establece que se requiera el título de abogado en provisión nacional, sino que exige especialización o experiencia en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo o derechos humanos. Ahora bien, existen profesionales no abogados que han cursado un posgrado a nivel de maestría en Derecho Constitucional o Derechos Humanos, ya que los postgrados en esta disciplina no exigen como requisito para su admisión el tener la profesión de abogado.

El control de constitucionalidad es una labor esencialmente técnico-jurídica, basada en la interpretación de las normas de la Constitución, así como de los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, además de las leyes ordinarias, desde la Constitución y en conformidad con ella. El desempeño de esa labor requiere conocimientos, habilidades y destrezas que se adquieren con una formación académica en el ámbito de las ciencias jurídicas; por lo tanto, no resulta razonable que formen parte de ese órgano personas sin formación jurídica.

Con relación a las funciones y atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, el proyecto de Constitución mantiene las asignadas por el artículo 120 de la Constitución vigente, a las que suma la atribución de conocer las consultas de las autoridades indígenas campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto; conocer y resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; conocer en grado de revisión la acción de cumplimiento y la acción popular, que son dos nuevas acciones tutelares incorporadas a las garantías constitucionales jurisdiccionales por el proyecto de Constitución; asimismo se impone el control preventivo imperativo de los Tratados Internacionales.

### *4.2.2. El sistema de selección e incorporación de los magistrados*

Según la norma prevista por el artículo 198 del proyecto de Constitución, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional serán elegidos por voto popular directo, con mayoría relativa, mediante sufragio universal; para ese efecto los candidatos y candidatas serán propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional; pero, según lo previsto por el artículo 199.II del proyecto, también podrán ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y los pueblos originarios campesinos. Ello significa que habrá dos fuentes de postulación de los candidatos al cargo de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, de modo que, ante la eventualidad de que la primera fuente no presente las postulaciones, la elección podrá realizarse válidamente con la postulación por la segunda fuente, lo que en la práctica implicará el ejercicio de la supremacía del colectivo conformado por las naciones y pueblos indígenas.

Ello supone que el constituyente boliviano opta por dotar de legitimación democrática directa a los jueces constitucionales. En efecto, al margen de encargarle al Tribunal Constitucional Plurinacional la labor de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales, el constituyente ha definido que los jueces constitucionales sean elegidos directamente por el pueblo mediante sufragio universal y con

un sistema electoral de la mayoría relativa o simple mayoría de votos, de manera que reciban el mandato directamente del pueblo, y ha dado la posibilidad de que sus cargos sean revocables por el propio electorado mediante revocatoria de mandato, si así lo define el legislador ordinario en la Ley de Desarrollo Constitucional en la que podrá definir las demás causales de cesación. Es un posicionamiento incorrecto y poco razonable que tiene como fundamento central, esgrimido por sus proyectistas, "evitar la politización del Tribunal Constitucional que, dada la modalidad actual de designación, se produce por el 'cuoteo' político que se da en el Congreso Nacional", para así "garantizar la independencia de los magistrados en el desempeño de sus funciones".

Es respetable la posición asumida por la mayoría en la Asamblea Constituyente, cuya voluntad se expresa en el proyecto de Constitución; sin embargo, la propuesta no ofrece solución a un problema que no existe en la práctica, sino en un cuestionamiento abstracto e interesado. Se trata de una posición errada que reduce la legitimación democrática a las elecciones directas por voto popular de los jueces, sin tomar en cuenta que en un Estado democrático constitucional de derecho existen otras vías de legitimación democrática de los jueces, como la Constitución y la ley, o de legitimación democrática indirecta, como la legitimación de origen y la legitimación de ejercicio. No toma en cuenta que la legitimación democrática de origen no es ni puede darse de manera directa, sino indirecta, toda vez que el juez constitucional, dada la labor que desempeña, a diferencia de lo que sucede con los miembros del Legislativo y el Ejecutivo, no debe representar a mayorías ni a minorías; de manera que el consenso del electorado no solo no es necesario, sino que incluso sería peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones. En última instancia esto significa que el juez constitucional no puede ni debe ser elegido por voto popular directo, sino a través de mecanismos y sistemas de legitimación democrática indirecta, que permitan comprobar la idoneidad, la capacidad, la experiencia y el compromiso constitucional, además de concretar de manera pluralista la voluntad ciudadana a través de la designación mediante una votación cualificada que exija la conformación de consensos.

### *4.2.3. En el ámbito procesal*

El proyecto de Constitución introduce modificaciones que en su aplicación práctica podrían anular el control de constitucionalidad.

La norma prevista por el artículo 196.II del Proyecto de Constitución impone al Tribunal Constitucional Plurinacional los métodos histórico y gramatical para la interpretación de la Constitución, amarrando al órgano de control de constitucionalidad a la voluntad de la Asamblea Constituyente, frente a la realidad económica y política imperante en el momento en que desarrolle su labor interpretativa. Según la doctrina del derecho constitucional, el método histórico consiste en averiguar los antecedentes o raíces históricas de la norma constitucional interpretada, a fin de descubrir el sentido de la norma a partir de la voluntad original de su creador, para lo que debe acudirse a los documentos de exposición de motivos, informes de comisiones, actas de debates. La aplicación de este método presentará dificultades prácticas toda vez que, dadas las

circunstancias en las que se realiza la reforma de la Constitución, no siempre es posible contar con el registro documentado de las iniciativas, los fundamentos o exposiciones de motivos y las actas de debates, máxime si se toma en cuenta que no hubo un verdadero debate en la aprobación del proyecto de Constitución. En cambio, el método gramatical o literal es aquel en el cual, para atribuir el significado de la norma interpretada, se acude al texto literal y gramatical que usa el constituyente para configurar la norma constitucional. La aplicación de este método presenta una doble dificultad. La primera es que el texto no siempre refleja el sentido o significado de la norma, debido, entre otras razones, a que durante los debates se plantean proposiciones de modificación, adición o sustitución al texto originalmente propuesto. La segunda es que entre el texto aprobado por el constituyente y el texto publicado oficialmente suelen presentarse variantes.

En la parte de las garantías constitucionales jurisdiccionales el proyecto de Constitución introduce de manera positiva dos nuevas acciones tutelares: la acción de cumplimiento y la acción popular; empero, lo negativo de la reforma constitucional es que el artículo 202 del proyecto asigna al Tribunal Constitucional Plurinacional, entre otras, la atribución de conocer y resolver en grado de revisión de oficio las acciones tutelares de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento, en todas las causas introducidas. Tomando en cuenta que en los ocho años de desempeño de las labores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional el índice de crecimiento de las acciones tutelares fue del orden del 20% anual —lo que supone que el número de causas se duplica en cinco años—, es claro que ello generará un incremento considerable del número de causas, con una sobrecarga procesal que podría derivar en la retardación de justicia, lo que podría desgastar la imagen institucional del órgano de control de constitucionalidad. Lo correcto habría sido conceder al Tribunal Constitucional Plurinacional la potestad de seleccionar los casos que revisará.

Finalmente, según la norma prevista por el artículo 132 del proyecto de Constitución, toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley. Ello significa que en la reforma constitucional se reconoce la legitimación activa popular irrestricta. Normalmente, la legitimación para activar el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad es restringida a las autoridades de los órganos del poder constituido, porque se activa como mecanismo de control interórganos. Esto se verifica especialmente en la legislación comparada, aunque en algunos Estados se concede esta legitimación a ciudadanos o grupos; es el caso de Colombia, donde cualquier ciudadano puede plantear la acción, o el caso de Alemania o el Perú, donde se reconoce a un grupo de ciudadanos. Una legitimación activa popular —reconocer la capacidad procesal a cualquier ciudadano o ciudadana para plantear el recurso de inconstitucionalidad— resulta muy riesgosa en Bolivia, tomando en cuenta el arraigo de la *cultura judicialista,* lo que supone que cualquier ciudadano estará dispuesto a plantear un recurso de inconstitucionalidad con o sin razón. Ello podría ocasionar un permanente cuestionamiento de leyes, decretos y resoluciones normativas, y generar una sobrecarga procesal que provocara un colapso en el sistema y así retardara la justicia.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 151-163, ISSN 1510-4974

**Néstor Pedro Sagüés (Argentina)***

# Notas sobre el poder constituyente irregular**

## RESUMEN

**La expresión *poder constituyente irregular* se puede emplear en dos sentidos. El primero refiere al poder constituyente originario, tradicionalmente no sometido a reglas jurídicas (poder *arregular*), pero que hoy se entiende regulado por el derecho internacional público y por principios de justicia (*regla de Radbruch:* la injusticia extrema no es derecho). La segunda versión alude al poder constituyente derivado, pero ejercido infringiendo la constitución anterior o las normas subconstitucionales que también lo disciplinan, a más de las prescripciones del derecho internacional y de la justicia. Es preocupante constatar que en Latinoamérica el poder constituyente irregular ha sido y es ejercido reiteradamente violando las prescripciones de la constitución anterior y demás normas de procedimiento, amparado a menudo con referendos posteriores que intentan convalidar, casi siempre con éxito político, los defectos jurídicos que invalidan su desempeño.**

**Palabras clave: poder constituyente originario y derivado, control de constitucionalidad, proceso constitucional, América Latina.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Ausdruck *irreguläre verfassungsgebende Gewalt* hat eine doppelte Bedeutung. Zum einen bezieht er sich auf den ursprünglichen, traditionell keinerlei juristischen Bestimmungen unterliegenden Verfassungsgeber (*ungeregelte* Gewalt), der jedoch heute als dem Völkerrecht und bestimmten Prinzipien von Gerechtigkeit untergeordnet betrachtet wird *(Radbruchsche Formel:* extreme Ungerechtigkeit ist kein Recht). In seiner zweiten Bedeutung bezieht er sich auf die daraus abgeleitete verfassungsgebende Gewalt, deren Ausübung mit der Missachtung der bestehenden Verfassung oder ihr nachgeordneter, sie eingrenzenden Grundsätzen des Völkerrechts und von Gerechtigkeit verbunden ist. Es ist beunruhigend zu beobachten, dass im Rahmen der Ausübung von *irregulärer* verfassungsgebender Gewalt in Lateinamerika wiederholt Bestimmungen von bestehenden Verfassungen und andere Verfahrensvorschriften verletzt worden sind und weiter verletzt werden, was häufig durch nachfolgende Volksabstimmungen abgesichert werden soll,**

---

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Académico nacional. Ex magistrado judicial. ‹npsagues@gmail.com›

** El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

**mit deren Hilfe der – in der Regel politisch erfolgreiche – Versuch unternommen wird, die die Ausübung dieser Gewalt nichtig machenden juristischen Mängel für rechtens zu erklären.**

**Schlagwörter: Ursprüngliche und abgeleitete verfassungsgebende Gewalt, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Verfassungsprozess, Lateinamerika.**

**ABSTRACT**

**The term *irregular constituent power* may be used in two senses. The first one refers to the original constituent power, traditionally not subject to legal rules (*non-regulated* power), at present understood to be regulated by public international law and by the principles of justice (*Radbruch rule:* extreme injustice is not law). The second one refers to derivative constituent power, exercised by violating the previous constitution or the sub-constitutional rules which also regulate power, in addition to international law prescriptions and justice. It is a concern to confirm that in Latin America, the irregular constituent power has been exercised repeatedly in violation of the provisions of the previous constitutions and remaining rules of procedure, often covering with later referendums the legal flaws that invalidate the effect of this process, in an attempt to confirm the validity of the new Charter, this being done in most cases in a politically successful way.**

**Keywords: original and derivative constituent power, control of constitutionality, constitutional process, Latin America.**

## 1. Introducción. El concepto de poder constituyente irregular. Dos situaciones distintas

El concepto de *poder constituyente irregular* alude al ejercicio de tal competencia estatal sin hallarse sujeto a reglas jurídicas que lo condicionan, o por haber actuado en contravención a ellas. En la primera hipótesis, es *irregular* en el sentido de que *no está obligado por reglas.* En la segunda, porque *ha violado reglas.* Puede aparecer en dos modalidades muy diferentes: a) el caso del poder constituyente originario; b) el caso del poder constituyente derivado.

## 2. El poder constituyente originario irregular

En verdad, en una primera aproximación, hablar de un poder constituyente irregular originario parece una tautología. El poder constituyente originario, en efecto, se presenta —arrogante e impetuoso— como no sometido a normas jurídicas. En palabras de Einsenmann:

> […] ninguna regla limita su poder; ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso, él funda un orden radicalmente

> nuevo en su principio; porque crea las primeras reglas, su ausencia de toda regla de derecho, es decir, de derecho positivo anterior, dispone de un poder jurídicamente absoluto.[1]

*Prima facie,* se comporta, pues, *legibus solutus.* Desde el punto de vista cronológico, es 1) un poder *fundacional,* cuando crea el Estado, o 2) *posfundacional,* si inaugura una nueva *era* o *ciclo constitucional,* cuando se ejercita en un Estado ya existente, pero despegándose del orden constitucional previo.[2] Lo más frecuente es que asuma tal carácter por su propia decisión. Tiende, de tal modo, a configurarse como un poder revolucionario.

Así entrevisto, el poder constituyente *originario* parece resultar, natural e intrínsecamente, *irregular* (o, si se prefiere, *arregular*). Pero su irregularidad no importaría un defecto jurídico, sino una nota distintiva de su condición jurídico-política. Algunos lo divisan, en síntesis, como poder esencialmente político, más que jurídico.[3]

Cabe preguntarse, sin embargo, si en nuestros días es posible hablar, en sentido preciso, de un poder constituyente estatal *originario,* realmente no sometido a normas.

Ello es así, en primer término, porque para el derecho internacional contemporáneo los estados locales no pueden alegar sus reglas de derecho interno para eximirse de sus compromisos internacionales.[4] Hay, paralelamente, reglas de derecho internacional público coactivas y obligatorias para los estados (*jus cogens*), de origen convencional o consuetudinario, más allá incluso de la voluntad de estos de cumplirlas o de desobedecerlas. Rigen, paralelamente, normas del derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, la condena a los delitos de lesa humanidad) que se imponen compulsivamente a los estados nacionales.

En ese contexto, donde el eventual comportamiento constituyente del Estado contra tal aparato normativo internacionalista genera responsabilidades internacionales, un poder constituyente nacional, aun *originario,* no es *legibus solutus,* ya sea que se trate de uno *fundacional* o de otro que inaugure un nuevo ciclo o era constitucional dentro de un Estado ya creado.

Al mismo tiempo, es posible que el poder constituyente *originario* se autolimite, dictándose, mientras ejerce su cometido, reglas internas de procedimiento, y quizá también de contenido, concernientes a la adopción de sus decisiones constituyentes. En tales supuestos, la violación a esas normas puede provocar la invalidez de lo

---

[1] Charles Einsenmann: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche,* cit. por Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* 2.ª. ed., Buenos Aires: Plus Ultra, 1977, t. 3, pp. 215-217.

[2] Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución,* Buenos Aires: Astrea, 2001, pp. 276 ss., para un tratamiento más extenso del tema.

[3] Alberto A. Spota: *Lo jurídico, lo político, el derecho y el poder constituyente,* Buenos Aires: Plus Ultra, 1975, pp. 112 ss.

[4] La tesis fue enfáticamente sostenida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1932) en el caso de los súbditos polacos en Dantzig. Véase Luis María Boffi Boggero: "La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia,* Bogotá, 1978, p. 11.

resuelto, no por infringir el derecho externo o el preexistente a dicho poder constituyente, sino por lesionar el derecho que él mismo dictó.

Resta agregar que, desde una perspectiva axiológica, el poder constituyente originario está igualmente sometido, como cualquier poder humano, al derecho natural, de aceptarse la presencia de este último. En todo caso, si se admite al menos la postura de Gustav Radbruch, en el sentido de que "la injusticia extrema no es derecho",[5] las reglas constitucionales notoriamente injustas importan también un ejercicio irregular del poder constituyente, aunque este sea originario.

En definitiva, pues, un poder constituyente originario puede ser entendido como *irregular,* en una doble acepción: a) la primera, según una visión histórica ya superada, por no encontrarse bajo normas; b) la segunda, porque no es actualmente *legibus solutus* y puede padecer, claro está que en menor medida que el poder constituyente derivado, de defectos jurídicos de irregularidad (de forma y contenido). En particular, si colisiona con el derecho internacional, con sus propias reglas de autorregulación o con principios supranormativos.

## 3. El poder constituyente derivado irregular

El poder constituyente *derivado,* o poder constituyente *constituido,* o *reformador,* está sometido, a más de las reglas y principios propios del poder constituyente originario (que, según vimos, son las del derecho internacional, las que él mismo se dicte y ciertos principios y valores), a otras reglas jurídicas preexistentes. Ellas son a veces de rango constitucional (los artículos y cláusulas de la constitución anterior, que va a reformarse en todo o en parte, los cuales disciplinan la enmienda) y otras veces de categoría subconstitucional (por ejemplo, las dictadas por el poder preconstituyente que convoca a la reforma). En algunos países, las reglas condicionantes del poder constituyente derivado son de contenido, o de procedimiento, o de ambos temas.

Hay constituciones que no contemplaron su reforma, como la española de 1876 o el Estatuto albertino de Cerdeña (1848). En la práctica, ello ha provocado la enmienda de la constitución mediante la legislación ordinaria, o por golpes de estado. Otras han prohibido la enmienda durante cierto tiempo (la argentina de 1853, por diez años).

a. En materia de *límites de contenido* de una reforma constitucional, hay textos constitucionales que incluyen "cláusulas pétreas", esto es, irreformables. El caso cuantitativamente más llamativo es el artículo 290 de la Constitución de Portugal de 1976, con un impresionante listado de temas —más de veinte— infranqueables por una reforma. Otros países, por construcción doctrinaria, jurisprudencial o derecho consuetudinario, han elaborado un catálogo de cláusulas pétreas *implícitas,* asunto obviamente discutible.[6] Algunas veces, la prohibición de considerar puntos de reforma no deriva de la constitución,

[5] Sobre la *fórmula de Radbruch,* aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, véase Rodolfo LuisVigo: *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy),* Buenos Aires: La Ley, 2006, pp. 84 ss.

sino indirectamente de la voluntad del poder preconstituyente (cuando este existe), en el sentido de que, al convocar al órgano (constituyente) de reforma, le permite abordar solamente ciertos temas, o, más claramente, le impide reformar otros.[7]

b. En cuanto los *límites de procedimiento,* es normal, primero, que una constitución determine *quién* puede reformarla (esto es, que establezca el órgano del cambio), y *cómo* hacerlo (el trámite).

Dentro de esos condicionamientos de procedimiento, los textos constitucionales mencionan algunas veces: 1) variables de *tiempo* (determinación de un término para instalarse y de la duración del proceso de reforma); 2) de *lugar* (sede del órgano de la reforma), y de 3) *adopción de las decisiones.*

Cuando el ente que consuma la reforma es el mismo Poder Legislativo ordinario, el proceso de sanción de la enmienda es más complejo y agravado que el que corresponde a la sanción de una ley común. A su vez, algunas constituciones establecen dos trámites: uno para cambios parciales de la ley suprema y otro, asimismo más exigente, para la sustitución total de la constitución. Pero otras no establecen esa diferenciación.

Fuera de las prescripciones constitucionales, se discute, para los supuestos de existencia de poder preconstituyente (el que dispone la convocatoria a la reforma, diferente del que la realiza), si está autorizado para fijar tales topes de tiempo, lugar o trámite, o si ello, en cambio, es una competencia propia del órgano constituyente de la reforma, como facultad inherente o implícita suya. En otras palabras, hay que averiguar si el poder preconstituyente de *declarar* la necesidad de una reforma y de *convocar* al órgano de la reforma incluye o no el poder de *regular* la gestión de este último órgano.

La respuesta a esta duda puede estar en el mismo texto constitucional. Si así no fuera, habrá que recurrir al derecho consuetudinario constitucional, que a menudo brinda soluciones prácticas al interrogante.[8] De no haberlas aquí tampoco, la duda debe inclinarse a favor del poder constituyente y no del preconstituyente. Es atractiva aquí la doctrina de las facultades inherentes e implícitas del poder constituyente

[6] Las cláusulas pétreas "implícitas" se derivan algunas veces de la redacción del texto constitucional, cuando este enfatiza cierta declaración (por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución argentina, al indicar que "quedan abolidas *para siempre* la pena de muerte por causas políticas" (la bastardilla es nuestra). En otros casos derivan de la propia voluntad de los operadores de la constitución; verbigracia, cuando la Corte Suprema, como intérprete final de la constitución, puntualiza que determinado precepto constitucional es irreformable (generalmente lo hace si se trata de una cláusula reputada sociológicamente como muy importante). Véase sobre el tema Néstor Pedro Sagüés: "La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia", en *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2007-II-1244.

[7] A título de muestra: el artículo 7.º de la ley argentina 24309, de convocatoria a la reforma constitucional de 1994, puntualizó: "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".

[8] En la práctica, por ejemplo, en el derecho constitucional argentino el Congreso, actuando como poder preconstituyente, ha indicado habitualmente el lugar y tiempo de las sesiones, y aun el presupuesto y las remuneraciones de los convencionales constituyentes. La ley 24309, con relación a la reforma constitucional de 1994, indicó también el sistema de votación (en la asamblea constituyente) de determinadas reformas proyectadas. La duda en torno a la validez de tal limitación se

reformador o derivado: a él le tocará autodisciplinarse en los puntos no tratados por la constitución ni resueltos por la costumbre constitucional, mediante la sanción del reglamento respectivo.

De todos modos, el poder constituyente derivado no es un poder constituyente *soberano,* es decir, exento, libre o inmune. En un Estado de derecho, está bajo la constitución. Es un poder *de jure.* Que tenga —en su caso— origen popular no le da una categorización especial, ajena al derecho. Si se rebela contra el andamiaje normativo constitucional, y el subconstitucional dictado como consecuencia del primero, ingresa a la condición de poder constituyente derivado irregular.

En resumen, este subtipo de poder constituyente irregular es el que ha transgredido las reglas constitucionales o subconstitucionales en vigor, en materia de contenido de la reforma (verbigracia, si sanciona normas contrarias al derecho internacional, a principios suprapositivos, a reglas constitucionales pétreas) o de procedimiento (cuando quien realiza la reforma no es el órgano habilitado constitucionalmente para ello, o lo es y ha violado reglas constitucionales o subconstitucionales en materia de trámite, lugar, tiempo y reglamento).

Un caso de interés puede presentarse si un poder constituyente derivado se autotransforma en originario, asumiendo claramente tal carácter mediante una decisión de ruptura jurídica con el orden normativo preexistente. Si lo hace, pasa a ser un poder *de facto,* con todas las consecuencias, jurídicas y políticas, propias de tal condición. Intentará inaugurar un nuevo ciclo o era constitucional, independiente del precedente.

## 4. Consecuencias del poder constituyente irregular

Inicialmente cabe destacar que el poder constituyente originario tiene menos limitaciones jurídicas que el derivado, aunque de cualquier modo las que hemos mencionado en la sección 1 no dejan de ser significativas también.

La infracción a los condicionamientos jurídicos por el poder constituyente —originario o derivado— irregular, siempre que se trate de defectos graves,[9] ocasiona la invalidez jurídica de los preceptos afectados por el vicio de contenido o de procedimiento. No obstante, deben formularse varias aclaraciones.

a. Si un poder constituyente irregular sanciona reglas opuestas al derecho internacional, ellas, como principio, no pueden invocarse para incumplir las obligaciones internacionales del Estado. Así se desprende de la Convención

resolvió cuando la convención aceptó por mayoría el régimen de votación establecido por la ley del Congreso.

[9] En el caso *Soria,* la Corte Suprema argentina indicó que en principio lo resuelto por una convención constituyente no es justiciable, salvo que hubiera una infracción a los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una norma. En el caso, se discutía la falta de aprobación de un acta en una convención constituyente que registraba la sanción de un nuevo artículo constitucional. La Corte reputó el asunto no justiciable. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos,* Buenos Aires: 1963, t. 256, p. 556.

de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 27). Igualmente, esa violación acarreará responsabilidad internacional para el Estado infractor.

b. En el ámbito latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso Almonacid Arellano, destaca que tanto ella como los tribunales nacionales deben practicar un "análisis de convencionalidad", a fin de determinar si las reglas jurídicas locales son o no compatibles con las del Pacto de San José de Costa Rica.[10] Por ello, en dicho sistema, una reforma constitucional infractora de la Convención Americana de Derechos Humanos no es válida, y así debe ser reputada por los jueces domésticos, a más de la Corte Interamericana.

c. La declaración de invalidez de una norma elaborada por el poder constituyente irregular pocas veces está admitida explícitamente por la misma constitución.[11] En cambio, a menudo está bloqueada por distintas razones. Ese bloqueo se concreta así: 1) en ciertos casos, por aplicación de la doctrina de las political questions, al entenderse como "cuestión no justiciable" el tema. La no judiciabilidad del producto del poder constituyente puede ser visualizada por algunos como total, pero en otros casos es parcial (por ejemplo, si se admite el control de constitucionalidad de la reforma en asuntos de procedimiento, matters of procedure, pero no en temas de contenido, matters of substance);[12] 2) ocasionalmente, se ha sostenido también que un poder constituido, como el judicial o un tribunal constitucional, carece de la estatura jurídica para evaluar la constitucionalidad de lo resuelto por un poder constituyente;[13] 3) en algunos supuestos, es el mismo texto constitucional el que

---

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Caso Almonacid Arellano", en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay,* Montevideo, n.º 2007-2, pp. 217 ss.

[11] Tales son, por ejemplo, y con distintas manifestaciones, las constituciones de Bolivia, Moldavia, Chile o Colombia (esta última, en cuestiones procedimentales). La constitución de la provincia de Catamarca (1988), en Argentina, incluye una regla drástica, al decir: "Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, serán absolutamente nulas y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aun de oficio". Véase Sergio Díaz Ricci: *Teoría de la reforma constitucional,* Buenos Aires: Ediar, 2005, pp. 719 y 764.

[12] La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables carece de precisión conceptual. Ha sido una herramienta maleable según las circunstancias, una "categoría práctica y oportunista" (Gordon Post), mutable, empírica y ajena a principios racionales (Castro Nunes). De hecho, la evaluación de constitucionalidad o validez de una reforma constitucional puede o no ser incluida en ese catálogo, según la discrecional voluntad de los operadores concretos del control de constitucionalidad. Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial,* Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, p. 290.

[13] Véase sobre el tema Raúl Gustavo Ferreyra: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad,* Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 565. Advertimos, no obstante, que el poder constituyente derivado es un poder constituido (como lo constatara Luis Sánchez Agesta, quien lo rotula precisamente como "poder constituyente constituido") y, por ende, no es anómalo que otro poder constituido, como el judicial o un tribunal constitucional extrapoder, pueda revisarlo. En cuanto el poder constituyente originario, de presentarse algún defecto que invalidara lo decidido por él como derecho válido (verbigracia, su oposición al derecho internacional, su carácter inexcusablemente injusto, etcétera), no queda al operador del sistema jurídico otra alternativa que excluirlo como derecho aplicable.

impide el control judicial de la constitución y de los actos promulgados por la asamblea constituyente (artículo 59 transitorio, Constitución de Colombia de 1991).[14] La misma Constitución confiere a la Corte Constitucional competencia para decidir —en el futuro— sobre las demandas de inconstitucionalidad contra actos reformatorios de la citada Constitución, cualquiera sea su origen, pero "solo por vicios de procedimiento en su formación" (artículo 241.1), con lo que el bloqueo resulta parcial.

## 5. Purga del poder constituyente irregular

Los vicios de contenido y de procedimiento del poder constituyente irregular pueden quedar anestesiados por distintas vías.

a. Una de ellas es la negativa de los órganos de control de constitucionalidad a declarar la invalidez de la reforma, generalmente por autorrestricción, mediante —según vimos— la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En otras naciones, la limitación del acceso a la judicialidad de la reforma constitucional se opera por cuestiones de legitimación procesal para promover esa revisión. El número de los sujetos habilitados para iniciar el trámite puede, eventualmente, ser muy reducido.
b. Otro conducto es la convalidación *expresa* de la reforma inconstitucional, a pesar de los defectos que la perjudican. Ello puede ocurrir si la magistratura constitucional considera que el vicio del caso no es importante, o simplemente juzga que no hubo defecto en lo decidido (aunque lo hubiera). Se aplica así la *norma de habilitación* imaginada por Hans Kelsen: la norma inconstitucional vale como constitucional hasta que sea declarada inconstitucional, y lo resuelto por el órgano máximo de la jurisdicción constitucional es constitucional, por más que sea inconstitucional.[15]

---

[14] Una disposición de este tipo tendría cierta razón de ser (pero no de modo absoluto, como vimos) si la asamblea actuó como poder constituyente originario, pero nunca si operó como poder constituyente derivado. Por razones de lógica jurídica, el autor de un acto eventualmente nulo no debería estar habilitado para impedir su declaración de nulidad, que él provocó.

[15] Véase Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado,* trad. por Eduardo García Máynez, México: UNAM, 3.ª. ed., 1969, pp. 187 ss.; Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova: *Introducción al derecho,* 5.ª ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1956, t. II, pp. 487 ss. Sobre la norma de habilitación, sus proyecciones y modalidades, en particular sobre el tema que nos ocupa de revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de una reforma constitucional, véase Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional,* Buenos Aires: Depalma, 1975, t. I, pp. 228 ss.

[16] La reforma constitucional argentina de 1957 fue convocada por un gobierno de facto, y no por el Congreso, según lo dispone el artículo 30 de la Constitución. Además, hubo graves proscripciones políticas en la elección de los convencionales constituyentes. No obstante, el principal artículo aprobado en la reforma (artículo 14 *bis*) continúa en vigor, principalmente debido a que sus cláusulas (relativas a los derechos de los trabajadores y otras pautas del constitucionalismo social) fueron reputadas por la comunidad como intrínsecamente aceptables y justas.

c. Otra ruta es la convalidación de la reforma mediante el derecho consuetudinario constitucional. Si los operadores de la constitución hacen funcionar habitualmente la norma inválida, ello generará a la postre costumbre constitucional aprobatoria del derecho irregularmente aprobado. A menudo, esa consolidación vía costumbre se refuerza cuando el precepto irregular bajo examen brinda una solución justa a la cuestión que trata.[16] La legitimidad de contenido hace olvidar, así, la ilegitimidad de trámite.
d. Ha sido frecuente, en la experiencia jurídica latinoamericana, utilizar al referéndum constitucional como acto santificador del poder constituyente irregular. Conforme a este artificio, la reforma constitucional (o la nueva constitución) elaborada irregularmente es sin embargo ratificada y convalidada por el cuerpo electoral.
   El recurso a la democracia plebiscitaria y electoralista no es jurídicamente concluyente, porque si algo es insalvablemente inválido el electorado no puede mágicamente redimirlo (también lo decidido por el pueblo, en contra del derecho, en un régimen de *rule of law* es anulable); pero desde el ángulo político resulta un argumento muy fuerte, casi incontenible,[17] en particular para disimular y superar (siempre desde una perspectiva política) defectos del procedimiento constitucional reformista, verbigracia, de órgano y de trámite. En cambio, este método no parece definitivo para sanear recetas constitucionales intrínsecamente injustas, que siempre claman por su abandono, o lesivas del derecho internacional de los derechos humanos, cuestionables incluso ante la jurisdicción supranacional.
   Una variable redentora del proceso constituyente ha sido convocar, además de referendos convalidatorios de una nueva constitución irregularmente elaborada, a consultas populares habilitantes de dicha reforma, y por ende previas a ella, estén o no previstas tales consultas en la constitución como un paso propio del proceso constituyente. Ese ha sido el reciente caso de Ecuador. En tales hipótesis, habría dos instancias populares de saneamiento del poder constituyente irregular: una, antes de ejercitarlo, y la otra, como su culminación.
   Interesa apuntar que el llamado a una consulta popular en pro de la realización de una reforma constitucional se ha verificado recientemente en la República

---

[17] La fuerza convalidatoria del referéndum se basa en la doctrina del legitimismo democrático. Si el poder constituyente radica en el pueblo y este se expide aprobando la constitución, el debate sobre la validez del nuevo texto constitucional terminaría sin más. Con mención de la opinión de Pedro de Vega y Constantino Mortati, véase Díaz Ricci: o. cit., pp. 722, 734-735.

[18] Véase Eduardo Jorge Prats: "La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha", en *Revista Peruana de Derecho Público,* n.º 15, Lima, 2007, p. 60. El autor justifica la consulta de mención a pesar de que no figura en el texto constitucional vigente. Expone al respecto que el presidente tiene derecho de iniciativa en el proceso de reforma, y que nada le impediría convocar al pueblo para conocer su opinión al respecto, evitando así que una asamblea constituyente monopolizara el trámite de la enmienda.

[19] Se ha observado, con razón, que con frecuencia la ejecución de una sentencia declarativa de la invalidez de una reforma constitucional, cuando así se pronuncia, depende de instancias

Dominicana, a pesar de no figurar explícitamente en la Constitución por enmendarse.[18] En el caso bajo examen, esa consulta no significa necesariamente que el proceso constituyente posterior padezca de irregularidad.

e. En ciertos casos, hay acuse de inconstitucionalidad de una reforma constitucional y pronunciamiento admisorio de tal planteo por el órgano de control, pero la resolución respectiva no es cumplida. Tal crisis de eficacia o de acatamiento termina por hacer funcionar, de todos modos, la reforma decidida irregularmente por el poder constituyente.[19]

## 6. El poder constituyente irregular en el escenario latinoamericano

Es un dato preocupante de la realidad subcontinental la frecuente aparición del poder constituyente irregular.

Para mencionar algunos ejemplos: la Constitución de Colombia de 1991, según se ha observado, no cumplimentó el trámite reformista programado por la anterior Constitución de 1886.[20] No obstante, la nueva carta ha subsistido, por haber resultado exitosa la prohibición que incluye sobre el control de su constitucionalidad (artículo transitorio 59), asunto al que hemos hecho ya referencia, y además por el mérito intrínseco que ella posee, sobre el que media, en términos generales, consenso.

A su turno, la Constitución del Perú de 1993 se elaboró por un órgano distinto al programado por el texto reemplazado de 1979, y su referéndum aprobatorio fue sumamente cuestionado en lo que hace a su cómputo y limpieza electoral. Muy objetada después en su contenido, la permanencia de la Constitución se explica —entre otras razones— por no existir consenso político acerca de cómo reemplazarla (por el texto constitucional anterior o por otra constitución).

La reforma constitucional argentina de 1994 tuvo serios defectos en la etapa preconstituyente, o de adopción de la ley 24309 de reforma constitucional.[21] A su turno, el

---

políticas más que jurídicas. Un ejemplo de la frustración por omisión de cumplimiento ha sido el caso *Cerrezuela,* decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja, en Argentina. Véase Díaz Ricci: o. cit., pp. 724 y 764.

[20] Ibídem, p. 723.

[21] Hubo defectos constitucionales de tramitación de la ley 24309, e incluso los textos aprobados en las dos cámaras del Congreso no coinciden entre sí. Véase Néstor Pedro Sagüés: "Introducción", en Constitución de la Nación Argentina, 10.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 21.

[22] Sobre el caso *Fayt,* véase Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos,* Buenos Aires, 1999, t. 322, p. 1616. La sentencia despertó una intensa polémica en varios sectores de la doctrina. Véase Antonio M. Hernández: "El caso Fayt y sus implicancias constitucionales", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* n.º 5, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 453 ss. Por nuestra parte hemos considerado que el desborde de competencias en que habría incurrido la convención era un tema por cierto opinable, y que en caso de duda debía concluirse la validez de lo actuado. Eso, fuera de las críticas de fondo que merecía la norma sancionada por la asamblea constituyente.

[23] Véase Luis Aguiar de Luque y Fernando Reviriego Picón: "Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países iberoamericanos (2005-2007)", en *Cuadernos de Derecho Público,* n.º 27, Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2007, pp. 232 ss.

texto aprobado por la convención constituyente (no hubo referéndum) olvidó incluir un artículo que se había sancionado, cosa que se enmendó —curiosamente— con una ley ordinaria del Congreso de la Nación (24330) varios meses posterior a la conclusión de aquella asamblea, y que además corrigió una serie de errores de redacción del texto aprobado por la convención. Como dato de interés, la Corte Suprema de Justicia declaró más tarde inconstitucional un artículo aprobado por la citada reforma, por entender que la convención se había excedido del temario previsto por la ley de convocatoria 24309.[22]

La reforma constitucional venezolana de 1999, por su parte, fue realizada mediante una convención no prevista por el texto removido de 1961. Terminó siendo aprobada por referéndum.

En Bolivia, una reforma aprobada en el 2004 permitió la convocatoria, por ley especial, a una convención constituyente, a tenor del nuevo artículo 232.[23] La asamblea funcionó en el 2007. No obstante, la aprobación "en grande" (con la mera lectura del índice del nuevo texto), el 24 de noviembre del 2007, en la sede de un colegio militar en Sucre, y la posterior aprobación en detalle, pero en una sede universitaria de Oruro, el 9 de diciembre, en un marco de alta conflictividad, ausencias y dificultades para sesionar, no evidencian un proceso constituyente impecable. Por lo demás, la nueva carta debe ser sometida a referéndum aprobatorio, trámite que en la actualidad (octubre de 2008) es profundamente discutido en tal país.

Ecuador inició a partir del 2007 una gesta reformista que partió de una consulta popular convocada por el presidente de la Nación, en orden a preguntar a la ciudadanía si estaba de acuerdo con la instalación de una asamblea constituyente con plenos poderes, a fin de dictar una nueva constitución, de conformidad con un estatuto electoral que se adjuntaba. Fuera de las objeciones planteadas hacia la consulta en sí, que se fundó en el artículo 171, inciso 6, de la Constitución,[24] lo cierto es que esta no disponía su reforma mediante una asamblea constituyente. Para viabilizarla, el Poder Ejecutivo invocó que el pueblo era el titular único del poder constituyente y que este, por su propia naturaleza, es soberano, indelegable e indivisible (decreto 2 del 16.1.2007). Con tal argumentación, aparentemente, y previo referéndum preliminar aprobatorio de la consulta, el pueblo podía abrir una vía de reforma no contemplada por la Constitución, como efectivamente se hizo. El nuevo texto, ya concluido, también fue sometido a referéndum (artículo 23 del Estatuto electoral mencionado) y aprobado por tal medio el 28 de septiembre del 2008.

En definitiva, cabe constatar que el ejercicio del poder constituyente irregular, por diferentes vías de confirmación, ha sido habitualmente exitoso en la experiencia jurídica latinoamericana. Tal es un dato muy significativo emergente de la dimensión fáctica o existencial del derecho constitucional, que desde luego no puede ignorarse, y que parece querer configurar hasta una especie de derecho consuetudinario constitucional.

Pero esa frecuente dosis de aprobación del poder constituyente irregular (directa o por inacción de los órganos de control de constitucionalidad) debe provocar un serio llamado de atención. Al asumirse el problema, tiene que quedar bien en claro que el

[24] Ibídem, pp. 237 ss.

recurso a referendos convalidatorios de reformas constitucionales irregulares no es una solución axiológicamente aceptable en un Estado de derecho.

Al respecto, debe subrayarse que no resulta legítimo transgredir los procedimientos jurídicos de reforma, con el pretexto político de que la aprobación popular del nuevo documento purga cualquier defecto de trámite y justifica cualquier contenido en lo sancionado. Eso podrá ser convincente —quizá— en el marco de una democracia rousseauniana y plebiscitaria de masas, donde se rinda culto idolátrico a la *volonté général,* cualquiera sea la forma en que se exprese, pero no es propio de una democracia perfeccionada por el derecho, es decir, por el imperio de la ley.

La remisión al *pueblo soberano,* en efecto, para justificar cualquier decisión tomada en su nombre es engañosa. En el Estado constitucional, recuerda Martín Kriele,[25] nadie es, en sentido preciso, *soberano,* porque todos deben ejercer sus competencias en el marco que prescriba la Constitución.

---

[25] Martín Kriele: *Introducción a la teoría del Estado,* trad. por Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 149 ss.

## Bibliografía

Aftalión, Enrique, Fernando Garcia Olano y José Vilanova: *Introducción al derecho*, Buenos Aires: El Ateneo, 5.ª ed., 1956.

Aguiar de Luque, Luis, y Fernando Reviriego Picón: "Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países latinoamericanos (2005-2007)", en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 27, Madrid: Instituto Nacional de la Administración pública, 2007.

Boffi Boggero, Luis María: "La llamada responsabilidad por acto propio, o subjetiva", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 1978.

Díaz Ricci, Sergio: *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2005.

Eisenmann, Charles: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche,* cit. por Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* t. 3, Buenos Aires: Plus Ultra, 2.ª ed., 1977.

Ferreyra, Raúl Gustavo: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2007.

Hernández, Antonio María: "El caso Fayt y sus implicancias constitucionales", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, Madrid, 2001.

Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. por Eduardo García Maynez, México: UNAM, 3.ª ed., 1969.

Kriele, Martín: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980.

Prats, Eduardo Jorge: "La reforma constitucional en la República Dominicana: un proceso en marcha", en *Revista de Derecho Público*, n.º 15, Lima, 2007.

Sagüés, Néstor Pedro: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

— "Introducción", en *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires: Astrea, 10.ª ed., 2004.

— "La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia", en *Jurisprudencia Argentina*, t. II, Buenos Aires, 2007.

— Teoría de la constitución, Buenos Aires: Astrea, 2001.

Spota, Alberto A.: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.

Vanossi, Jorge R.: *Teoría constitucional,* t. I, Buenos Aires: Depalma, 1975.

Vigo, Rodolfo Luis: *La injusticia extrema no es derecho* (de Radbruch a Alexy). Buenos Aires: La Ley, 2006.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 165-178, ISSN 1510-4974

**Hernán Salgado Pesantes (Ecuador)***

# Proceso constituyente y transición en el Ecuador

## RESUMEN

**La Asamblea Constituyente convocada en el Ecuador para expedir una nueva Carta constitucional ha llevado adelante un proceso en el que surgen muchas inquietudes, principalmente ¿qué valor normativo tiene la Constitución que guió el proceso, antes de ser derogada por la nueva? Una vez promulgada la nueva Constitución, el Ecuador ha emprendido el camino de la transición, que va presentándose complicado, particularmente en los ámbitos de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional. Mientras se reemplaza a la Corte Suprema por una Corte Nacional —con menores atribuciones y jerarquía—, los guardianes de la Constitución han iniciado la transición con exceso de discrecionalidad (inaugurando una forma de hermenéutica constitucional).**

**Palabras clave: proceso constitucional, Constitución política, tribunales constitucionales, competencia de tribunales, Ecuador.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Das Vorgehen der in Ecuador mit der Ausarbeitung einer neuen Verfassung betrauten Verfassungsgebenden Versammlung wirft zahlreiche Fragen auf, vor allem nach der normativen Bedeutung der Verfassung, auf deren Grundlage sich der gesamte Prozess vollzog, bevor sie durch die neue Verfassung ersetzt wurde. Nach deren Verkündung befindet sich Ecuador jetzt in einer Übergangsphase, die sich gerade im Bereich der ordentlichen und der Verfassungsgerichtsbarkeit schwierig gestaltet. Während der oberste Gerichtshof durch einen – von seiner Stellung her niedriger eingestuften und mit geringeren Befugnissen ausgestatteten – nationalen Gerichtshof ersetzt wird, haben die Verfassungshüter die Übergangsphase mit einem Übermass an Ermessen begonnen (und damit eine eigene Verfassungshermeneutik eingeleitet).**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsprozess, Verfassung, Verfassungsgerichte, Zuständigkeit der Gerichte, Ecuador.**

---

* Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex magistrado del Tribunal Constitucional. Ex presidente y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008). ‹hsalgadop@uio.satnet.net›

**ABSTRACT**

**The Constituent Assembly called in Ecuador to draw up a new Constitution has carried out a process in which many questions arise, mainly: What is the regulatory value of the Constitution driving the process, before being superseded by the new one? The new Constitution once enacted, Ecuador has taken the road of transition, that looks complicated, particularly in the field of ordinary justice and constitutional justice. While a National Court substitutes the Supreme Court – with less competence and hierarchy – the guardians of the Constitution have started the transition with an excess of discretionality (thus launching a form of constitutional hermeneutics).**

**Keywords: constitutional process, political constitution, constitutional courts, competent jurisdiction of courts, Ecuador.**

## 1. El proceso constituyente ecuatoriano

El Ecuador, ansioso de introducir cambios en su ordenamiento jurídico fundamental, aceptó mayoritariamente convocar a una Asamblea Constituyente para que reorganizara las instituciones políticas y expidiera una nueva Carta constitucional.

En este proceso constituyente no han faltado las paradojas y contradicciones. Así, por ejemplo, no obstante los "plenos poderes" asumidos por el órgano constituyente, en su etapa final de trabajo queda al descubierto la existencia de un *buró político,* encabezado por el presidente de la República —poder constituido—, que está por encima de la Asamblea y dirige a la mayoría oficialista.[1]

Se debe también señalar que con la eliminación del Congreso Nacional, que fue declarado en receso (un "receso" definitivo), y con fundamento en los "plenos poderes", la Constituyente tomó para sí la tarea de legislar dictando leyes y "mandatos" para que el Gobierno pueda disponer de un marco jurídico adecuado, que haga viable la acción pública con el esquema gubernamental ideológico.

Esta tarea legislativa que emprendió la Constituyente fue muy discutida, pues se entendía que primero debía elaborar la Carta Política con los principios y regulaciones básicas, para después dictar —si fuera del caso— las principales leyes orgánicas.

Naturalmente, el tiempo que la Asamblea ocupó en legislar no pudo ser recuperado y los constituyentes de mayoría tuvieron que acelerar la aprobación de los textos para la nueva Carta Magna, punto que ha generado reparos respecto de la calidad del trabajo. Incluso, algunos asambleístas acusaron el cambio de textos que fueron aprobados por el pleno y la introducción de otros que no lo fueron, hechos que se produjeron en los días finales de la Constituyente.[2]

---

[1] Este hecho, que ya había sido señalado, se patentizó dramáticamente cuando el presidente de la Asamblea, Alberto Acosta, renunció a la presidencia por pedido del "buró político".

[2] La Asamblea Constituyente inició sus labores el 30 de noviembre de 2007 y las culminó, entregando la Carta Magna, el 25 de julio de 2008. Para cumplir con el lapso establecido en el respectivo Estatuto hubo que luchar contra el tiempo, lo que podría explicar que la Constitución

## 2. La Constitución en vigor y el proceso constituyente

Este proceso constituyente ha dejado una inquietud: ¿cuál es el valor normativo de la Constitución —que se encontraba en vigor— mientras dura el periodo constituyente? Y, secundariamente, durante este periodo, ¿qué papel debe desempeñar un órgano de control constitucional, en nuestro caso el Tribunal Constitucional?

En el caso ecuatoriano, la Constitución que estuvo en vigor para la fecha y reguló los inicios del proceso constituyente no pudo mantener su eficacia —o eficiencia— normativa. Si bien la Constituyente no se pronunció oficialmente al respecto, los asambleístas actuaron con mucha ambigüedad y según las circunstancias. Igual ocurrió con el titular del Ejecutivo, cuya acción vimos fortalecida en lugar de sufrir la *capitis deminutio* que afectó a los poderes constituidos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional —guardián privilegiado de la Constitución— fue incapaz de defenderla jurisdiccionalmente. El órgano de control constitucional quedó relegado para resolver únicamente cuestiones menores, de rutina, pues los asambleístas tuvieron cuidado de disponer que ningún juez o autoridad podrá impugnar las decisiones que adopte la Constituyente, decisión que se inserta en la concepción de los "plenos poderes".

Hubo casos en que el Tribunal Constitucional pudo jugar un papel relevante y dar orientaciones jurídico-constitucionales al país, pero la mayoría de sus nueve miembros se inclinaron a secundar la acción del Ejecutivo, favoreciendo sus demandas de inconstitucionalidad o bien declarando improcedentes aquellas que interponían quienes cuestionaban los "mandatos" (suerte de leyes) de la Constituyente.

¿Es que en un proceso constituyente debe también declararse en "receso" a la propia Ley Fundamental? Las experiencias de Venezuela, Bolivia y Ecuador dejan en claro que un proceso constituyente es incompatible con la Constitución que existe en el momento; esta queda prácticamente derogada, con las graves consecuencias que de ello se derivan.

En suma, el principal riesgo de una Asamblea Constituyente cuando existe un orden democrático frágil es que, además de elaborar la Ley de leyes, se quiera utilizar sus atribuciones o poderes superiores en actos de gobierno. Cuestión que significará alterar el orden constituido —el estado de derecho existente— y propiciará discordia y pugna de poderes.

Además, como lo expresado ocurre antes de que entre a regir la nueva Constitución, sus mandatos difícilmente serán acatados en un ambiente social y político de enfrentamiento y lucha; para superar la anarquía se utilizará la fuerza, el orden se privilegiará en desmedro de la libertad, con lo cual entramos en el círculo del autoritarismo. Es sabido que la Constitución —acorde con su naturaleza y fin— debe iniciar una transformación ordenada y gradual de las instituciones políticas, valiéndose, en su caso, de las disposiciones transitorias.

---

tenga algunas deficiencias. Una interesante reseña cronológica la hizo un ex asambleísta: Pablo Lucio-Paredes: *En busca de la Constitución perdida,* Quito: Trama, 2008.

Me atrevería a decir que esta es la lección del proceso constituyente ecuatoriano, sobre todo cuando existe una institucionalidad débil a causa de la inestabilidad política e incluso jurídica. Y querer reconstruir la institucionalidad a partir de cero es una tarea imposible. Por otro lado, no es aceptable que la clase política de turno ofrezca grandes beneficios para el país con el mero cambio de la Constitución.[3]

## 3. La nueva Constitución del Ecuador

El proceso constituyente ecuatoriano, después de dictar "mandatos" y leyes, dio como resultado una densa Carta Magna de 444 artículos, la más extensa de la historia constitucional ecuatoriana y de Latinoamérica.[4] Esta Carta Política fue sometida a un referéndum y aprobada (28 de septiembre del 2008); una vez promulgada y publicada entró a regir el 20 de octubre del 2008. A partir de ese momento hubo criterios contrapuestos alrededor de la aplicación inmediata de la normativa constitucional, tema que fue exagerado y que respondía a intenciones políticas.

Nadie puso en duda que la Constitución en materia de derechos humanos tiene aplicación directa e inmediata, pero respecto de la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas del Estado la aplicación debía ser gradual, conforme lo establecen las propias disposiciones transitorias, que son elaboradas con este fin. Resultaba obvio que —para muchas situaciones— era indispensable expedir nuevas leyes; la propia Constitución así lo prescribe. Incluso las leyes que se dicten despejarán las dudas que hay sobre diversas cuestiones no reguladas por el texto constitucional.[5]

En este punto, vale destacar la importancia que tienen las normas que regulan la transición. Tomaré dos ejemplos. Las disposiciones transitorias que trae la Constitución de Brasil, no obstante su extensión (son 74 largos artículos), se observa que fueron redactadas de manera cuidadosa y con conocimiento de causa; igual se podría afirmar de los artículos transitorios (en número de 60) que acompañan a la Constitución colombiana. De las transitorias del texto ecuatoriano no se puede decir lo mismo. Hay dos clases de transitorias: las primeras siguen al texto normativo, contenidas en 30 disposiciones; después se insertan otras 30, bajo el epígrafe de "Régimen de transición", aquí se destacan las regulaciones sobre elecciones y sobre la transición institucional. Esta última ha sido la más cuestionada.

Las disposiciones transitorias, que debieron conducir al cambio institucional de manera ordenada y gradual, fueron insuficientes por varias razones; por ejemplo: por

---

[3] Los actuales dirigentes políticos —encabezados por el presidente Correa— han ofrecido una Constitución "que dure cien años", ¡qué ingenuidad!, que raya en lo tragicómico si se piensa en el país y se recuerda su accidentada historia política. Es tanto como pensar en los mil años del Tercer Reich…

[4] La Constitución de Colombia con sus 380 artículos era de las más extensas.

[5] Así, en el ámbito de la justicia, por ejemplo, la propia Constitución dispone que se expidan leyes para: la estructura, funciones y competencias de la función judicial (artículo 177); funciones del Consejo de la Judicatura (artículo 181); funciones de la Corte Nacional de Justicia (artículo 184); atribuciones de la Fiscalía General del Estado (artículo 195 in fine); la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Constitucional (artículo 430).

dar soluciones inadecuadas (caso de la Corte Suprema de Justicia); a causa de ambigüedades (caso del Tribunal Constitucional); por sus vacíos, argumento esgrimido por muchos para dar soluciones opuestas al espíritu de la nueva Constitución.

Así, el "Régimen de transición" constitucional ha sido objeto de interminables críticas por las deficiencias que contiene; a lo cual se ha agregado una seria acusación: las normas del régimen de transición fueron incluidas *a posteriori,* cuando los constituyentes ya habían aprobado el texto de la Constitución.[6]

Me referiré resumidamente a la transición que han tenido tres instituciones del ámbito jurisdiccional: la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura.

## 4. La Corte Suprema de Justicia y el "Régimen de transición"[7]

En primer lugar, hay que anotar que la nueva Constitución elimina a la Corte Suprema de Justicia para dar paso a una Corte Nacional. No se trata de un simple cambio de denominación, es una configuración diferente de la función judicial, donde surge con mayores atribuciones el Consejo de la Judicatura en detrimento de la nueva Corte Nacional (que reemplaza a la Suprema).

Una de las atribuciones del Consejo de la Judicatura es la designación de los jueces de la Corte Nacional, su evaluación y sanción —como sucede con los demás jueces (artículo 181, número 3)—. La anterior Constitución de 1998 recogió el principio de la cooptación para la Corte Suprema, como principio que fortalece la independencia del órgano mayor de la función judicial, lo cual ahora se elimina. La última Corte Suprema realizó la cooptación —en repetidas ocasiones— con base en un concurso público de méritos.[8]

Según el artículo 22 del "Régimen de transición", una vez que se expida "la ley que regule la conformación y funcionamiento del Consejo de la Judicatura, este organismo conformará la Corte Nacional de Justicia", igual que designará a los demás jueces.

Este debilitamiento institucional de la Corte, que había sido el máximo órgano del Poder Judicial, toma una nueva dimensión cuando la Constitución establece la acción extraordinaria de protección (amparo) contra las sentencias dictadas en casación por

---

[6] El asambleísta León Roldós, político de larga trayectoria y ex candidato presidencial, hizo serios reparos en este sentido y presentó una demanda ante el Tribunal Constitucional, que no ha sido debidamente tramitada.

[7] Es ético indicar que el autor de este trabajo fue miembro de la extinguida Corte Suprema, para que sus criterios se tomen con el debido inventario.

[8] Justamente, el mandato constitucional de la cooptación sirvió de argumento para quienes sostuvieron que la designación mediante concurso de méritos —dispuesto por una ley en el 2005— de los magistrados de la Corte Suprema era inconstitucional. La respuesta fue que cómo podía haber cooptación si todos los magistrados fueron destituidos el 8 de diciembre del 2004 por una mayoría atrabiliaria del Congreso, aliada con el gobierno autoritario del coronel (r) Lucio Gutiérrez. No quedaba ningún titular para tal evento y la Constitución, obviamente, no previó una situación de esta naturaleza. Hubo que esperar casi un año para reinstitucionalizar la Corte Suprema (30 de noviembre del 2005). Hecho que, en otras circunstancias, vuelve a repetirlo nuestro proceso constituyente.

la antigua Corte Suprema y por la actual, acción que podrá ser planteada ante la nueva Corte Constitucional, como se analizará al final de este artículo.

Los constituyentes adictos al gobierno buscaron un cambio rápido de la Corte Suprema, muy diferente a lo que se dispuso respecto de otras instituciones. Como se explica en la nota 8 (supra), los miembros de la última Corte Suprema fueron elegidos mediante un concurso de méritos, reconocido a nivel internacional, con observadores de las Naciones Unidas, de la OEA, la Comunidad Andina, la Comunidad Europea, de gobiernos amigos (como Chile, España).[9] En Ecuador se integró una *Veeduría Ciudadana de la Red de Justicia* (con 47 organizaciones) para la observación directa y diaria del proceso, que es sin duda el mayor logro en este campo.[10]

Previamente, el Congreso Nacional dictó la *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial* (18 de mayo de 2005), en la cual se fijan requisitos exigentes para los futuros magistrados, se dan reglas para la conformación de un Comité de Calificación "en vista de la ausencia definitiva de la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema" (que fueron destituidos) y se dispone que el Comité elabore un Reglamento de Concurso en el que "se establecerán con claridad los pasos a seguirse, los criterios de calificación y los puntajes que deberán aplicarse a los postulantes según sus conocimientos […]".[11]

En este concurso intervinieron 311 juristas para elegir a 31 magistrados; cuestiones importantes fueron la publicidad y las impugnaciones, que podían presentarse en su momento. El proceso duró alrededor de seis meses. A la posesión acudieron los presidentes de la República (Dr. Alfredo Palacio) y del Congreso (Dr. Wilfredo Lucero). Esta Corte se mantuvo trabajando por casi tres años. No es del caso analizar las razones que llevaron a los constituyentes del Gobierno a cambiar la integración de dicha Corte, pero no se quiso dar lugar a una transición gradual y ordenada, consistente en dar la nueva ley, realizar los concursos y designar a los jueces para que tomaran posesión.

El artículo 21 del "Régimen de transición" dispuso:

> A los diez (10) días de proclamados los resultados del Referéndum Aprobatorio terminan los períodos de las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Así, los diez días se cuentan a partir de que el órgano electoral proclame los resultados del referéndum constitucional; no se espera a que la nueva Constitución sea

---

[9] Un papel importante tuvieron los señores José Miguel Insulza (secretario de la OEA), Leandro Despouy (relator sobre la Justicia de Naciones Unidas), Sonia Picado (presidenta del IIDH), Carlos Ayala (presidente de la Comisión Andina de Juristas) y el senador de Chile Vieira Gallo (actual ministro de la Presidencia), entre otras distinguidas personalidades que acompañaron el concurso y la designación final.

[10] Un relato preciso y documentado de todos estos hechos consta en el libro: *Una Corte de Justicia con la participación ciudadana*, Quito: Red de Justicia, Amelia Ribadeneira, Secretaría Técnica, Fundación Esquel, 2006.

[11] Ibídem, Anexo 1, pp. 132 ss. En los anexos constan reglamentos, instructivos y otros documentos.

promulgada. Transcurrido este lapso, dice la transitoria, "terminan los períodos", expresión ambigua que fue tomada en el sentido de concluir las funciones. Lo que los constituyentes de mayoría oficialista no advirtieron es que al terminar los períodos, estos jueces pierden la potestad de juzgar, pues carecen de jurisdicción y competencia.

Cabe señalar que por mandato constitucional (recogido de una consulta popular realizada en 1997) los magistrados de la Corte Suprema no tenían período fijo para su duración, por lo que no era adecuado hablar de terminación de períodos. Algún funcionario buscó interpretar la disposición en el sentido de dar por concluido el carácter vitalicio de estos jueces; por tanto, seguían como tales (con jurisdicción y competencia).

Un segundo inciso del artículo 21 dispuso que, como continuación de la terminación de los períodos, a los diez días de proclamados los resultados se organizara un sorteo entre los treinta y un magistrados para escoger a veintiuno, "a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia hasta que se designe a los titulares", conforme dispone la nueva Constitución.

Esta disposición trajo dos problemas: 1) la mayoría de los magistrados pidieron a la Constituyente no ser objeto de sorteos, pues el cargo había sido obtenido por concurso y en buena lid; 2) la reducción del número de jueces (que implicaba una eliminación de salas) no podía darse mientras no se dictara una ley; igual sucedía con las funciones, que debían estar acordes con la nueva estructura fijada en la Constitución. La Ley anterior que organizaba una función judicial con Corte Suprema, con cooptación y atribuciones diferentes, fue derogada —igual que otras leyes— por mandato constitucional.

La primera cuestión no fue oída y la segunda pasó desapercibida. ¿Y la potestad de juzgar? ¿Será que el "encargo de funciones" devuelve la jurisdicción y competencia propias de los jueces?

Una vez aprobada la Constitución, el ministro de Justicia señaló que había que cumplir el régimen transitorio y proceder al sorteo; así se hizo y cuando se pidió retirar el nombramiento solo un juez acudió (de los 21 favorecidos). Los demás se excusaron por razones de dignidad y ante la carencia de una ley reguladora, que incluso devuelva la competencia para juzgar.

En una reunión con las autoridades encargadas de solucionar la *impasse*, los ex magistrados de la Suprema consideraron que la Comisión Legislativa (que sustituyó a la Asamblea Constituyente) debía dictar una ley que al tiempo de prorrogar las funciones de los 31 ex magistrados —hasta ser reemplazados— les confiriera jurisdicción y competencia. El ministro de Justicia y el oficialismo encontraron otra solución: consultar a la autoproclamada "Corte Constitucional". A esta consulta se agregaron otras, como la del Consejo de la Judicatura.

Con base en esa decisión de la "Corte Constitucional" se resolvió esta crisis de la Justicia; el dictamen decía que, a falta de los titulares sorteados (que habían integrado la antigua Corte Suprema), se podía "llamar" a quienes no habían sido favorecidos en el sorteo y también a los conjueces y, a falta de estos, a los presidentes de las cortes superiores más antiguos. De este modo se reunieron los 21 jueces que deben conformar la transitoria Corte Nacional, minimizada en sus atribuciones y jerarquía.

## 5. Transformación del Tribunal Constitucional en Corte

Mucha polémica y repudio ha ocasionado la autoproclamación del Tribunal Constitucional en Corte Constitucional, lo cual significa que sus miembros asumen las atribuciones conferidas por la nueva Constitución a dicha Corte, y así lo han puesto en práctica. El "Régimen de transición" constitucional, varias veces mencionado, en su artículo 25 dice, en lo principal:

> Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.
>
> Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos.
>
> Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. [….].

A la luz de esta disposición se observa que el Tribunal Constitucional se arroga funciones no previstas —bajo ninguna consideración— en el artículo 25 del "Régimen de transición". Esta disposición se refiere de modo expreso a una "primera Corte Constitucional" que será integrada por las designaciones que haga una comisión calificadora, la cual —a su vez— será conformada por "las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social".

Es decir, es indispensable la conformación de estas tres funciones: la Legislativa, denominada ahora Asamblea Nacional, que será elegida en abril del 2009; igual el titular del Ejecutivo (presidente de la República), que no puede ser el actual, por eso la disposición habla de "nuevas funciones". Y más complicado es instituir a la función de Transparencia y Control Social, porque según la norma constitucional ella es el resultado de varias entidades (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría y superintendencias), cuyos titulares conforman "una instancia de coordinación" (artículos 204 y 206 de la Constitución).

Al no estar constituidas las "nuevas funciones" no puede organizarse la "comisión calificadora", que es la encargada —por el artículo 25 del "Régimen de transición"— de designar a quienes "integrarán la primera Corte Constitucional". Incluso el artículo 25 señala el número de candidatos (nueve) que cada función debe proponer ante la comisión.

Por su parte, el artículo 27 ibídem, relativo a aspectos de la transición, menciona expresamente al Tribunal Constitucional (junto con el Consejo Nacional de la Judicatura y el Tribunal Supremo Electoral) para señalar que sus integrantes —se entiende los actuales— "terminarán sus períodos cuando se posesionen los […] miembros de la Corte Constitucional". En el marco de esta disposición, los vocales del antiguo Tribunal Constitucional no pueden transformarse en miembros de la Corte Constitucional, y cuando estos vengan ya habrán terminado sus períodos.

En este punto las disposiciones de la transición (artículos 25 y 27) guardan coherencia y claridad. La objeción hecha por el Tribunal Constitucional de que la Constitución omite referirse a que ellos continúan en funciones prorrogadas y que no se podrán despachar los amparos no justifica en modo alguno una violación flagrante a la Ley de leyes. Al permitir el "Régimen de transición" que los miembros del Tribunal Constitucional sigan al frente de la institución hasta que se posesionen los miembros de la Corte Constitucional (conforme dice el artículo 27), les prorroga también las funciones, cuestión que, por otra parte, es principio general. Muy diferente es cuando la norma de transición da por terminados los períodos o funciones, como en el caso de la Corte Suprema.

En el contexto jurídico expuesto es imposible aceptar que el Tribunal Constitucional se haya transformado en la nueva Corte Constitucional. Más aún, entre las competencias establecidas en la Constitución de 1998 para el Tribunal Constitucional no constaba la de interpretar la Constitución de modo obligatorio, lo cual correspondía al Congreso Nacional. ¿Cómo pudieron los vocales del Tribunal arrogarse esta competencia —de interpretar— prevista en la actual Constitución para la futura Corte, que aún no existe?

Los hechos acaecidos hacen pensar que el oficialismo requería de modo urgente un organismo que interpretara la Constitución, de acuerdo con el "interés general" que representa el Gobierno. No fortalecen el optimismo estos actos jurídicos realizados, sin el más mínimo pudor, en el plano constitucional, pero sí revelan la calidad ética y jurídica de quienes pretenden ser guardianes de la Constitución que implementará los cambios de la revolución ciudadana.

## 6. La Corte Constitucional como órgano de consulta

Decíamos que para solucionar la crisis judicial ocasionada por la falta de previsión de los constituyentes, al no regular adecuadamente la transición de la Corte Suprema hacia la Corte Nacional, se decidió "consultar" a la flamante Corte Constitucional, para que "interprete" los artículos pertinentes del "Régimen de transición". Otros organismos también se hicieron eco de la consulta e interpretación; así el Consejo de la Judicatura, que luego examinaremos.

Respecto de la "consulta" vale señalar que los artículos 436, 437 y 438 de la nueva Carta Magna regulan las atribuciones que serán de la Corte Constitucional, pero allí no existe ninguna atribución que permita elevar consultas en casos de duda; peor cuando existen vacíos constitucionales en el "Régimen de transición".

El único caso de consulta al órgano de control constitucional es aquel en que un juez suspende la tramitación de una causa por considerar que hay una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 428 ibídem). Es decir, es el antiguo caso de inaplicabilidad que fue eliminado, dándose a cambio la suspensión del trámite judicial para hacer la consulta y desesperar por la respuesta.

Para hacer posible resolver las consultas la autoproclamada Corte Constitucional dictó una especie de instructivo denominado "Reglas de procedimiento" que establece

una nueva atribución, la de ser un "órgano consultivo", y regula el procedimiento que debe seguirse. Lo grave del asunto es que la misma Constitución en su artículo 430 dispone, respecto de la Corte Constitucional: "La Ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones".

¿Cómo es posible pasar por alto este mandato constitucional? Un instructivo o reglamento no puede cambiar lo dispuesto ni siquiera por una ley, y menos por la Ley Suprema. De nada sirven los argumentos sobre la aplicación inmediata de la Constitución o del interés general, o del principio de ponderación en la interpretación. Si la Carta Fundamental prescribe que debe dictarse una ley para que un órgano pueda organizarse, funcionar y regular sus procedimientos, nada suple a esa ley. Me temo que los guardianes de nuestra Constitución están incurriendo en una discrecionalidad propia de las doctrinas políticas de los *-ismos*.

En consecuencia, la llamada Corte Constitucional no puede absolver consultas; simplemente es inconstitucional. Respecto de la facultad de interpretar, esta atribución está reservada a la Corte Constitucional cuando sea legítimamente constituida. Y esa atribución deberá ser utilizada en caso de dudas, ambigüedades u oscuridades que haya en el texto constitucional; no puede utilizarse la interpretación para agregar cuestiones o decir cosas que la Constitución no lo hizo u omitió hacer. Si no se quiere ir a una reforma constitucional se puede buscar la solución mediante una ley.

Por otro lado, ateniéndonos a la teoría del derecho —primera disciplina que estudia quien desea ser abogado—, en los casos de aplicación del ordenamiento jurídico pueden darse tres situaciones: 1) aplicación pura y simple de la norma jurídica porque esta es clara; 2) interpretación de la norma a causa de las oscuridades, equívocos, ambigüedades que la norma jurídica presenta, o 3) integración del derecho: porque al no existir una norma reguladora, al haber un vacío o laguna jurídica, debe el juez integrar el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada país.

Para el caso judicial, las disposiciones que orientan el "Régimen de transición" no han podido prever las diversas situaciones propias de la transición, existen vacíos o lagunas que deben ser llenados. Frente a este hecho procede dictar una ley que integre el orden jurídico de transición; una mera interpretación no es posible porque no se trata de aclarar contenidos, es una real carencia de disposiciones.

Si el órgano encargado de legislar no lo hace, lo que está demostrando es una grave confusión acerca de su competencia; por ello demanda la aquiescencia de otro órgano. Lo lamentable, y que complica el caso, es que el órgano consultado carece de legitimidad y que sus pronunciamientos jurídicos no tendrán validez.

## 7. El Consejo de la Judicatura y su transición

El Consejo Nacional de la Judicatura fue instaurado en el Ecuador en las reformas constitucionales de 1992, aunque pasaron algunos años hasta que el órgano se integrara y se dictara su ley (1998); siguiendo a la doctrina se estableció que el Consejo tuviera carácter administrativo y disciplinario. Es decir, que tendría un papel activo con miras a alcanzar una administración de justicia honesta, eficiente y confiable. Destaco este

punto porque en el Ecuador, en general, estos nobles objetivos eran exigidos a la suprimida Corte Suprema, seguramente por el peso de la tradición histórica.

Sin embargo, el funcionamiento del Consejo Nacional de la Judicatura ha dejado mucho que desear. La nueva Constitución lo denomina simplemente *Consejo de la Judicatura* y, como se dijo, aumentó sus atribuciones mientras disminuyó las de la Corte Nacional de Justicia. Parece que la mayoría de nuestros constituyentes tuvieron la visión del Consejo General del Poder Judicial de España, y en este como en otros puntos siguieron el modelo español.

Como el Consejo de la Judicatura estaba conformado por siete miembros y la nueva Constitución establece que deben ser nueve, los vocales decidieron "consultar" a la "Corte Constitucional", aprovechando la coyuntura de las consultas. La respuesta dada en la "sentencia interpretativa" del organismo de control constitucional fue que podían designar a los dos miembros faltantes para estar de acuerdo con la Constitución.

Este asunto implica otra violación flagrante de la Ley Suprema, que en el artículo 180, en la parte final, se refiere a la designación de los vocales del Consejo de la Judicatura y dispone: "Se elegirán seis vocales profesionales en Derecho y tres profesionales en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines".

Esta norma no fue observada. A los siete vocales ya existentes se agregaron otros dos profesionales en derecho. No es suficiente que, como sucede en nuestro medio, los abogados, especialmente docentes, incursionen en otras áreas y se consideren especializados en ellas.

Naturalmente, tampoco se observó lo señalado en el artículo 20 del "Régimen de transición", donde se dice: "En un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días se organizará el Consejo de la Judicatura; sus integrantes se designarán por el procedimiento establecido en la Constitución".

La inquietud que brota en estos casos es ¿por qué tanta prisa en buscar la transformación? ¿Por qué tanta prisa en dejar de ser los antiguos órganos para convertirse en los nuevos, saltando incluso las etapas de una transición racional? No cabe duda de que aquí estamos en presencia del significado de la actividad política: la obtención del poder.

## 8. Amparo contra sentencias definitivas

Bajo la denominación de "Acción extraordinaria de protección" se establece el amparo contra sentencias y autos judiciales ejecutoriados. En los círculos judiciales y de abogados se ha comentado que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación ante la Corte Suprema). Esto significará tiempo, mucho tiempo, para que los juicios sean resueltos y un trabajo que terminará estrangulando a la nueva Corte Constitucional.

La justicia ecuatoriana, por muchas y complejas razones, es demasiado lenta; además, se abusa en exceso del recurso de casación (utilizándolo como si fuera tercera instancia). Buena parte de estos recursos han sido desechados por las Salas de la Corte Suprema, pero el trabajo ya fue hecho, mientras los expedientes se hacinan perjudicando a quienes esperan que su causa sea despachada. En este contexto, en el

que también se abusa del amparo, los constituyentes de mayoría han dispuesto, finalmente, el siguiente precepto:[12]

> Artículo 437. Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte [Constitucional] constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
>
> 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Aunque los constituyentes agregaron, al final de sus sesiones, el requisito de que se hayan agotado los recursos y que las decisiones judiciales estén ejecutoriadas o firmes, esto no atenúa el problema. Lo grave es que queda abierto el requisito de violación del debido proceso o de otros derechos constitucionales. No se ha buscado precisarlo, concretarlo. Será fácil para todos los recurrentes de esta acción argumentar tales violaciones. Esto ha ocurrido con la acción de amparo (llamada ahora *de protección*), cuyo abuso sigue a la orden del día, congestionando de trabajo a los jueces.

Las consecuencias serán, como se dijo: una acumulación enorme de juicios, mucho mayor de la que existe actualmente; malestar social por los conflictos que permanecen insolubles; crecimiento de la inseguridad jurídica. El argumento de que en otros países existe el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no es correcto, porque no se ha considerado el sistema de amparo que tienen aquellos países, que es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador tiene una acción de amparo demasiado amplia y no se ha cambiado el sistema.

En España, por ejemplo,[13] el Tribunal Constitucional conoce el amparo cuando hay "violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2" del texto constitucional (artículo 161.1.*b*). Los derechos y libertades protegidos por el amparo son aquellos que constan en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo de la Constitución. En este caso se acude ante los tribunales ordinarios ("por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", artículo 53.2) y luego se puede interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Es decir que los derechos que protege el amparo no son todos los que establece la Carta constitucional, sino un grupo expresamente establecido por la propia Ley

---

[12] La Corte Suprema de Justicia acudió algunas veces a la Constituyente para explicar todas las consecuencias de esta nueva atribución, que no tiene relación con nuestro medio ni con la acción de amparo que existe en el Ecuador, diferente a la situación que viven otros países (incluso Colombia y Perú).

[13] En los tres ejemplos tomados de España, Colombia y Perú se realiza un somero análisis que no agota la complejidad de estos temas. Lejos de mi intención y de este trabajo adentrarme en cuestiones de carácter procesal.

Suprema española. Y para acudir al amparo —ante el Tribunal Constitucional— deben haberse agotado previamente los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

Algo similar existe en Colombia con la acción de tutela (amparo). El artículo 86 (tercer inciso) dice: "Esta acción solo procederá cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial,* salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (énfasis agregado).

El caso peruano también tiene sus características muy peculiares. En Perú, en diciembre del 2003, se aprobó el Código Procesal Constitucional que entró a regir en el 2004. Allí, con una interpretación contrario sensu de la Ley Suprema peruana, se estableció la procedencia del amparo "respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso […]" (artículo 4).

Al respecto se debe tener claro lo siguiente. En primer lugar, que el propio Código peruano hace un esfuerzo por precisar —de modo objetivo— lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva (artículo 4, tercer inciso). Luego, el amparo peruano viene a ser de carácter subsidiario o residual, pues no procede cuando "existan vías procedimentales específicas […]", dice el número 2 del artículo 5, lo que se complementa con la disposición de que se hayan "agotado las vías previas", con pocas excepciones (número 4 del artículo 5), cuestión que se precisa en los artículos 45 y 46 del referido Código.

Por último, existe un plazo para interponer la demanda de amparo, pues este "prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación […]" (artículo 44 ibídem). Tampoco el Código Procesal Constitucional deja de lado el cuidado de señalar expresamente (como lo hace la Constitución española, pero con más amplitud) los derechos que están protegidos por el amparo (artículo 37).

Todo lo dicho lleva a concluir que, si se quiere que en el Ecuador opere adecuadamente la acción de amparo (o protección) contra sentencias judiciales, hay que rediseñar el sistema del amparo, imponiéndole determinados límites. ¿Podrá la ley pertinente asumir esta tarea?

## 9. Una reflexión final

Al influjo de lo que el Gobierno llama la *revolución ciudadana*, lo que se quiere es cambios profundos, que transformen al país. Estando de acuerdo con este punto, creo sin embargo que tales cambios deben operarse no solo en el texto constitucional, sino sobre todo en la realidad concreta del país, si no se quiere caer en la demagogia. Además, estoy convencido de que en el orden institucional la transformación profunda está en relación directa con la forma de actuar de sus miembros, con su ética, eficiencia y responsabilidad.

Espero que no ocurra con la justicia constitucional ecuatoriana lo que muchas veces sucede en nuestro medio con la Constitución, que es de aquellas llamadas *nominales* o *semánticas;* Constitución *de papel* en lenguaje común, simple fachada que sirve de camuflaje para un gobierno autoritario. En este contexto —como ya lo he dicho— la

justicia constitucional no podrá desempeñar ninguna función que no sea, igualmente, de mera fachada.[14]

Por lo expresado es que miro con desconfianza lo que prescribe el artículo 1 de nuestra flamante Constitución: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia […]". En nuestra época, inicios del siglo XXI, después de lo que el mundo ha vivido a lo largo del siglo XX, ya no es suficiente que un Estado se proclame *constitucional,* pues bien puede el gobierno del III Reich, que tuvo a constitucionalistas de la talla de Carl Schmitt, proclamarse como un Estado constitucional. Para mí —como jurista— sigue teniendo un contenido mucho más profundo el Estado democrático de derecho, concepto que gradualmente ha sido enriquecido con nuevas perspectivas humanas y políticas.

[14] Cf. Hernán Salgado Pesantes: *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito: Corporación Editora Nacional, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, n.º 5, 2004.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 179-188, ISSN 1510-4974

**Humberto A. Sierra Porto (Colombia)***

# La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia

## RESUMEN

**A fin de analizar la función de la Corte Constitucional de Colombia en la protección de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, el artículo comienza por precisar conceptualmente estos derechos, su origen, su significado y sus contenidos específicos. Repasa a continuación la recepción jurisprudencial de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el ordenamiento jurídico colombiano y su relación con la estructura constitucional del proceso penal. Finalmente, examina los derechos mencionados en su carácter de insumos para la elaboración y ejecución de políticas públicas dirigidas a las víctimas.**

**Palabras clave: jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, derechos humanos, garantías constitucionales, jurisprudencia comentada, Colombia.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Zum Zweck der Analyse der Funktion des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs beim Schutz des Rechts von Opfern auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Wiedergutmachung beginnt der Beitrag mit einer konzeptionellen Klärung dieser Rechte, ihrer Herkunft, Bedeutung und spezifischen Inhalte. Daran anschliessend beschreibt er, inwiefern das Recht auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Wiedergutmachung im kolumbianischen Rechtssystem Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat und welche Verbindungen zur verfassungsmässigen Struktur des Strafprozesses bestehen. Abschliessend untersucht er die Bedeutung der genannten Rechte zur Ausarbeitung und Umsetzung von opferorientierten staatlichen Massnahmen.**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Menschenrechte, verfassungsrechtliche Garantien, kommentierte Rechtsprechung, Kolumbien.**

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado de la Corte Constitucional. ‹humbertoasierra@gmail.com›

**ABSTRACT**

**For the purpose of analyzing the role of the Colombian Constitutional Court in the protection of victims' rights to truth, justice and reparation, the paper starts by conceptually defining these rights, their origin, meaning and specific contents. It proceeds with a review of Colombian case law as far as the rights to truth, justice and reparation are concerned, and its connection with the constitutional structure of the criminal procedure. Finally, it explores these rights as factors for the creation and implementation of public policies addressed to victims.**

**Keywords: constitutional jurisdiction, constitutional courts, human rights, constitutional guarantees, annotated jurisprudence, Colombia.**

## 1. Precisiones conceptuales

El objeto general *los retos políticos de las jurisdicciones constitucionales* es el espacio ideal para intercambiar experiencias en cuanto a la manera como otros poderes judiciales de Latinoamérica han encarado los retos de la justicia transicional y la protección de los derechos de las víctimas. En tal sentido, quisiera compartir algunas reflexiones sobre la función que ha venido cumpliendo la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia.

Una primera idea apunta a precisar conceptos, por cuanto con frecuencia escuchamos hablar de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas sin tener mayor claridad acerca del origen y el significado de aquellos.

Así las cosas, sea lo primero decir que la fuente primigenia de estos derechos es aquella del cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales, que conduce a que los Estados partes se abstengan de vulnerar los derechos humanos (deberes negativos) y garanticen su ejercicio (deberes positivos), lo cual implica que penalicen en sus correspondientes ordenamientos jurídicos los crímenes atroces con penas proporcionales a la gravedad de los hechos, investiguen, juzguen y condenen a los responsables, e igualmente aseguren una reparación plena a las víctimas.

De la misma manera, debemos tener en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos no consagra expresamente una cláusula convencional en el sentido de que los Estados deban investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos que aparecen recogidos en el texto de tratado internacional.

A pesar de tal vacío, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de su jurisprudencia, ha considerado que tales obligaciones emanan directamente del artículo 1.1 del tratado internacional, es decir, de la obligación internacional, de carácter general, que asumieron los Estados de garantizar la vigencia de los derechos humanos.

Debemos igualmente tener presente que, si bien los derechos a la verdad, a la justicia y a la obtención de una reparación cuentan con diversos fundamentos en normas convencionales, estos no dejan de ser bastante etéreos, abstractos e imprecisos, por lo que la labor de concreción y de configuración como derechos humanos es obra, por

una parte, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y, por otra, de ciertas normas de *soft law*, y especialmente de los trabajos de determinados relatores de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

De igual manera cabe resaltar, una vez más, que, aunque cada uno de estos derechos humanos resulta ser distinto en cuanto a su contenido y alcance, todos ellos apuntan hacia una misma dirección, cual es hacerle frente al fenómeno de la impunidad,

En suma, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación derivan, en últimas, de la obligación genérica que tienen los Estados de garantizar la vigencia de los derechos humanos que aparecen recogidos en diversos tratados internacionales. Constituyen además un todo indisoluble en cuanto solo una investigación seria e imparcial, que culmine con la imposición de una sentencia ejemplar sobre los culpables, podrá develar lo sucedido y garantizar los derechos de las víctimas a la obtención de una adecuada reparación de los perjuicios sufridos.

## 2. Contenidos específicos

Pasando ahora a los contenidos específicos de estos derechos, tenemos que el derecho a la verdad presenta una doble connotación, en el sentido de que es a la vez un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que asiste a cada pueblo de conocer su historia, de conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas.

Así las cosas, el derecho a la verdad como derecho colectivo requiere de algunas garantías que aseguren su ejercicio, las cuales consisten en la creación de comisiones extrajudiciales de investigación y la conservación y consulta de los archivos correspondientes. En tal sentido, se deben tomar medidas cautelares para impedir la destrucción, adulteración o falsificación de los archivos en que se recogen las violaciones cometidas, y no podrán invocarse confidencialidad o razones de defensa nacional para evitar su consulta por instancias judiciales o las víctimas.

De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la justicia consiste en la facultad que tiene la colectividad o directamente la víctima para hacer valer sus derechos mediante acciones judiciales, administrativas o de otra índole que ofrezca el derecho interno o internacional en vigor.

El derecho a la justicia conlleva además los siguientes efectos prácticos: 1) la imprescriptibilidad de las acciones penales en materia de violaciones a las normas sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario; 2) restricciones severas

a la práctica de las amnistías; 3) limitaciones al derecho de asilo; 4) restricciones a las competencias de los tribunales militares y 5) principio de inamovilidad de los jueces.

Finalmente, en cuanto al derecho a la reparación, señalemos que este presenta una dimensión individual y otra colectiva. La primera comprenderá el derecho a la restitución, la indemnización y la rehabilitación; la segunda abarca las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

La restitución es la forma de reparación por antonomasia. Consiste en lograr que la víctima vuelva a la situación en la que se encontraba con antelación a los hechos, es decir, la clásica *restitutio in integrum.* Por su naturaleza abarca, entre otras cosas, permitir el ejercicio de libertades individuales, recobrar la nacionalidad o la ciudadanía, restablecer la vida familiar, regresar a su país, recuperar su empleo y propiedad. En lo que concierne a la indemnización, esta consiste en una cantidad financiera evaluable de todos los perjuicios sufridos, en particular los daños materiales y morales, incluyendo la pérdida de oportunidades.

Las medidas de rehabilitación, por su parte, comprenden la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica que requieran las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y sus familiares. En los casos de desapariciones forzadas, el Estado deberá hacer todas las diligencias posibles para que el cadáver sea encontrado, plenamente identificado y finalmente entregado a los familiares.

Entre las modalidades colectivas de reparación del daño se encuentran, en primer lugar, las medidas de satisfacción. En esencia, se trata de ciertos actos encaminados a reparar moralmente la memoria de las víctimas y a recordar lo sucedido. Entre ellas se cuentan las siguientes:

- el reconocimiento público del Estado en cuanto a su responsabilidad;
- las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas;
- actos conmemorativos;
- la narración fiel, en manuales de historia y de formación en derechos humanos, de las violaciones de excepcional gravedad que se hayan perpetrado.

Por último, como modalidades de reparación colectiva de las víctimas se hallan las garantías de no repetición. Básicamente se trata de que el Estado adopte medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad. Al respecto se pueden señalar, entre otras, las siguientes:

- la disolución de grupos paraestatales;
- el adelanto de investigaciones a fondo sobre los servicios de seguridad estatal implicados en los hechos;
- la derogación de leyes y jurisdicciones de excepción;
- la desvinculación del servicio de miembros de la fuerza pública sindicados de cometer violaciones de derechos humanos, y
- el juzgamiento de estos por tribunales civiles independientes e imparciales.

## 3. Recepción jurisprudencial de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia

Una segunda reflexión que deseo compartir con ustedes es que la recepción jurisprudencial de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el ordenamiento jurídico colombiano no se presentó en un contexto de *justicia transicional,* es decir, de cambio profundo de sistema político, social o económico, sino que tuvo lugar con ocasión del examen de determinadas disposiciones del Código Penal Militar mediante las cuales se limitaba la participación de aquellas ante la jurisdicción castrense.

En efecto, se trató de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra dos artículos de la ley 522 de 1999, "Por la cual se expide el Código Penal Militar". El primero de ellos, aludía a que "las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen"; la segunda señalaba que la constitución de parte civil en el proceso penal militar tenía por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1149 del 2001, declaró inexequibles las expresiones demandadas. Lo más interesante de esta providencia es que se percibe una influencia directa y clara de los avances de la legalidad internacional en materia de derechos a la verdad, la justicia y a la reparación sobre la justicia constitucional colombiana. De tal suerte, para la Corte el contenido de estos tres derechos fundamentales conducía a concebir de manera completamente distinta el papel que está llamada a cumplir la parte civil en el proceso penal militar, en el sentido de que no se podía entender que aquella tuviese como único fin el impulso del proceso, mas no el conocimiento pleno de la verdad ni la obtención de una plena reparación.

Importa además destaca que el juez constitucional estableció una clara relación entre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con el derecho constitucional fundamental a acceder a la administración de justicia y con los deberes constitucionales que debe cumplir el Estado, de conformidad con el artículo 2 constitucional.

Así las cosas, a mi juicio esta sentencia reviste una enorme importancia por cuanto acordó unos desarrollos concretos a un conjunto de derechos subjetivos que aparecen consagrados de manera genérica y amplia en algunos tratados internacionales, pero cuya configuración ha sido obra de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los trabajos de algunos relatores de las Naciones Unidas.

## 4. Relación con la estructura constitucional del proceso penal

Una tercera idea, muy relacionada con la anterior, es que los consecuentes avances que se han dado en materia de derechos a la verdad, la justicia y la reparación han guardado una estrecha relación con la estructura constitucional del proceso penal. De allí que, cuando contábamos con un sistema mixto, caracterizado por la confluencia de

elementos propios de los sistemas inquisitivo y acusatorio, aquellos derechos sirvieron para redefinir por completo el papel que estaba llamada a cumplir la parte civil en el proceso penal, en el sentido de no verla solamente como un interviniente interesado en la obtención de una indemnización de carácter económico, sino como un sujeto procesal activo, comprometido con la obtención de justicia y, sobre todo, deseoso de conocer la verdad sobre lo ocurrido, tanto más en cuanto se tratase de víctimas de violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Posteriormente, en el ámbito del sistema penal acusatorio, la garantía de los mencionados derechos ha llevado a replantear por completo el papel que originariamente debían desempeñar las víctimas en el curso del proceso penal, tal y como lo había concebido el legislador. En efecto, debido a la desaparición de la parte civil, institución procesal tan arraigada en nuestra cultura jurídica, y a la postura según la cual el órgano de investigación debía asumir la defensa de los derechos e intereses de las víctimas, el rol que aquellas estaban llamadas a cumplir en el nuevo sistema penal resultaba ser completamente secundario. No obstante, merced a la aplicación de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, la Corte Constitucional ha venido introduciendo sanos correctivos a la obra del legislador, encaminados todos ellos a que la víctima pueda realmente participar a lo largo del proceso penal y no solamente al término de él, en el incidente de reparación de perjuicios.

En tal sentido, recordemos que la Corte ha considerado que a la víctima de un delito le asisten derechos procesales tales como:

a. solicitar la práctica de pruebas anticipadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, de las circunstancias de su ocurrencia, la determinación de los responsables, de la magnitud de los daños sufridos y el esclarecimiento de la verdad;
b. requerir la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos;
c. intervenir en la audiencia mediante la cual la Fiscalía solicita al juez de conocimiento la preclusión de un proceso debido a la ocurrencia de una de las causales objetivas (verbigracia, muerte del sindicado, amnistía, etcétera);
d. participar en la audiencia preparatoria y hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral, así como demandar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba. En otros términos, todas estas facultades procesales de las víctimas de un delito son instrumentos jurídicos encaminados a garantizar la vigencia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Ahora bien, notemos que estos importantes avances en materia de derechos de las víctimas han tenido lugar en fallos judiciales de constitucionalidad que no aparecen contextualizados en las directrices de la llamada *justicia transicional.* En efecto, aunque resulta lógico pensar que la frecuente alusión a los derechos a la verdad, la justicia

y la reparación se dé en un país que esté atravesando por un proceso transicional, como sería el paso de una dictadura a una democracia o el fin de un conflicto armado interno, en Colombia la jurisprudencia constitucional comenzó a emplear tales categorías del derecho internacional de los derechos humanos con ocasión del examen de la estructura del proceso penal ordinario, es decir, ni siquiera a propósito del que sería más tarde regulado por la denominada Ley de Justicia y Paz.

Una cuarta idea, que resulta ser un complemento de la anterior, es que si bien los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas irradian a toda clase de proceso penal, no se puede olvidar que estos no presentan los mismos contenidos, alcances e intensidades, sino que varían en función de si nos encontramos ante un delito común o en presencia de un genocidio, un crimen de guerra o de lesa humanidad.

En efecto, a toda persona que haya sido sujeto pasivo de un delito le asiste el derecho a saber quién lo cometió, a que se haga justicia y, en últimas, a ser reparada por el daño causado. Sin embargo, cuando estamos ante crímenes atroces, estos derechos revisten otras dimensiones y suelen colidir con otros intereses de la sociedad, como es aquel de la consecución de la paz; es decir, entran a jugar como elementos característicos de verdaderos procesos de justicia transicional. Al respecto es necesario hacer algunas precisiones.

No existe en la doctrina especializada un concepto unívoco del término *justicia transicional.* Así, para algunos autores se trata de una concepción de justicia asociada "con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores". Se citan por tanto como ejemplos de justicia transicional aquellos que vivieron Alemania después de la Segunda Guerra y los países latinoamericanos que sufrieron las dictaduras. Se alude igualmente al caso de Sudáfrica con su régimen de *apartheid.* Otros especialistas engloban dentro del citado concepto no solo los tránsitos del autoritarismo a la democracia, sino igualmente los procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales de los órdenes social y político al término de un conflicto armado interno. En lo que sí parecen coincidir los estudiosos del tema es que los procesos de justicia transicional, aunque presentan importantes matices, se caracterizan por enfrentar tensiones entre objetivos contrapuestos de justicia, verdad y reparación, por un lado, y reconciliación nacional, por el otro.

En este orden de ideas, el ejemplo más claro que hasta el momento existe en la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de justicia transicional lo constituye la sentencia C- 370 del 2006. Al respecto, recordemos que la Corte analizó tres posibles escenarios para examinar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas de la Ley de Justicia y Paz.

Una primera opción, la más restringida, le exigía a la Corte limitar su análisis a los mecanismos estrictamente procedimentales y punitivos consagrados en la ley demandada, confrontando su diseño y aplicación con aquellos que forman parte del sistema penal y procesal penal ordinario, aplicable a los demás ciudadanos.

Una segunda opción implicaba efectuar una ponderación entre valores constitucionales, que en este caso serían los de la paz y la justicia en su dimensión objetiva.

La tercera alternativa, que resultó finalmente seleccionada, consistía en ponderar la paz, la justicia como valor objetivo, y la justicia en tanto derecho de las víctimas y los demás derechos de estas —verbigracia, los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición—. Según la Corte era la opción que mejor respetaba la complejidad de los problemas jurídicos por resolver, ya que no excluía del análisis constitucional ninguno de los valores y derechos constitucionalmente relevantes.

Como resultado del adelantamiento de este complejo *test* de proporcionalidad, recordemos, el juez constitucional, si bien avaló el mecanismo de la pena alternativa para la comisión de crímenes atroces, declaró inexequibles ciertas expresiones y condicionó el sentido de otras, relacionadas con la confesión plena de la verdad y el patrimonio destinado a reparar los crímenes cometidos. Todas estas decisiones llevaron a acercar el texto de la Ley de Justicia y Paz a los estrictos estándares internacionales existentes en materia de derechos de las víctimas.

Una quinta reflexión que deseo compartir con ustedes apunta a que, gracias a la figura del bloque de constitucionalidad, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, cuyo origen y evolución como sabemos se encuentran en el derecho internacional de los derechos humanos, hacen parte de nuestro derecho interno, lo cual comporta efectos de la mayor importancia. Veámoslo mediante algunos ejemplos.

En la sentencia SU-1184 del 2001, en el caso de la *masacre de Mapiripán,* la Corte consideró que en los casos de graves violaciones de derechos humanos la competencia para conocer de ellos se encuentra radicada en cabeza de la justicia penal ordinaria y no de la penal militar. Para tales efectos, el juez constitucional interpretó armónicamente las normas internacionales referentes a los derechos de las víctimas y las constitucionales, labor que culminó con la elaboración de la siguiente subregla:

> Las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación (normas internacionales), y por ende, a que su caso sea investigado por un tribunal que ofrezca todas las garantías de independencia e imparcialidad (art. 29 constitucional). En consecuencia, en casos de crímenes de lesa humanidad (consagrados en tratados internacionales sobre DDHH y DIH), los miembros de fuerza pública implicados deben ser juzgados por la justicia penal ordinaria (art. 250 constitucional) y no por la penal militar (art. 221 Superior). La vulneración de este principio de asignación de competencias, puede dar lugar a una acción de tutela (art. 86 de la CP).

En otros casos, el bloque de constitucionalidad ha permitido complementar el funcionamiento de los mecanismos judiciales internos e internacionales, a efectos precisamente de lograr una mejor garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Me refiero a la sentencia T- 558 del 2003.

En pocas palabras, se trató del caso de una familia que vivía en Medellín. Uno de los hijos fue desaparecido por agentes del DAS, quienes también amenazaron a

los demás integrantes de aquella. Ante el temor, decidieron acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano que decretó medidas cautelares a favor del núcleo familiar, ordenando al Estado colombiano brindar medidas de protección a los peticionarios, así como celeridad en las investigaciones penales y disciplinarias.

Al no haber sucedido nada de lo anterior, las víctimas decidieron instaurar una acción de tutela. La Corte debió entonces examinar si procedía la acción de tutela para garantizar la eficacia de unas medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en caso afirmativo, cuál debía ser el contenido de la orden de amparo. Fue allí cuando el juez constitucional estimó que la garantía de la protección de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación se podía ver reforzada en la medida en que los mecanismos de orden procesal interno e internacional se articularan y complementaran mutuamente. En otros términos, los derechos de las víctimas justificaban entender las vías procesales constitucionales e internacionales no como dos universos separados e inconexos, sino como unas herramientas cuyo empleo debía ser armonizado.

Finalmente, en el citado caso, el fallo de amparo se dirigió a hacer cumplir lo decidido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, se impartieron diversas órdenes a distintas autoridades judiciales y administrativas colombianas, encaminadas todas ellas a hacer efectiva la medida cautelar internacional, es decir, a alcanzar dos propósitos: brindarles protección a los miembros del núcleo familiar e instar a las instancias competentes para efectos de imprimir celeridad a las investigaciones penales y disciplinarias en curso.

## 5. Los derechos a la ver verdad, la justicia y la reparación como insumos para la elaboración y ejecución de políticas públicas

Una sexta reflexión que deseo compartir con ustedes es que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados como hemos visto en normas internacionales, al igual que otros derechos humanos de carácter asistencial consagrados en diversos instrumentos internacionales, sirven como insumos para la elaboración y ejecución de políticas públicas encaminadas a atender a las víctimas del conflicto armado.

En tal sentido, el ejemplo paradigmático es la sentencia T- 025 del 2004, en la cual se declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de población desplazada en Colombia. Si analizamos el texto del fallo, advertimos la preocupación del juez constitucional por hacerle frente a una situación grave y estructural de violación de derechos fundamentales. Para tales efectos, se estimó que era necesario superar los esquemas procesales tradicionales, caracterizados por la adopción de una orden judicial concreta, de carácter cautelar, para entrar en el terreno de la formulación de políticas públicas mediante las cuales se lograrse aliviar la situación de miles de desplazados en Colombia.

Más recientemente, y en conexión directa con la sentencia T- 025 del 2004, la Corte profirió el auto 092 del 2008, providencia en la cual constató que la situación de las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado en

Colombia constituía una de las manifestaciones más críticas del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 del 2004, por ser sujetos de protección constitucional múltiple y reforzada cuyos derechos están siendo vulnerados en forma sistemática, extendida y masiva a lo largo de todo el territorio nacional.

De igual forma, el juez constitucional constató que la respuesta estatal frente a esa situación ha sido manifiestamente insuficiente para hacer frente a sus deberes constitucionales, y que los elementos existentes de la política pública de atención al desplazamiento forzado dejan vacíos críticos que resultan en una situación de total desamparo de las mujeres desplazadas ante las autoridades obligadas a protegerlas. En otras palabras, la Corte ha venido haciendo un estricto seguimiento a las políticas públicas relacionadas con los derechos de las víctimas.

Asimismo, quisiera insistir en el hecho de que la garantía de estos derechos resulta ser compleja, tanto más en cuanto no se ha puesto fin al conflicto armado; es decir, estamos llevando a cabo un proceso de transición incompleto. Aunado a lo anterior, como sabemos, la investigación de la verdad sobre lo sucedido en materia de violaciones graves a los derechos humanos siempre ha sido un proceso difícil y traumático en términos de seguridad para los investigadores, jueces, fiscales y testigos.

Al mismo tiempo, en ciertos sectores de la sociedad persiste la tentación de olvidar lo sucedido, abrigando la falsa idea de que el silencio es un presupuesto para alcanzar la reconciliación, cuando lo cierto es todo lo contrario: la construcción de la verdad histórica es el único antídoto efectivo contra la repetición de los crímenes atroces. De allí que los pueblos deben intentar responder a preguntas dolorosas tales como ¿qué fue lo que realmente sucedió?, ¿por qué sucedió? y ¿quiénes fueron los responsables?

Al respecto, Colombia, a diferencia de otros países, optó por la obtención judicial de la verdad. En efecto, no se conformó una comisión de la verdad, como fueron los casos de Perú o de Sudáfrica, sino que se prefirió idear una clase de proceso penal, muy particular, mediante el cual se pretende saber qué fue lo que realmente sucedió, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas, labor esta igualmente compleja desde el punto de vista económico y político.

Una última reflexión: la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación depende, en buena medida, de que se garanticen la independencia y la imparcialidad de la rama judicial, presupuestos ellos no solo de un verdadero Estado de derecho, sino del éxito de cualquier proceso de justicia transicional que se intente.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 189-208 ISSN 1510-4974

**Francisco Zúñiga Urbina (Chile)***

# La acción de indemnización por error judicial Reforma constitucional y regulación infraconstitucional**

## RESUMEN

**El artículo se refiere a la reforma constitucional no nacida sobre responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, en el marco del Constituyente derivado del 2005, a lo que se suma un análisis prospectivo de la cuestión.**

**Palabras clave: reforma constitucional, indemnización por error judicial, responsabilidad del Estado, jurisprudencia comentada, Chile.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Artikel befasst sich mit der von der Versammlung zur Reform der Verfassung von 2005 nicht verabschiedeten Verfassungsreform bezüglich der Vermögenshaftung des verurteilenden Staates. Eine prospektive Analyse des Themas schliesst sich an.**

**Schlagwörter: Verfassungsreform, Entschädigung wegen Justizirrtums, Verantwortung des Staates, kommentierte Rechtsprechung, Chile.**

## ABSTRACT

**This paper refers to a constitutional reform, which finally has not been realized, within the framework of the 2005 constituent power, concerning the liability of the judging State, and contains a prospective discussion of this issue.**

**Keywords: Constitutional reform, indemnity due to a court mistake, State liability, annotated jurisprudence, Chile.**

---

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales. ‹zdc@zdcabogados.cl›

** Versión corregida y aumentada de la ponencia en el Seminario Internacional *Hacia una mejor y mayor garantía constitucional de los derechos fundamentales*, panel "La indemnización por error judicial", 17 y 18 de mayo de 2007.

## 1. Presentación

Me ocuparé en este trabajo de la acción de indemnización por error judicial del artículo 19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución (Constitución Política de la República o CPR) y de la reforma constitucional pendiente en la materia que abra la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador y la adecue a la reforma procesal penal, y al mismo tiempo fije una regla que supere el precario statu quo del error judicial, el que está aquejado de una doctrina jurisprudencial e interpretación por la Corte Suprema y una formulación normativa iusfundamental escasamente garantista.

El estudio monográfico de la acción de indemnización por error judicial tiene un vigoroso desarrollo en nuestra doctrina entre iuspublicistas (Hernández, Precht), penalistas (Garrido Montt) y procesalistas (Carocca, Pereira). Huelga entonces referirse a la doctrina y la jurisprudencia en esta sede, por lo que nos limitaremos a destacar su déficit garantista.[1]

Sin perjuicio del desarrollo monográfico de este tema en la doctrina, es menester precisar que sobre el error judicial la jurisprudencia chilena ha establecido ciertas orientaciones.

Primero, las expresiones que emplea la Corte Suprema para calificar una resolución como "injustificadamente errónea o arbitraria" son indicativas sobre el particular:

1. "Error inexplicable" (SCS, 10.1.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 11; SCS, 11.8.1989, GJ n.º 110, p. 54; SCS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5.ª, 20; CS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5.ª, 146; SCS, 2.7.1993, GJ n.º 157, p. 111; SCS, 27.6.1996, GJ n.º 192, p. 95).
2. "Resolución desprovista de toda medida que la hiciera comprensible" (SCS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5.ª, 55).
3. Resolución "falta de toda racionalidad" (SCS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 93; CS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 231; SCS, 22.1.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 5.ª, 9).
5. "Error grave, exento de justificación […] sin fundamento racional, inexplicable" (SCS, 29.1.1993, RDJ, t. XC. sec. 5.ª, 20; SCS, 7.5.1993, RDJ, t. XC, sec. 5.ª, 146; SCS, 17.11.1999, GJ n.º 233, p. 77).
6. Error "craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible" (SCS, 17.7.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5.ª, 164;

[1] Consultar Domingo Hernández E.: "Error judicial: Ensayo de interpretación constitucional", en *Ius et Praxis,* n.º 1, año 5, 1999, pp. 461-472; Jorge Precht P.: "Resolución injustificadamente errónea o arbitraria en la indemnización por error judicial", en *Estudios Constitucionales,* año 2, n.º 1, CECOCH, 2004, pp. 175-180; Mario Garrido M.: "La indemnización por error judicial en Chile", en *Ius et Praxis,* año 5, n.º 1, 1999, pp. 473- 478; Álex Carocca P.: "La reparación de los errores judiciales", memoria de prueba, UCV, 1985, 346 pp. , y "Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos en el llamado caso del puente 'La Calchona'", en *Ius et Praxis*, n.º 2002, pp. 641-660. Del maestro Hugo Pereira A.: *Curso de derecho procesal,* t. I, Santiago: Cono Sur, 1993, pp. 285-292.

SCS, 2.12.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 5.ª, 272, publicada también en GJ n.º 198, p. 109; CS, 28.8.1998).

7. Resolución adoptada "insensatamente" (SCS, 17.11.1999, GJ n.º 233, p. 77; SCS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5.ª, 193, publicada también en GJ n.º 234, p. 119; SCS, 15.12.1999, GJ n.º 234, 123; CS, 5.6.200, RDJ, t. XCVII, sec. 4.ª, 134, publicada también en GJ n.º 240, p. 164; SCS, 9.8.2000, GJ n.º 242, p. 150; SCS, 23.9.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.ª, 172, publicada también en GJ n.º 250, p. 167; SCS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.ª, 172; CS, 25.4.2001, GJ n.º 250, p. 164).
8. "Capricho" judicial, que sugiere incluso un comportamiento cercano al dolo (SCS, 31.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 93; SCS, 11.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4.ª, 231; SCS, 20.6.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5.ª, 55; SCS, 29.1.1993, RDJ, t. XC, sec. 5.ª, 20; CS, 27.6.1996, GJ n.º192, p. 95; SCS, 2.12.196, RDJ, t. XCIII, sec. 5.ª, 272, publicada también en GJ n.º 198, p. 109; SCS, 17.11.1999, GJ n.º 233, p. 77; SCS, 15.12.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5.ª, 193, publicada también en GJ n.º 234, p. 119; SCS, 5.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4.ª, 134, publicada también en GJ n.º 240, p. 164; SCS, 9.8.2000, GJ n.º 242, p. 150; SCS, 23.9.2000. RDJ, t. XCVIII, sec. 5.ª 172, publicada también en GJ n.º 250, p. 167; SCS, 23.4.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5.ª, 172).

Segundo, a partir de este reducido campo en que una resolución es "injustificadamente errónea o arbitraria" cuando ha sido "[…] pronunciada con infracción a los deberes esenciales de un tribunal, entre los cuales cabe considerar el de analizar acuciosa y detenidamente los antecedentes que se invocan para dar por acreditada la existencia de un delito", es decir, exigirían "[…] analizar si aquellas (resoluciones) se dictaron sin existir elementos de convicción que permitieran fundarlas racionalmente, de modo ilegal o se expidieron por voluntad meramente potestativa, caprichosa o insensatamente", la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha demostrado renuente a admitir el "error judicial", es decir, a calificar el injusto; las sentencias estimatorias se reducen a no más de cinco desde 1981 a la fecha (SCS de 25 de julio de 1989,GJ n.º 109, pp. 49-54, SCS de 10 de junio de 1999, GJ n.º 233, pp. 77-80).

Tercero, este criterio restrictivo y poco garantista que subyace al concepto de error judicial y la definición dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema está teñido o es prisionero de una interpretación constitucional originalista, con un recurso excesivo una "historia fidedigna" contenida las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, lo que importa un yerro hermenéutico severo (SCS, 14.11.85, RDJ, t. LXXXII, sec. 4.ª, 254; SCS 25.07.89, RDJ, t. LXXXXVI, sec. 5.ª ,185; SC, 05.12.90, RDJ, t. LXXXVII, sec. 5.ª, 184).

Cuarto, el "error judicial", que es la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador en juicios criminales, es un tipo de responsabilidad distinto al de la responsabilidad penal ministerial y administrativa en que puedan incurrir los jueces en los términos de los artículos 79 y 80 de la Constitución.

En este lugar solo comentaremos brevemente la reforma constitucional del 2005, promulgada mediante la ley n.º 20050, y el intento nonato de modificar el citado artículo

19, n.º 7, letra *i,* de la Constitución. Sin embargo, antes de abordar la reconstrucción de una enmienda nonata a la Constitución, debemos dar cuenta sumariamente de las modalidades de responsabilidad patrimonial del Estado, para dar coherencia a la exposición general del tema. Al cierre se recogerá una lectura de Constitutione ferenda acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, y de una acción de indemnización por error judicial que esté en armonía con las definiciones del Estado como Estado de derecho y República democrática y con una perspectiva garantista.

## 2. Doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado

*Responsabilidad* es un término que, genéricamente, indica la obligación de aquel a quien, por cualquier título, incumben las consecuencias de un hecho dañoso o, en otros términos, *dice relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos.* Así entendido, el principio de la responsabilidad es uno de los más importantes del derecho y, en particular, del derecho público, por cuanto se desarrolla en todo el amplio espectro de este y, especialmente, en la vida cotidiana de los individuos regulados por el ordenamiento jurídico.[2]

Etimológicamente la palabra *responsabilidad* proviene del latín *responsas,* que quiere decir 'constituirse en garante'. El *Diccionario* de la Real Academia Española define la responsabilidad como la "obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal" (19.ª ed., 1970, p. 1140).

Para entender dicho concepto en términos precisos debemos recurrir al sentido natural y obvio de las palabras, "conforme al uso general de las mismas" (artículo 20 del Código Civil), de donde podríamos definir *responsabilidad* como el conjunto de reglas que determinan la persona a la que el ordenamiento jurídico ordena reparar un daño.

La definición anterior es la consecuencia lógica de que los individuos tendemos a no separar el concepto de responsabilidad del sujeto pasivo de esta, o sea, del *responsable,* y nos permite, por tanto, relacionar de inmediato la responsabilidad con el responsable, así como con los sistemas que determinan la persona del responsable.

Así, *de acuerdo con el sujeto responsable*, podemos clasificar la responsabilidad de la siguiente forma:

---

[2] En fecha reciente la *Revista de Derecho* del Consejo de Defensa del Estado dedicó su sección de doctrina administrativa al tema, año 1, n.º 2, Santiago, 2000. En una perspectiva distinta el trabajo del profesor José Ignacio Martínez Estay: "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno", en libro colectivo *Derecho de daños,* Santiago: Lexis Nexis, 2002, pp. 171-201. Ídem del profesor de Derecho Administrativo Eduardo Soto: *Derecho administrativo. Bases fundamentales,* 2 vol., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, en especial vol. II, pp. 244 ss. También de Francisco Zúñiga Urbina: "Responsabilidad patrimonial del Estado administrador. (Algunas notas acerca de las obligaciones legales compensatorias)", en *Boletín de la Facultad de Derecho,* n.º 26, Madrid: UNED, 2005, pp. 113-152. Una perspectiva general y puesta al día en el libro de Ricardo Sanhueza Acosta: *Responsabilidad patrimonial del Estado administrador,* Santiago: Lexis Nexis, 2005.

1. *Responsabilidad del Estado.* En nuestro medio, el principio de la responsabilidad estatal se encuentra enunciado en los artículos 6.º, 7.º, y 38, inciso 2.º, de la Constitución, sin perjuicio de las responsabilidades política, constitucional, civil, penal funcionaria y administrativa que empece a los servidores públicos (artículo 32, n.os 7.º, 8.º y 10.º; artículo 36, artículo 52 n.º 2 y 53 n.os 1 y 2, artículo 60, artículo 79 CPR, entre otras disposiciones), y, luego, en los artículos 4.º y 42 del DFL n.º 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del 2000, que aprueba texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n.º 18575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE).

La legislación da cuenta de los diversos sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado existentes en nuestro ordenamiento jurídico, como la *falta de servicio* regulada en el artículo 141 DFL n.º 1, Ministerio del Interior, del 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n.º 18695, orgánica constitucional de Municipalidades (en adelante LOC de Municipalidades), 4.º y 42 de la LOCBGAE; como *la responsabilidad objetiva* estatal, regulada en, verbigracia, la ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación, y la ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear; así como fórmulas especiales de responsabilidad, tales como las denominadas *obligaciones legales compensatorias,* reguladas en, verbigracia, la ley n.º 18617 y el DL n.º 3557, de 1981.

Cabe señalar en este punto que en el ámbito del *derecho público* existe consenso en diferenciar entre *indemnización* y *resarcimiento:*

> [La primera es] una reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa; en tanto que el segundo término sería la reparación económica que tiene su origen en la actuación ilegal de la Administración.

En el Estado, su personal o funcionariado está sujeto a regímenes de responsabilidad penal funcionaria, civil funcionaria, administrativa, que se persiguen a través de procesos ordinarios (penal) o especiales, como el juicio de cuentas y el procedimiento administrativo disciplinario, que lo instruye la propia Administración activa o la Contraloría General de la República. Incluso más: los funcionarios de ciertas categorías están afectos a responsabilidad constitucional que se persigue a través del *impeachment* o acusación en juicio político en los términos de los artículos 52, n.º 2, y 53, n.º 1, de la Constitución, por la Cámara de Diputados y el Senado en su caso. Todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad política directa o indirecta de los servidores públicos limitada por la configuración del régimen presidencialista.

2. *Responsabilidad de los particulares,* que puede dar origen a responsabilidad civil y/o penal comunes. En la esfera del *derecho privado*, existe responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. En términos genéricos, entonces, la responsabilidad requiere de la concurrencia de cuatro elementos o condiciones: el daño, la culpa o dolo, una relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño, y la capacidad delictual. Toca al autor del daño o perjuicio indemnizar o resarcir el perjuicio específico.

a. *Responsabilidad penal.* La responsabilidad penal solo puede provenir de una infracción de ley, que se castiga con una pena. Dicho principio se conoce en el derecho penal como *nullum poena, nullum crimen sine lege.* Las fuentes de la responsabilidad penal son el delito penal, consistente en "toda acción u omisión voluntaria penada por la ley" (artículo 1.º del Código Penal), y el cuasidelito penal, que dice relación con "toda acción u omisión culpable penada por la ley". La diferencia esencial de la responsabilidad penal y extracontractual dice relación con que aquella requiere un tipo penal; en cambio, la responsabilidad extracontractual no está tipificada en la ley; basta que el hecho cause daño, sea imputable e ilícito para que exista responsabilidad.
b. *Responsabilidad civil.* Esta responsabilidad podrá ser precontractual, contractual, cuasicontractual, extracontractual y legal.

Con respecto a los sistemas más comunes de determinación de la persona del responsable, o de determinación de responsabilidad patrimonial, tenemos los siguientes:

3. *Responsabilidad subjetiva o aquiliana.* Como sabemos, este sistema de responsabilidad se basa en la imputación del hecho que provoca perjuicio, ya sea a título de culpa o dolo, al autor de ese hecho. Dicho sistema obedece al siguiente esquema: si una persona sufre un daño deberá asumirlo, salvo que el autor del daño lo provoque a título de culpa o dolo. En nuestro medio, la fórmula de responsabilidad contractual y civil extracontractual es subjetiva.

4. *Responsabilidad objetiva.* A este sistema también se lo denomina de la *teoría del riesgo creado,* del *riesgo industrial,* entre otros. Su fundamento reside en que toda actividad lucrativa "que crea un riesgo" debe responder por los daños que provoque, con absoluta independencia de la intención; así, si se desea constituir una aerolínea, la empresa que crea dicho riesgo debe responder por los daños que causa en el ejercicio de su actividad.

Al tratar este tema no puede dejar de decirse que el fundamento de la teoría del riesgo y la del enriquecimiento injusto es muy similar. Ambas parten del supuesto de que nadie puede estar obligado a sufrir un daño *injusto,* ya sea por cualquier acto o por el ejercicio de una actividad lucrativa y arriesgada. Este sistema solo exige para que opere la responsabilidad: a) que se produzca un daño, y b) que entre el hecho que lo produce y el daño exista una relación de causalidad. En nuestro derecho se consagra la responsabilidad objetiva en el artículo 6.º de la ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación; el artículo 49 de la ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear; el artículo 174 de la ley n.º 8290, sobre tránsito; los artículos 142, 155 y 172, inciso 1.º, del Código de Aeronáutica; entre otros cuerpos legales.

Cabe destacar en este punto la existencia de otros sistemas de determinación de la responsabilidad estatal, que configuran un *tertium genus,* tales como la doctrina de la falta de servicio, recogida en nuestro medio en los citados artículos 4.º y 42 de la LOCBGAE, y de las "obligaciones legales compensatorias", de las cuales son cla-

ros ejemplos la ley n.º 18617, el DL n.º 3557, de 1981, y la ley n.º 18755, sobre Servicio Agrícola y Ganadero.

Ahora bien, con respecto al tema específico materia de este trabajo, tenemos que la tendencia actual del derecho comparado se orienta abiertamente a *reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial y legislativo, y la dificultad común es la determinación y calificación del injusto.*

En efecto, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus potestades admite diversas manifestaciones concretas en el derecho positivo chileno, que guardan relación con la división funcional del poder estatal y su tamaño. La responsabilidad y el control del poder público son reglas de oro consustanciales a todo Estado de derecho. En consecuencia, la responsabilidad patrimonial del Estado, en sus facetas *Estado legislador, Estado juzgador* y *Estado administrador*, viene a constituir un principio rector del Estado de derecho y por lo tanto es parte del sistema de garantías sociales, políticas y jurídicas que caracterizan a esta forma jurídico-política de Estado, y también un principio rector de la república democrática como forma política del Estado.[3]

Así, podemos sostener que el fundamento actual de la responsabilidad del Estado, ya se trate del Estado legislador, el Estado juzgador o el Estado administrador, no es otro que el Estado de derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger en sus derechos a los gobernados. *Un Estado de derecho "irresponsable" es una contradicción en sus propios términos. Estado de derecho y responsabilidad son conceptos correlativos*.

Entonces, en términos globales, como anota Emilio Fernández:

> […] la responsabilidad del Estado por actos administrativos trata, esencialmente, de restituir el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular, por medio del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.[4]

Así, como anticipáramos, el Estado tiene la obligación de reparar pecuniariamente, de modo de restablecer la situación patrimonial que con anterioridad al hecho o acto ilícito tenía el damnificado, o sea, que haga desaparecer los efectos de la lesión sufrida por alguien en su patrimonio.

Habrá también responsabilidad del Estado siempre que este, por disposición legal expresa, deba *indemnizar* el daño que haya causado directamente a un particular con motivo del ejercicio de la potestad administrativa lícita.

Establecida la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado en sus dimensiones Estado legislador, Estado juzgador y Estado administrador, debemos señalar que la doctrina acepta igualmente *divisibilidad en materia de responsabilidad del*

---

[3] G. Jellinek: *Teoría general del Estado,* Buenos Aires: Albatros, 1970, pp. 591 ss. También de Francisco Zúñiga U.: *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador,* Santiago: Lexis Nexis, 2005.

[4] Emilio Fernández: *Diccionario de derecho público,* Buenos Aires: Astrea, 1981, p. 665.

*Estado y servidores públicos:* constitucional, política, patrimonial o civil, administrativa y penal especial.

En el campo de la responsabilidad patrimonial, también denominada *civil extracontractual,* se utilizan diversas modalidades en la legislación extranjera: responsabilidad subjetiva o aquiliana por dolo o culpa civil, responsabilidad objetiva por daño y responsabilidad por falta de servicio, sin perjuicio de otras modalidades especiales, como las "obligaciones legales compensatorias"[5]

En efecto, como señalamos, la responsabilidad patrimonial del Estado es una responsabilidad de derecho público que admite muchas fórmulas concretas, y en determinadas condiciones pueden aplicarse supletoriamente normas o reglas del derecho privado civil y mercantil.

La Carta Política, como bien señala el profesor Pedro Pierry A., enuncia generalmente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado estableciendo la plena justiciabilidad de los órganos estatales administrativos (artículos 6.º, 7.º, 19, n.º 3, y 38, inciso 2.º, del CPR), sin establecer el sistema específico de determinación de tal responsabilidad, lo que es tarea propia del legislador, es decir, la determinación de la responsabilidad estatal: objetiva, por falta de servicio u obligaciones legales compensatorias.

Así, encontramos algunos cuerpos legales excepcionales que recogen la fórmula de la *responsabilidad objetiva:* ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación, y ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear. Igualmente, podemos mencionar los siguientes cuerpos normativos que adoptan la responsabilidad por *falta de servicio con carácter de regla general:* artículo 141 del DFL n.º 1, Ministerio del Interior, del 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n.º 18695, orgánica constitucional de Municipalidades, 4.º y 42 de la LOCBGAE.

El principio de responsabilidad que se predica del Estado y de los servidores públicos nace de la infracción de los principios de constitucionalidad (supremacía, valor y eficacia normativa) y de legalidad reconocidos en los artículos 6.º y 7.º de la Constitución. Por ello, tratándose del Estado administrador, corresponde al legislador establecer el sistema de responsabilidad patrimonial concreto que se aplique. Con todo, la actividad lícita de la Administración que cause lesión o daño acarrea responsabilidad patrimonial u obligación legal compensatoria si la ley expresamente así lo dispone.

## 3. Dimensiones de la responsabilidad patrimonial del Estado

Ahora bien, se hace necesario un repaso sumario en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las cuestiones más relevantes respecto a la responsabilidad estatal en su triple dimensión:

1. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador* es fruto de la infracción a los principios de constitucionalidad y de legalidad del Estado de derecho contenidos

[5] Para las opiniones del profesor Pedro Pierry Arrau una visión general en: "Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX", en *Revista de Derecho CDE,* n.º 5, Santiago, 2001, pp. 29-61. Ídem Raúl Letelier W.: "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado", en *Revista de Derecho CDE*, n.º 6, Santiago, 2002, pp. 149-187.

en los artículos 6.º y 7.º de la Constitución, y también del contenido tutelar de los derechos fundamentales, en especial del principio de igualdad y el derecho de propiedad. La mentada responsabilidad del Estado legislador concierne a actos legislativos que, adoleciendo de inconstitucionalidad, generan una lesión "antijurídica" o injusta a persona o grupo de personas, cuando tal acto establece limitaciones o ablaciones a derechos subjetivos públicos, garantizados constitucionalmente (derechos fundamentales de contenido patrimonial), como el derecho de propiedad y el derecho de libertad económica, siempre que el acto legislativo imponga cargas o deberes que entrañen un sacrificio especial (propio y particular) que vulnere las garantías de igualdad ante la ley e igualdad ante las cargas públicas, y en esa medida se infringen normas constitucionales que operan como reglas de competencia. En suma, a nuestro juicio la responsabilidad patrimonial del Estado legislador deriva del concepto de ley, el cual, a partir de su falta de unidad en la Constitución, exige a los derechos fundamentales concernidos los caracteres propios de la ley material para armonizar con el principio de igualdad, es decir, la generalidad, la abstracción, la certeza y la obligatoriedad.

En este caso, la ley formal, al no encuadrarse en el concepto material de ley, que exige los caracteres de generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad, encuadramiento necesario solo cuando se trata de leyes concernientes a derechos fundamentales (reserva legal), impone a las personas cargas especiales (propias y particulares) que, en lo que atañe a derechos de contenido patrimonial, configuran una *cuasiconfiscación,* instituto prohibido en nuestro ordenamiento.

En razón de lo dicho, el daño que el Estado ocasione en ejercicio de su actividad legislativa debe originarse en una ley inconstitucional. Ello significa, a la luz de la reforma constitucional del 2005, que corresponderá al Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad declarar la ilegitimidad de la ley, la que tendrá efectos temporales ex nunc o pro futuro y personales interpartes o erga omnes (artículo 93 n.º 6 y 7 CPR). Una cuestión polémica es si la declaración de inconstitucionalidad (inaplicabilidad o anulación, según sea el caso) por sus efectos temporales ex nunc importa la conformación de un título de imputabilidad para este tipo de responsabilidad.

2. Por su parte, *la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador* tiene su fuente en el acto jurisdiccional o *resolución* judicial (sentencia judicial condenatoria o *sometimiento a proceso,* término obsoleto en gran medida después de la reforma constitucional del 2005 y de la reforma procesal penal) que incurre en error judicial, con consecuencias dañosas para la víctima. Encuentra su reconocimiento garantístico en el artículo 19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución. En lo que dice relación con la responsabilidad del Estado por error judicial, cabe precisar que ella se ha desplazado fundamentalmente al aspecto penal y se suele definir como "toda antinomia producida entre la verdad material y la verdad oficial, no captada por el juzgador" (F. Puig Peña).

En cuanto al error judicial producido en la jurisdicción civil, es evidente que también puede provocar daños, pero en este caso la doctrina parece pronunciarse en el sentido de que la responsabilidad y la indemnización correspondiente son de cargo del Estado solo si ha mediado culpa o dolo del juez.

En nuestro país, la indemnización por error judicial, aunque consultada en el artículo 20 de la Constitución de 1925, quedó durante toda su vigencia como una disposición *programática* o incumplida, en espera de ley de desarrollo. En tal sentido, la disposición contenida en la letra *i* del numerando 7.º del artículo 19 de la Constitución de 1980 representa un real avance. En efecto, se trata de una norma autosuficiente que no precisa de ley complementaria para su aplicación y vigencia, cuyo procedimiento judicial está fijado anómalamente en auto acordado de la Corte Suprema del 10 de abril de 1996. Por otra parte, aparecen claramente determinados en la norma o regla iusfundamental el titular del derecho a ser indemnizado (de perjuicios patrimoniales y morales), el sujeto pasivo que debe indemnizar —esto es, el Estado (Fisco de Chile)— y el procedimiento para obtener la determinación de la indemnización.

La Comisión de Estudio de la Constitución destinó 10 sesiones a la discusión del precepto referido, y entre los antecedentes de mayor relevancia del debate habido en el ente asesor del poder constituyente autoritario destacan:

a. Ni la detención ni la citación configurarán hipótesis indemnizables, aun cuando ellas pudiesen ser calificadas de arbitrarias.
b. La situación del reo cuyo auto de procesamiento es revocado queda subordinada a la dictación de un sobreseimiento definitivo.
c. El individuo "condenado en cualquier instancia" en forma injusta tiene también derecho a ser indemnizado.
d. En general, se estimó que "habría injustificado error judicial cuando no hay elementos que intelectualmente puedan haber llevado al juez a la conclusión a que llegó" (sesión n.º 119, p. 21).

Como se ha recordado en la parte preliminar de esta exposición, la Corte Suprema interpreta y aplica con un criterio restrictivo la expresión "injustificadamente errónea o arbitraria", estableciendo que para que una resolución tenga el carácter de errónea o de arbitraria en grado injustificable es necesario que, además de ser contradictoria con la razón, se haya decretado de manera irregular o caprichosa. Debe carecer rotundamente de motivación y racionalidad, porque si tal resolución, que después resulta errónea, se hubiera fundamentado en antecedentes que llevaron al juez a apreciar como hecho punible o como grado de responsabilidad un comportamiento que con posterioridad se determinó que no era tal, el error producido en el auto de reo o en el fallo condenatorio sería razonable, no susceptible de indemnización alguna (SCS, 30 de octubre de 1987, RT 84, sec. 5.ª, p. 262; SCS 11 de agosto de 1989, GJ n.º 110, p. 54; SCS 16 de agosto de 1989, GJ n.º 110, p. 63).

Quien indemniza es el Estado-Fisco, sin perjuicio de que este puede repetir contra el funcionario (juez) responsable de la lesión o daño, y lo que se indemniza son los perjuicios patrimoniales y morales ocasionados. A la Corte Suprema solo cabe precisar si el error judicial (acción de naturaleza declarativa) que se pretende resarcir alcanza o no la extensión o magnitud requerida para estimar que la resolución que se dictó como consecuencia de la equivocación es injustificadamente errónea o arbitraria, y

que una vez obtenida esa declaración el interesado deberá recurrir al juez civil competente según las reglas generales para que, en juicio sumario, determine el monto de la indemnización respectiva.

3. En cuanto a la *responsabilidad patrimonial del Estado administrador,* que emana de actos de la Administración generadores de daño o perjuicio injusto, insistiremos en la existencia de diversos sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado administrador y la plena justiciabilidad de los actos estatales lesivos de derechos subjetivos públicos, que en el ordenamiento jurídico chileno encuentran desarrollo y regulación en la ley. En efecto, la Constitución recoge generalmente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, y en sus artículos 6.º, 7.º y 38, inciso 2.º, establece que los perjuicios causados por el Estado deben ser, además, indemnizados.

El desarrollo de las causas legales que dan origen a tal responsabilidad, el carácter objetivo, subjetivo o, según otros, mixto de tal responsabilidad, así como la determinación del daño indemnizable, son materia entregada a la legislación vigente específica, sin perjuicio de que un sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional sostienen que en términos *cuantitativos, en la medida en que* se aplica respecto de la mayoría de los órganos de la Administración Pública, rige mayoritariamente el sistema de la responsabilidad "por falta de servicio", y que, para aquellos casos en que la ley no haya establecido expresamente el sistema o la fórmula de determinación de responsabilidad, debe ser aplicado este sistema con correcciones provenientes de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil (Pierry). Por su parte, para el Estado empresario la remisión del inciso 2.º del artículo 19 del CPR al "derecho o legislación común" hace aplicable el sistema de responsabilidad extracontractual civil o aquiliana como regla general del sistema.

En efecto, como ya establecimos, hay algunos cuerpos legales excepcionales que recogen la fórmula de la responsabilidad objetiva: ley n.º 15703, sobre perjuicios causados por fumigación, y ley n.º 18302, sobre daños por accidente nuclear, entre otros. Igualmente, podemos nuevamente mencionar los siguientes cuerpos normativos como manifestaciones de la adopción de la responsabilidad por falta de servicio: artículo 141 DFL n.º 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC de Municipalidades, 4.º y 42 de la LOCBGAE.

En suma, en términos generales podemos establecer que la responsabilidad del Estado admite divisibilidad de responsabilidades y pluralidad constitucionalmente legítima de sistemas de responsabilidad patrimonial para las dimensiones del Estado: legislador, juzgador y administrador, todas fórmulas conducentes a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial. En materia de Estado administrador, tenemos una posición extendida en la doctrina y la jurisprudencia nacional en orden a establecer que, a la luz de lo previsto en el artículo 38, inciso 2.º, de la Carta Política, en relación con los artículos 4.º, 21 y 42 de la LOCBGAE, rige con carácter de regla general el sistema de responsabilidad estatal "por falta de servicio", sin perjuicio de que la ley puede establecer un sistema distinto de responsabilidad para la Administración del Estado y sin perjuicio, además, de que frente al silencio legal en la materia deberán aplicarse supletoriamente las normas relativas a la responsabilidad subjetiva o aquiliana pre-

vistas en el Código Civil, por cuanto no es dable en un Estado de derecho sostener la *irresponsabilidad* del Estado o de sus agentes.

De este modo, tanto la fórmula de *responsabilidad patrimonial objetiva estatal,* que importa indemnizar el daño o lesión causado por actos estatales legales o constitucionales, como el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado *por falta de servicio,* que importa obligación de indemnizar el daño material legítima o ilegítimamente causado, por culpa o negligencia de funcionarios estatales, y sin perjuicio de los sistemas especiales de responsabilidad previstos en los ordenamientos jurídicos específicos, tales como las "obligaciones legales compensatorias", *operarán y serán, por tanto, aplicables, frente a disposición expresa legal, y en caso de silencio de ley debe regir en forma supletoria el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado de origen contractual o de origen extracontractual, construido sobre la base de la culpa o dolo, factores determinantes del* carácter subjetivo *de este tipo de responsabilidad, y que se encuentra regido por las normas de derecho común civil.*[6]

## 4. Responsabilidad patrimonial del Estado juzgador: una reforma constitucional pendiente

La reforma constitucional del 2005 da cuenta del abordaje de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador a través de la acción de indemnización por error judicial, materia que fue incorporada a los contenidos del iter Constitutione en el marco de adecuar el artículo 19, n.º 7, y otras disposiciones de la Constitución a la reforma procesal penal y de mejorar la protección de los derechos fundamentales.[7]

La reforma constitucional no llegó a cuajar en este punto, pero no se mantiene la necesidad de enmendar la norma sobre responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, que hoy es anacrónica. En palabras de Pereira Anabalón, si se compara el citado artículo 19, n.º 7, letra *i*, de la Constitución con los artículos 10 y 8.º.2 y 9.º de la Convención Americana de Derechos Humanos:

> Esa reformulación es necesaria y conveniente para el prestigio de la nación chilena en la esfera de la observancia y respeto de las convenciones y principios internacionales sobre derechos humanos, teniendo en consideración, además, los aspectos siguientes: a) La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

[6] Sobre responsabilidad del estado legislador una monografía reciente de Francisco Zúñiga U.: *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador,* o. cit., y sobre responsabilidad del Estado juzgador un artículo reciente de Hugo Pereira A: "La responsabilidad el Estado por error judicial", en *Gaceta Jurídica,* n.º 275, 2003, pp. 7-15.

[7] Consultar de E. Pfeffer U.: *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes,* Santiago: Jurídica, 2005, pp. 585-588. También consultar texto del veto a dicha reforma constitucional, contenido en *Mensaje* n.º 174-353, de 16 de agosto de 2005, en disco compacto *Antecedentes sobre la historia de la tramitación de la ley n.º 20.050 de reformas constitucionales,* preparado por secretario y prosecretario de la Cámara de Diputados. La misma fuente de investigación y consulta de soporte digital es útil para examinar los informes recaídos en los boletines de la reforma constitucional y la transcripción de los debates de sala en todos los trámites.

> preceptúa en su artículo 27 que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", norma que se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de esta Convención, que no hace al caso; b) La norma de la letra *i* del n.º 7.º del artículo 19 de la Constitución Política de Chile se refiere al "que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia […]", y en el ordenamiento establecido en el nuevo Código de Procedimiento Penal, de aplicación gradual en el territorio nacional, ha desaparecido el llamado "auto de procesamiento" —en realidad sentencia interlocutoria— por el cual se somete a proceso al inculpado; c) El artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.º (todos los reconocidos en ella) no estuvieren ya garantizados 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 necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Asumiendo una perspectiva garantista para configurar el injusto de responsabilidad patrimonial del Estado juzgador y también como orientación de lege ferenda agrega Pereira Anabalón:

> Por otra parte, los derechos fundamentales o esenciales de los seres humanos deben observarse básicamente desde la perspectiva del ser humano mismo, y, por tanto, ciertamente es irrelevante para este la índole, magnitud o profundidad del error cometido por los jueces en el acto de condenarlo. Con todo, es exigible al inculpado y a su defensa en el proceso penal en que se pronuncia la sentencia de condena a causa de un error, que deduzca o interponga oportunamente y en todos sus grados los recursos y demás medios de impugnación tendientes a obtener la corrección del error.

En este contexto es menester dar cuenta sumaria del iter de reforma constitucional sobre responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, que explica que esta enmienda se haya frustrado. En la Cámara de Diputados, en el segundo trámite de la reforma constitucional, se propuso reemplazar en la letra *i* del número 7 del artículo 19 la frase "el que hubiere sido sometido a proceso" por "el que hubiere sido privado de libertad, acusado", fórmula de suyo amplísima en la que quedan comprendidas todas la medidas cautelares personales privativas de libertad del Código Procesal Penal y la acusación de resorte del Ministerio Público, más las vías de hecho. En el iter camaral hubo dos indicaciones rechazadas que apuntaban al fondo de la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, fuera a las hipótesis base, la calificación del injusto (error judicial) o el método de apreciación y valoración de la prueba. Así el diputado J. Burgos propuso sustituir la letra *i* del número 7 del artículo 19 por la siguiente: "i) El que hubiere sido condenado por resolución que la Corte Suprema declare manifiestamente 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 juicio sumario y en él la prueba se apreciará conforme la sana crítica", y los diputados P. Guzmán y A. Longton propusieron suprimir de la regla citada la palabra "injustificadamente".

Como resulta obvio subrayar de las indicaciones rechazadas del iter camaral, la primera apunta a restringir las hipótesis de base para demandar el error judicial en juicios criminales a la condena mediante sentencia definitiva, excluyendo la acusación o las medidas cautelares personales, y al mismo tiempo apunta a modificar la exigente calificación del injusto, sustituyendo la palabra *injustificadamente* por *manifiestamente,* modificación con alcance lingüístico y práctico en la adjetivación del error o arbitrariedad; para concluir con la incorporación del método de la sana crítica en la apreciación de la prueba para el contencioso sumario de justipreciación de los perjuicios patrimoniales y morales. La segunda indicación apunta al injusto reduciendo el grado o cota de culpa al proponer la supresión de la palabra *injustificadamente.*

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en el tercer trámite constitucional rechazó la adición efectuada por la Cámara de Diputados, y en su informe del 8 de julio del 2005, recaído en los boletines 2526 y 2534, solicitó al presidente de la República abordar en el veto la adecuación de la Constitución a la reforma procesal penal. De este modo mediante el veto del presidente de la República en la fase terminal se abordó el tema de la responsabilidad del Estado juzgador, a nuestro juicio inapropiadamente, aunque toda la justificación gira en torno a explicar que la "acusación" que sustituye al sometimiento a proceso no conduce a reducir a un mismo principio de responsabilidad por error judicial en juicios criminales del Poder Judicial y del Ministerio Público.

En lo pertinente el veto es muy ilustrativo y señala:

> Indemnización por error judicial.
>
> Esta materia está tratada por el veto N° 4.
>
> Durante la tramitación de la reforma constitucional se presentaron un conjunto de indicaciones que tenían por objeto abordar de otra manera el tratamiento de esta garantía constitucional. No obstante, se concordó en la necesidad de estudiar con mayor profundidad esta materia en una reflexión más general que abordara el examen de las garantías jurisdiccionales a los derechos fundamentales.
>
> Por lo anterior, solo se pretendió hacer un cambio menor que importara una adecuación a los nuevos términos propios de la Reforma Procesal Penal. En este sentido, el veto es simple en orden a reemplazar la expresión "sometido a proceso" por "acusado".
>
> No obstante, la simpleza del cambio sí puede tener algunos efectos significativos que obligan a aclararlos.
>
> Por regla general, la acusación es un acto privativo del Ministerio Público. Para tal efecto, la Ley Orgánica Constitucional de dicho órgano, contempla un régimen de responsabilidad distinto al denominado "error judicial". El artículo 5.º de la ley N.º 19.640 establece lo siguiente:

> "Artículo 5. El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.
>
> "La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina.
>
> "En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra".
>
> Esta norma orgánica constitucional debe leerse a la luz de la reforma constitucional que se propone. Se busca que las ideas básicas es que ambas normas sean conciliables, regulando aspectos diversos de un mismo problema.
>
> En efecto, desde la Reforma Procesal Penal, existen dos momentos dentro de los cuales se pueden cometer perjuicios por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias de órganos del Estado: por parte del Ministerio Público y por el juzgamiento por los órganos del Poder Judicial. En el primer caso, el ámbito de regulación es el orgánico constitucional y en el segundo el de la norma constitucional propiamente tal.
>
> La observación que se propone no confunde ambas acciones ni exige una dimensión copulativa de las mismas para proceder a declarar una resolución como injustificadamente errónea o arbitraria; operan como fórmulas independientes.
>
> Por la sola acusación, responde el Ministerio Público, o sea, el Fisco, si esta es injustificadamente errónea o arbitraria. Si, en cambio, hay un acto jurisdiccional en base a ello, como el auto de apertura del juicio oral, estamos frente a un error judicial si dicha decisión fue también injustificadamente errónea o arbitraria.
>
> El hecho que operen independientemente, no significa que se puedan demandar ambas responsabilidades.

La adición contenida en el veto transcrito, que generó debate en la Sala en la sesión del 17 de agosto del 2005 (en particular las opiniones críticas de los diputados Jorge Burgos y Juan Bustos R.), no logró el quórum de aprobación en la Cámara de Diputados, por lo que se entendió rechazado en esta parte. A este respecto es útil consignar los ilustrativos dichos de los diputados Burgos y Bustos, ya que son coincidentes, a saber:

> El señor BURGOS.– Señor Presidente, pedimos votación separada del veto 4), que modifica la letra i) del número 7 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto, a nuestro juicio, se comete un error que, aparentemente, el Senado no advirtió.
>
> El error es que se intenta adecuarse a la reforma procesal penal cambiando la voz "sometido a proceso" por "acusado". De aprobarse el veto, se produciría un efecto gravísimo, porque el error judicial manifiesto puede ser motivo de indemnización, y es bueno que así sea cuando hay un condenado, pero ocurre que "acusado" no es equivalente a "procesado".
>
> Hoy, el acusado es aquel al cual un órgano administrativo, el Ministerio Público, acusa; no lo hace un tribunal. En rigor, el Ejecutivo o el Senado debieron

> haber dicho que hay apertura del juicio oral, pero ya no se hizo y no hay posibilidad de indicaciones.
>
> Por lo tanto, es mucho más lógico rechazar el veto, de modo que la norma quede tal como está, es decir, con la expresión "sometido a proceso". Por lo menos, el juez podrá interpretar el término "procesado". De hecho, pienso que así lo ha venido haciendo, porque la reforma procesal penal ya está rigiendo desde hace cuatro años en algunas regiones.
>
> Este veto complica las cosas, porque hace equivalentes las voces "procesado", y "condenado", que no lo son, con la agravante de que quien acusa es un órgano administrativo. Si un fiscal se equivoca al momento de acusar, procedería una indemnización, y así lo contempla la ley orgánica del Ministerio Público.
>
> En consecuencia, rechacemos el veto y dejemos pendiente la posibilidad de presentar un proyecto genérico sobre el error judicial, en el que ya estamos trabajando un grupo de parlamentarios.

En sentido análogo el diputado Juan Bustos R. indicó:

> Sin embargo, como señaló el diputado Burgos, existe un aspecto que es digno de consideración y de observación.
>
> En verdad, no correspondía emplear el término "acusado" en la reforma constitucional, porque lo lógico era que, con el nuevo procedimiento, la voz que se debió usar era la de "condenado", porque, precisamente, la Constitución establece la presunción de inocencia hasta el momento en que se condena.
>
> Durante el juicio oral la persona es considerada inocente mientas no se dicte sentencia. Por lo tanto, resulta ilógico que se plantee que existe la posibilidad de rechazar esa presunción o garantía básica de inocencia solo con la decisión del fiscal en la acusación.
>
> Por eso estimo que, tal como expresó el diputado Burgos, debe mantenerse la voz "procesado", porque dice relación con el antiguo sistema, que todavía está vigente en cuanto a los hechos anteriores. Y con una nueva modificación constitucional debe establecerse que, conforme al nuevo sistema procesal penal y a lo que establece la Constitución respecto a la presunción de inocencia, solamente en el momento en que sea condenado se revierte la presunción de inocencia en una de culpabilidad, con todos los efectos correspondientes.
>
> Por lo tanto, reitero, si somos coherentes y consecuentes, es evidente que corresponde mantener el vocablo "procesado" para el antiguo sistema; pero, dentro del nuevo, lo adecuado es establecer en la Constitución la voz "condenado", para lo que sería necesaria una reforma constitucional, porque, evidentemente, es imposible que los jueces puedan interpretar "procesado" como "condenado".

Las observaciones de los diputados Burgos y Bustos nos parecen del todo atendibles, en el sentido siguiente: la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador y del Ministerio Público conciernen a cuadros orgánicos distintos del Estado y a reglas

sobre responsabilidad de alcance distinto, lo que habría redundado en una reducción de la responsabilidad del Ministerio Público derivada de la "acusación", si se compara con la fórmula empleada por el legislador orgánico constitucional al referirse a las "conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias" (artículo 5.º de la ley n.º 19640) y más amplía que la derivada del "error judicial".[8]

Finalmente, en cuanto a este aspecto es menester destacar que para cierta doctrina, controvertible, como es lógico, la no adecuación de la letra *i* del número 7 del artículo 19 de la Constitución a la reforma procesal penal en que desaparece la calidad de procesado no acarrea dificultades insalvables, en la medida en que el "sometimiento a proceso", exige "comprender correctamente aquella expresión como extensiva de otras situaciones a que se vean sometidas las personas, con lesión, patrimonial y moral, de sus derechos, durante la secuela de una investigación y proceso penal".[9]

## 5. Conclusiones

En el marco de la reforma constitucional del 2005, la enmienda nonata introducida en el veto n.º 4 antes citado resultaba inadecuada, ya que confundía la responsabilidad patrimonial del Ministerio Público (Fisco de Chile) prevista en la ley orgánica constitucional (artículo 5.º de la ley n.º 19640) con la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador (artículo 19 n.º 7, letra *i*, cuando cada tipo de responsabilidad tiene sus propias reglas.

Así el Ministerio Publico (Estado-Fisco de Chile, dado que este "organismo autónomo" carece de personificación) es responsable, según lo ordena el artículo 5.º de su ley orgánica constitucional, por las "conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias", término que comprende la actividad formal y material de funcionarios del ente público (es decir, es un campo más amplio de actos que la sola "acusación"), lo que no obsta a la responsabilidad que pudiera afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, cuando haya mediado culpa grave o dolo, y que genera el derecho a repetir en su contra. Además, la Constitución prevé una responsabilidad constitucional para el fiscal nacional y los fiscales regionales por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones, que se incoa a través de un procedimiento de remoción ante la Corte Suprema a requerimiento del presidente la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros (artículo 89).

En cambio, el Poder Judicial (Estado-Fisco) es responsable por error judicial en juicios criminales, en los términos del letra *i* del n.º 7 del artículo 19 de la Constitución, cuando dicte resoluciones (sometimiento a proceso o condena) que causen daño y cuando estas sean "injustificadamente erróneas o arbitrarias", calificación del injus-

---

[8] Consultar Emilio Pfeffer U.: *Ministerio Público. Antecedentes de la reforma constitucional,* Santiago: Cono Sur, 1997. También consultar el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, *Boletín* n.º 2152, de 21 de julio de 1999.

[9] Consultar Miguel Ángel Fernández G.: *La nueva justicia penal frente a la Constitución,* Santiago: Lexis Nexis, 2006, p. 271.

to que compete a la Corte Suprema a través de esta acción declarativa especial. Una definición exigente del *error judicial* en cuanto error de hecho y de derecho (Pereira) resulta comprensible, de suerte que el error grave excluya el error usual o la "justa causa de error" corregido a través del sistema recursal (SCS de 10 de enero de 1984, GJ n.º 43, p. 38). Sin embargo, una definición jurisprudencial restrictiva y poco garantista no nos parece adecuada, aunque esta se asile, prisionera del originalismo, en una contradictoria fórmula del literal *i* del n.º 7 del artículo 19, como es "resolución […] injustificadamente errónea o arbitraria". En efecto en dicha calificación del injusto la jurisprudencia ha sido restrictiva o escasamente garantista, al hacer equivalente el error a la culpa grave del juez o tribunal, sin que de ello se deduzca necesariamente la persecución de la responsabilidad penal ministerial del juez en la medida en que el ilícito civil o falta de servicio exige juzgar objetivamente los hechos sin que ello suponga un juicio personal de reproche, como queda demostrado en sentencias estimatorias dictadas en esta sede (SCS de 25 de julio de 1989, GJ n.º 109, pp. 49-54, y SCS de 17 de noviembre de 1999, GJ n.º 233, pp. 77-80).

En este contexto surge la necesidad de Constitutione ferenda de reformar la Carta en el literal *i* del n.º 7 del artículo 19.º para adecuarlo a estándares garantistas universales, como el artículo 5.5 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos de Hombre y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incluso del restrictivo artículo 10 del Pacto de San José de Costa Rica.

La matriz garantista supone quebrar el hielo de criterios tradicionales que sostienen la irresponsabilidad del Estado juzgador, a partir de la doctrina de Pothier que justifica la cosa juzgada como una presunción de verdad, cosa juzgada puesta en cuestión por razones de justicia y verdad material a través del recurso de revisión en materia penal. En esta perspectiva podrían asumirse ciertas reglas iusfundamentales sobre responsabilidad patrimonial diferenciadoras en cuanto al nexo funcional y orgánico con el Estado, a fin de evitar a modo ejemplar las dificultades o *vía crucis* de la regla del artículo 121 de la Constitución española y título V, del libro III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial,[10] a saber:

a. Circunscribir la acción de indemnización por error judicial del literal *i* del n.º 7 del artículo 19 a una regla de responsabilidad patrimonial del Estado juzgador que arranque del error judicial en la sentencia condenatoria, habiendo sentencia absolutoria firme, eliminando el adverbio *injustificadamente.* Tal adverbio resulta contradictorio (en particular para la determinación de la arbitrariedad del juzgador) y basal para una lectura escasamente garantista como la hasta ahora imperante en la jurisprudencia de la Corte Suprema.
b. Establecer una nueva regla de responsabilidad patrimonial del Estado juzgador por medidas cautelares personales privativas de libertad o medidas

[10] Francisco Ramos: *Derecho procesal civil,* Barcelona: Bosch, 3.ª ed., t. I, pp. 141-145. También consultar de Juan Montero Aroca y Manuel Ortells Ramos: *Derecho jurisdiccional,* Barcelona: Bosch, 1987, t. I, pp. 131-135, 214-216.

cautelares reales. En un nuevo proceso penal garantista tales medidas exigen el cumplimiento de ciertos estándares, y tratándose de privación de libertad se someten a un principio de excepcionalidad (además de los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad). Por lo tanto, una nueva regla abriría así el error judicial grave a la privación de libertad con infracción de estándares mínimos, uniendo de este modo el error a la lesión de derechos fundamentales en general y de la presunción de inocencia en particular, de lo que deriva la caracterización del injusto y que causa daño patrimonial y/o moral, con expresa remisión a la ley ordinaria para establecer el procedimiento y al legislador orgánico para fijar el tribunal competente.

c. Establecer una nueva regla de responsabilidad patrimonial del Ministerio Público basada en la falta de servicio, que elimine la fórmula del error expresado en el artículo 5.º de la ley n.º 19640, igualmente restrictiva y poco garantista que la regla actualmente imperante del "error judicial".
d. Establecer una regla de responsabilidad patrimonial del Poder Judicial por su "servicio judicial", en el orden civil y penal general, basada en falta de servicio.

En consecuencia, quedan subsistentes otras fuentes infraconstitucionales de responsabilidad estatal, como las previstas en el Código Procesal Penal o en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1988.

Esta propuesta de Constitutione ferenda arranca de invertir los términos Estado-persona; cuando la persona se enfrenta a la potestad jurisdiccional e investigativa del Estado orientada a la punición, debe quedar protegida no solo en sus derechos procesales en cuanto sujeto de la relación jurídico-procesal y relaciones de poder o sujeción. Tal protección constitucional, convencional y legal, aquilata en el derecho a la tutela judicial efectiva y garantía del debido proceso del artículo 19, n.º 3, de la Constitución, y también en los medios de protección de los despliegues de la subjetividad o personalidad (bienes jurídicos que aquilatan en derechos como la libertad personal y la seguridad individual, el derecho al honor y el derecho de propiedad, entre otros), con lo que se configura un haz de medios represivos o correctivos y medios reparadores del daño patrimonial y/o moral causado por un acto formal o material injusto e imputable al Estado por el obrar de sus agentes o funcionarios.

Esta formulación de Constitutione ferenda guarda armonía con el principio general de responsabilidad, tan caro a las decisiones fundamentales acerca de la organización del Estado y que recoge la Constitución en su capítulo I de "Bases de la institucionalidad", en especial en los artículos 1.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, como son la centralidad de la persona o sujeto de derecho, la concepción personalista del Estado, su forma jurídico-política —el Estado de derecho— y su forma política —la República democrática—, y que en definitiva son resultado de una toma de posición del constitucionalismo contemporáneo que denominamos *matriz garantista*. Esta matriz garantista exige una lectura

del principio de responsabilidad estatal que guarde congruencia con la configuración iusfundamental del plexo de derechos fundamentales y sus garantías, y su regla hermenéutica basal: el principio pro hómine, que permite sumar a tal plexo desde el punto de vista del derecho material a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes, en congruencia con el inciso 2.º del artículo 5.º de la Constitución.

## II. Derecho procesal constitucional

- Natalia Bernal Cano (Colombia)
  *Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia*

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil (México)
  *Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana*

- Christine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo (Brasil)
  *O amicus curiae no processo constitucional: o papel do "amigo da Corte" na construção do decision-making no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos*

- César Landa (Perú)
  *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú*

- Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espindola (Brasil)
  *A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo*

- Angela Cristina Pelicioli (Brasil)
  *A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira*

- Lautaro Ríos Álvarez (Chile)
  *Análisis critico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado*

- Daniel Ustárroz (Brasil)
  *A experiência do amicus curiae no direito brasileiro*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 211-238, ISSN 1510-4974

**Natalia Bernal Cano (Colombia)***

# Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia

## RESUMEN

**A través de una comparación entre los recursos individuales mexicano y alemán para la protección de los derechos fundamentales, el presente estudio identifica una fórmula común de amparo individual en la que no solo se protege la situación concreta de la persona en casos específicos reiterados, sino que se controla la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. Teniendo en cuenta dicha articulación de formas abstractas y concretas, se expone de manera breve una iniciativa para afianzar la protección de los derechos individuales en Colombia a través de la acción de tutela.**

**La tutela judicial efectiva no solo debe proteger al individuo contra las acciones de las autoridades en casos concretos, sino contra los actos de los poderes públicos. El presente artículo explica la mencionada fórmula procesal que consiste en la articulación de elementos del control abstracto normativo y del control concreto de constitucionalidad, de tradiciones europea y americana, al igual que la crítica cartesiana, como alternativa adicional a la reiteración de líneas jurisprudenciales en el razonamiento de los jueces constitucionales.**

**Palabras clave: control de constitucionalidad, sistema constitucional, actio popularis, acción de tutela, derechos fundamentales, jurisprudencia comentada, Colombia.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Auf der Grundlage eines Vergleichs zwischen den individuellen Rechtsmitteln zum Schutz der Grundrechte in Mexiko und Deutschland identifiziert die vorliegende Untersuchung eine allgemeine Formel für individuelle Beschwerden, mit deren Hilfe nicht nur konkrete Situationen von Personen in spezifischen, wiederholt auftretenden Fällen geschützt werden, sondern die Verfassungsmässigkeit des Vorgehens der öffentlichen Gewalten überprüft wird. Unter Berücksichtigung dieser Verknüpfung von abstrakten und konkreten Formen wird kurz eine Initiative zur Stärkung der individuellen Rechte in Kolumbien mit Hilfe der Beschwerde vorgestellt.**

---

* Candidata al título de Doctorado en Derecho Comparado y miembro del Centro de investigaciones en Derecho Constitucional de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. Fue docente encargada de talleres dirigidos en el Departamento de Ciencias Políticas de la misma universidad. ‹nataliabernal19@hotmail.com›

**Die wirksame Beschwerde soll das Individuum nicht nur gegen das Vorgehen von Behörden in konkreten Fällen schützen, sondern gegen alle Handlungen der öffentlichen Gewalten. Der vorliegende Artikel erläutert die angesprochene Prozessformel, in der auf die europäische und amerikanische Tradition wie auch auf die kartesianische Kritik zurückgehende Elemente der abstrakten Normenkontrolle und der konkreten Überprüfung der Verfassungsmässigkeit miteinander verbunden werden, um so eine Alternative zur Fortführung bekannter Linien der Rechtsprechung im Verständnis der Verfassungsrichter anzubieten.**

**Schlagwörter: Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Verfassungssystem, actio popularis, Beschwerde, Grundrechte, kommentierte Rechtsprechung, Kolumbien.**

**ABSTRACT**

**By means of a comparison between the Mexican and German individual appeals for the protection of fundamental rights, this paper identifies a common formula for individual protection, in which not only the specific situation of a person is protected, but the constitutionality is controlled of the acts of public powers. Taking into account such articulation of abstract and concrete forms, an initiative is briefly outlined to consolidate the protection of human rights in Colombia through the action of protection or relief.**

**Effective judicial protection should not only protect individuals against government action in specific cases, but also against that of public powers. This contribution explains the aforementioned procedural formula, consisting of the articulation of elements for the abstract regulatory control and the concrete control of constitutionality, of European and American tradition, and it refers as well to Cartesian criticism, as an additional alternative for the reiteration of case-law lines in the reasoning of constitutional court judges.**

**Key words: constitutionality control, constitutional system, actio popularis, protective action, fundamental rights, annotated jurisprudence, Colombia.**

## 1. Introducción

Tras dos décadas de funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana, en las cuales el juez constitucional ha sido el inmediato garante de la esfera subjetiva de los derechos fundamentales en los casos concretos, a través de fórmulas que solo él puede llegar a aplicar como remedio procesal hasta en las más recónditas y complejas situaciones de hecho, es posible reflexionar sobre el tema del equilibrio y el fortalecimiento de la justicia para suplir las necesidades de protección constitucional de la persona.

Mirando hacia atrás y admitiendo a la vez nuevas perspectivas ideológicas dentro del marco de una apertura de pensamiento constitucional, realizamos un inventario de lo que ha sido hasta ahora el comportamiento empírico o los resultados de eficacia de los procesos constitucionales en Colombia, denominados *control abstracto de constitucionalidad* y *acción de tutela.*

En el esquema bipolar tradicional de justicia constitucional manifestado bajo dos tipos de proceso completamente separados, cuya influencia proviene de los sistemas

de control concreto americano (*judicial review and legislation*) y europeo (*Verfassung sgerichtsbarkeit*), tal y como nos muestran la teoría y la práctica, los derechos fundamentales han sido interpretados exclusivamente como pretensiones concretas constitucionalmente relevantes que solo conciernen la esfera subjetiva del individuo, mientras que las normas jurídicas son elementos del derecho positivo organizados de forma escalonada, con una connotación plenamente formal, abstracta y de alcance general, ajenos totalmente a las situaciones particulares. Resulta inimaginable pensar que dos procesos originalmente concebidos por los constitucionalistas clásicos para asegurar objetivos distintos puedan llegar a bifurcarse, mezclarse, articularse o a unirse. Según esta lógica, lo abstracto seguirá siendo abstracto y lo concreto no puede alterar su naturaleza genuina. ¿Cómo imaginar que una ley general y abstracta susceptible de control de constitucionalidad afecte los intereses privados o específicos de un individuo y cómo llegar a concebir que la controversia doméstica basada en la solicitud de protección de un derecho fundamental en su esfera específica, a pesar de ser concretamente protegido en el ámbito de un proceso iniciado por recurso individual, pueda llegar a ser materia de interés general o público, como si dicha pretensión interesara a un grupo determinado de individuos o a un número indeterminado de estos? ¿Cómo imaginar que el derecho fundamental alegado en un caso específico pueda tener un efecto general equivalente a una norma jurídica?

Sin duda alguna, desde que los derechos fundamentales en situaciones concretas son protegidos en procesos iniciados por recursos individuales, tanto en Europa como en América Latina, no se descarta en dicha forma de contencioso un elemento objetivo o general, originalmente previsto para los procedimientos de control objetivo de normas jurídicas (control abstracto de constitucionalidad). La controversia privada puede ser tan trascendental que debe protegerse y reconocerse a nivel jurídico-constitucional, y ninguna situación fáctica o normativa puede desconocer los derechos fundamentales discutidos.

Ahora bien, no solo los derechos fundamentales surgen de situaciones fácticas visibles. Dichas garantías son reconocidas y concretadas directamente en normas constitucionales positivas que aparentemente son inadvertidas por su carácter abstracto, lejano al caso específico. En efecto, debido al notorio reconocimiento de la satisfacción de un interés subjetivo en detrimento de la protección de un derecho fundamental como norma jurídica no menos relevante, es casi inconcebible jurídicamente afirmar que dicho derecho puede protegerse a través de fórmulas procesales abstractas o mixtas diferentes a las concretas, previstas para el caso específico, como los recursos de amparo en los sistemas iberoamericanos o la acción de tutela en el sistema colombiano.

De igual manera, para la doctrina mayoritaria[1] es casi imposible concebir que un proceso ajeno al individuo y propio del análisis normativo pueda aproximarse a los intereses particulares de manera directa. En este orden de ideas, el control abstracto

[1] Helena Alviar Garcia: "Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia", en *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

de constitucionalidad no podría jamás ser utilizado para proteger los efectos de aplicación de elementos normativos subordinados, susceptibles de control, y, siguiendo la misma lógica, el individuo no podría jamás en un proceso de tales características solicitar la protección concreta frente a las lesiones que ha sufrido directamente como consecuencia de la aplicación o de la vigencia de una norma inconstitucional.

Es interesante mostrar cómo en las anteriores fórmulas de intersección procesal radica a nuestro juicio el fortalecimiento de la protección del individuo. En el control abstracto se pueden amparar los intereses concretos afectados directamente por la ley estimada inconstitucional, y en el recurso individual existe, además de la connotación subjetiva, una función o esfera objetiva que va más allá del mismo proceso para cubrir otras situaciones con efectos generales. En este orden de ideas, el recurso individual no solo permite proteger los derechos subjetivos o situaciones concretas en casos específicos, sino que permite anular o declarar la inconstitucionalidad de actos espurios de los podes públicos —por ejemplo, las leyes—, según el sistema jurídico en particular. De igual manera, como en el caso colombiano, el proceso de protección de derechos fundamentales para el caso concreto permite al juez constitucional, a través de sus órdenes, ir más allá de la controversia con el fin de evitar la vulneración de los derechos a otras personas o proteger de manera masiva otros derechos que han sido igualmente afectados.

La justicia constitucional colombiana en los últimos diecisiete años muestra una separación estricta de los procesos descritos, y en la práctica procedimental el control abstracto pierde importancia con relación a la acción de tutela. En efecto, el número de actores es superior en este último proceso y existen mayores restricciones en el acceso al control objetivo normativo propiamente dicho.

El esquema bipolar colombiano que representa los procesos constitucionales e impide las mezclas de sus respectivos elementos, a pesar de algunas semejanzas estructurales o materiales, produce sin duda alguna una situación de desequilibrio en virtud de la cual un proceso es más utilizado que el otro. En este orden de ideas, el proceso más relegado tiende a perder eficacia a los ojos de los jueces y tratadistas radicalmente defensores de la tutela.

El siguiente esquicio tiene por objeto demostrar que los procedimientos constitucionales son igualmente importantes por su doble objeto. En ello consiste la fórmula de equilibrio que mejora la situación individual tanto en casos concretos como frente a los vicios del ordenamiento jurídico. La equivalencia formal y material de dos procesos igualmente importantes estimula la compatibilidad, la posible interacción procesal en diversas formas, y no debe seguir provocando la ambivalencia, la contraposición, la separación estricta ni el exceso o defecto de acciones instauradas con el fin de poner en marcha los mencionados mecanismos.

## 2. La problemática de la reducida práctica del control abstracto de constitucionalidad de las leyes como causa directa de los desequilibrios en la justicia constitucional

El control abstracto de constitucionalidad es una forma de justicia constitucional que garantiza la conformidad objetiva de normas legales inferiores o subordinadas a la Constitución y, como consecuencia de ello, puede afirmarse que permite la protección de los derechos fundamentales por medio de sus efectos erga omnes.

En la práctica, la Corte Constitucional colombiana se inhibe o se abstiene de proferir una decisión de fondo cuando en la demanda respectiva se identifican intereses concretos o cuando la argumentación del actor adolece de vicios de imprecisión, falta de certeza, pertinencia, ausencia de claridad, o cuando no demuestra inequívocamente la posibilidad de una duda sobre la compatibilidad entre el texto normativo acusado y la respectiva disposición de rango constitucional.[2] En las discusiones doctrinales esta carga procesal puede resultar demasiado onerosa para el demandante, a quien no se le puede negar el acceso a la justicia o, de manera concreta, el derecho a la solución de la respectiva controversia constitucional que pueda plantear.

En derecho comparado europeo, en ordenamientos como el alemán, el austriaco, el español o el belga, los derechos procesales como el acceso a un juez deben garantizarse con mayor razón cuando las leyes afectan a los individuos. Este derecho integra una de las garantías de la equidad procesal o el llamado *procès équitable*,[3] sobre el cual son abundantes la literatura jurídica y la jurisprudencia en los sistemas europeos de protección de derechos humanos.

En Colombia, si bien es cierto que no se admiten las demandas para proteger situaciones concretas en el proceso de control abstracto, el demandante puede invocar que un derecho fundamental consagrado en la Constitución es vulnerado como norma jurídica por la norma acusada. En este caso es deber del juez en su razonamiento comparar las disposiciones acusadas con la Constitución, y, además de un juicio o examen in abstracto del contenido y de la forma, debería examinar los efectos de aplicación de la inconstitucionalidad normativa alegada producidos en la práctica. Con este análisis complementario se determina si los derechos fundamentales han sido amenazados o vulnerados a varias personas con un efecto general erga omnes y se equilibrarían las formas de procedimiento constitucional.

Se trata de una fórmula muy conveniente para los jueces constitucionales que facilitaría a los destinatarios de las leyes el hecho de no verse obligados a interponer innumerables acciones de tutela o recursos directos en casos concretos individuales. Con ello se evita en realidad el problema de la congestión judicial, y la protección de

---

[2] Véase, por ejemplo, Corte Constitucional Colombiana, sentencias C-251 del 2004, C-375 del 2004, C-1299 del 2005.

[3] CEDH *Süssmann c/Allemagne* (16 septembre 1996), CEDH, 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni.* Véase por ejemplo el análisis del profesor Marc Verdussen: "Un procès constitutionnel légitime", en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu,* París: Dalloz, 2007.

los individuos resulta más eficaz. No solo se protege al individuo, sino que se elimina definitivamente la causa que lo afectó y que podría vulnerar a varias personas en indefinidas situaciones específicas.

Lo dicho explica brevemente mis estudios doctorales en derecho constitucional, efectuados en los años 1999-2002, cuyos fundamentos principales traduje al español en el año 2003 en el libro *El control de constitucionalidad de la ley. Estudio comparado de los sistemas francés y colombiano y compilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional colombiana.* Esta tesis fue comprobada nuevamente en mis trabajos científicos realizados en el marco de un contrato de investigación acordado por el Ministerio de Educación del gobierno francés y supervisado por la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne. En esta experiencia profesional aún más exigente y profunda se basa mi tesis doctoral, iniciada en el 2004 y terminada muy recientemente, esta vez en la disciplina del derecho comparado. Se trata de un trabajo más completo que el primero y consiste en una comparación de los sistemas de control de constitucionalidad a iniciativa de un individuo en Bélgica, Alemania y Colombia, encaminado a estructurar o definir un nuevo modelo de justicia constitucional más favorable a la persona.

En mi reciente trabajo, compruebo lo dicho sobre el control abstracto y comento adicionalmente que la acción de tutela colombiana comienza a objetivarse, a acercarse un poco a algunos modelos europeos o latinoamericanos de protección de derechos fundamentales, a adquirir algunos elementos del control abstracto objetivo de normas que consisten en la protección significativa de intereses generales reconocidos en la Constitución, sin que aún se evolucione hacia un verdadero amparo individual contra los actos de los poderes públicos, entre ellos las "leyes inconstitucionales".

En mis reflexiones coincido con el profesor Francisco Fernández Segado cuando critica la bipolaridad de los modelos abstractos europeos para proteger la Constitución y concreto americano para proteger los derechos fundamentales.

## 2.1. De la disminución del control abstracto de constitucionalidad al progresivo esplendor de la tutela en Colombia

Desde 1811 aparecieron en Colombia rasgos incipientes del control de constitucionalidad para equilibrar los poderes públicos. Se entiende dicho mecanismo con una connotación política influida por las corrientes americana y europea en lo relacionado con los tipos de proceso de carácter concreto y abstracto. El control abstracto consiste desde entonces en una confrontación que realiza el juez constitucional del orden jurídico subordinado a la Constitución, y el control concreto opera como una modalidad de análisis constitucional de una norma aplicable a un caso concreto, de la cual depende la solución judicial de este.

Según una concepción bipolar o estrictamente separada, operan los procesos descritos en Colombia como manifestación de la coexistencia de los sistemas concentrado y difuso de justicia constitucional, sin que pueda pensarse hasta ahora en la alternativa de una posible articulación entre ellos.

En Venezuela, Colombia, Panamá y El Salvador se adopta una figura para dar inicio al control abstracto de constitucionalidad reconocido en la ciencia del derecho comparado como *actio popularis,* cuyo objeto es suscitar un debate público sobre la conformidad abstracta de una ley subordinada a la Constitución. De esta forma se mantiene la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico objetivo. En Europa, el mecanismo descrito que opera en los sistemas latinoamericanos puede apreciarse en Hungría (artículo 32.*a*.3 de la Constitución del 20 de agosto de 1949 y artículo 1.*b* de la ley XXXII de 1989 sobre la Corte Constitucional).

En Colombia la actio popularis es reconocida como acción pública de inconstitucionalidad; puede ejercerse por cualquier ciudadano, la actuación judicial excluye cualquier tipo de controversia litigiosa donde se discuten intereses particulares, y el efecto del control de constitucionalidad instaurado es general, erga omnes. Encontramos sin duda alguna una naturaleza cien por ciento objetiva en esta figura, a la luz de las tendencias jurisprudenciales mayoritarias. Según esta concepción, se controla la escala normativa y su conformidad con las disposiciones constitucionales. Sin embargo, en sus inicios la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia fue considerada como un mecanismo político, desprovisto de finalidades para activar la justicia. En este sentido, el mecanismo de participación servía de "canal de acceso a quienes pertenecían a fuerzas políticas excluidas" o de oposición en medio de un conflicto entre el Congreso y el gobierno.

Realmente a partir de 1910 se concibe que la acción pública de inconstitucionalidad es un medio de defensa de la supremacía de la Constitución, y con la reforma constitucional de 1991 se crea la Corte Constitucional como tribunal único y especializado para efectuar el control abstracto de las normas con valor legislativo, de oficio o a iniciativa de un individuo.

A pesar de la participación activa y política de los individuos al solicitar formalmente los exámenes objetivos o abstracto-normativos, el control iniciado por acción pública se consideró un mecanismo lejano al interés concreto de la persona. Este concepto de interés coincide con el de derecho fundamental en su esfera subjetiva. En una visión positivista estricta del derecho, el control normativo no puede incluir situaciones particulares, y por tal motivo las situaciones concretas necesitan otro tipo de proceso totalmente separado de las normas, porque congestionan la jurisdicción.

Con la finalidad de garantizar una acción pública netamente objetiva —es decir, completamente relacionada con normas jurídicas de valor legal— la jurisprudencia y la doctrina colombianas exigen que el proceso no sea contencioso, y con ello excluyen los intereses particulares, por lo general de ciertos grupos.[4] Con certeza se afirma que admitir intereses concretos o hacer del proceso abstracto un verdadero litigio o escena contenciosa desnaturalizaría la connotación general y abstracta de un debate jurídico iniciado por una acción disponible a todos los ciudadanos.

---

[4] Véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: C-876 del 2000, C-087 del 2002, C-251 del 2004, C-507 del 2004, C-932 del 2004, C-1052 del 2004, C-1001 del 2004, C-355 del 2006.

Para la gran mayoría de los constitucionalistas colombianos, si no existiera actio popularis en Colombia se favorecerían todo tipo de intereses particulares. A contrario sensu, en Europa los constitucionalistas como Francis Delpérée[5] afirman que permitir un recurso contra la ley bajo la figura de la actio popularis encubre otros intereses distintos a aquellos que pueden realmente ser protegidos por la jurisdicción constitucional. Por estas razones no se contemplan las actio popularis en los sistemas europeos como el belga, sino que se crea un recurso individual del individuo contra la ley que lo afecta, con el claro deber de que dicho individuo justifique un interés para actuar en justicia.

En Colombia, cumpliendo las exigencias jurisprudenciales, el ciudadano debe permitir que el juzgador deduzca una duda sobre la compatibilidad entre normas inferiores y la Constitución. El objeto del control abstracto es concebido tradicionalmente con una connotación lógico-objetiva, por la que se realiza simplemente una comparación o confrontación entre elementos del ordenamiento jurídico. Para la doctrina tradicional, alterar esta fisonomía abstracta del proceso equivaldría a favorecer intereses privados como consecuencia de la aplicación de las leyes. Con esta lógica ideológica, el interés subjetivo separado de la normatividad adquiere mayor importancia, las normas se consideran alejadas de los casos concretos y los constituyentes de 1991 inician su periplo con la creación de una fórmula procesal atípica para proteger los derechos de la persona. Este tipo de proceso innovador cercano al individuo se conoce como *acción de tutela.*

Poco a poco la acción de tutela surge con esplendor y el control constitucional se considera más lejano al individuo, incluso se comenta la poca eficacia en cuanto a sus efectos de protección.

En el sistema constitucional colombiano, la acción de tutela ha adquirido un lugar trascendental en la administración de justicia. En el plano teórico su naturaleza es residual para ciertos casos urgentes y en el práctico su presencia es desbordada hasta el punto de generar en la actualidad serios problemas de congestión de los despachos judiciales.

La acción de tutela en Colombia ha permitido en realidad la inmediatez del juez para resolver los casos de los más vulnerables. Vale la pena citar sentencias que han dejado huella en la jurisprudencia constitucional, como la T-025 del 2004, que protege a la población desplazada a pesar de que el juez en el caso concreto va más allá de lo pedido por las partes en el proceso.

## 2.2. De la decadencia de la acción de tutela original a las fórmulas de objetivación del procedimiento

La protección exclusiva de las partes en el caso concreto que ha sido sometido a consideración del juez de tutela tiende a desaparecer lentamente en Colombia, dando paso a las fórmulas de objetivación del procedimiento. He llamado a este fenómeno *fórmulas o medidas de protección constitucional de carácter objetivo,* porque los intereses

[5] Francis Delpérée y Pierre Foucher: *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de Droit Comparé,* Bruselas: Bruylant, 1998. *En hommage à Francis Delpérée, "Itinéraire d'un constitutionnaliste",* Bruselas: Bruylant, 2008.

específicos pueden ser trascendentales para el derecho constitucional, hasta el punto de ser igualmente considerados como intereses generales.

En la jurisprudencia constitucional colombiana se reconocen variadas formas de objetivación, tales como la declaración de efectos inter comunis, el estado de cosas inconstitucionales introducido con la sentencia T-025 del 2004, la declaración de efectos interpares o la prevención de la violación de los derechos de otras personas en circunstancias análogas mediante el reconocimiento de la función objetiva de la acción de tutela, a partir de la sentencia T-165 del 2008. En estos tipos de decisión, donde el efecto concreto se extiende a circunstancias similares, la tutela adquiere elementos del control abstracto normativo por sus nuevos rasgos generales adquiridos, y no solo se benefician más individuos sino que se da solución más eficaz a la congestión judicial.

La congestión judicial es el resultado de un desequilibrio manifiesto de las formas de contencioso constitucional. En el control abstracto iniciado por acción pública solo el 16% de las leyes controladas entre 1992 y 2006 se declararon inconstitucionales; en varios pronunciamientos se declaró la constitucionalidad bajo reserva de interpretación y existen cifras crecientes de fallos inhibitorios. De otra parte, los requisitos de admisión de las respectivas demandas pueden desanimar a los actores y hacerlos desistir del procedimiento, con lo que logran que las controversias subjetivas afectadas en su origen por las leyes inconstitucionales pretendan ser resueltas por la vía más expedita de la tutela. Mientras la participación individual es creciente en el proceso de tutela, la participación ciudadana es decreciente en el proceso iniciado por acción pública de inconstitucionalidad, como si se tratara de un fenómeno de abstención electoral en el ejercicio del derecho al voto, de un mecanismo absoluto de participación política y no de un remedio procesal de acceso a la justicia para proteger los derechos afectados por las leyes inconstitucionales.

Se están presentando casos aislados en que la Corte constitucional examina situaciones concretas afectados por las leyes en el control abstracto cuando el razonamiento es orientado a la aplicación legal, y, por otro lado, la Corte constitucional reconoce la extensión de los efectos concretos de la tutela más allá de las partes del proceso para amparar a quienes no han sido partícipes de él. Esta interacción de los dos procesos que tiene lugar a nivel jurisprudencial desdibuja el carácter completamente subjetivo y concreto de la tutela, al igual que el carácter completamente objetivo del control abstracto.

## 3. La inclusión del control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos en los procesos instaurados por acción de tutela: una iniciativa de reforma aplicable en diversas formas de procedimiento

La protección del individuo en las situaciones de hecho es el aspecto innovador de la acción de tutela en Colombia y, desde luego, un gran aporte al constitucionalismo moderno. La figura procesal proviene de ideologías americanas predominantes, en virtud de las cuales se analizan el caso concreto, las situaciones fácticas que acompañan la

violación de un derecho fundamental a una persona, las características especificas de la condición de un individuo, los argumentos de hecho, las pruebas consistentes en la violación o amenaza alegada. Estos elementos subjetivos, concretos o específicos son obligatoriamente examinados por el juez ordinario revestido de funciones constitucionales en la controversia específica, dada la llamada *inmediatez* del recurso individual. En este orden de ideas, la inmediatez hace referencia al contacto directo e inmediato del juez con las partes y las circunstancias del caso. El análisis o razonamiento judicial es entonces ligado a la situación fáctica; la protección del juzgador depende del caso concreto en que se ha vulnerado una situación de hecho, pero el litigio no comprende de ninguna manera análisis o controles normativos, de legalidad o constitucionalidad de actos de los poderes públicos con efectos generales, como las leyes o actos administrativos de carácter general. Excepcionalmente el debate existe en torno a la "tutela contra sentencias judiciales", cuyos efectos son concretos entre las partes.

Al analizar el caso concreto y evidentemente al darle una solución, a través de un argumento principal susceptible de reiteración futura, el juez ordinario revestido de funciones constitucionales puede señalar claramente una regla específica (ratio decidendi) susceptible de aplicarse en casos similares. Con esta lógica, los demás jueces conservan y mantienen estáticos los razonamientos y reiteran las llamadas *líneas jurisprudenciales* en las que se han aplicado soluciones judiciales análogas, evidentemente reconocidas e impuestas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, en el marco de los procesos de revisión de acciones de tutela. De esta manera se instaura en Colombia con debida fuerza la "doctrina del precedente judicial", con la finalidad de preservar la equidad en la solución de los casos y la seguridad jurídica gracias a la preservación de la constante manera de fallar. ¿Hasta qué punto puede la acción de tutela seguir aplicándose bajo el imperio de la doctrina americana del precedente? Si los casos concretos en los que ha existido una violación reiterada de derechos fundamentales a la población más vulnerable fuesen aislados o menos numerosos, o si se reconoce totalmente que nuestro sistema jurídico no es igual a los sistemas de la *common law* donde prima la regla *stare decisis et quieta non movere,* la reiteración jurisprudencial y la fuerza vinculante del precedente judicial en los procesos instaurados por acciones de tutela serían elementos del razonamiento judicial más que eficaces para garantizar la protección ideal de los derechos fundamentales.

En la experiencia se observa que el juez constitucional no puede dar solución a todos los casos presentados por violación de derechos fundamentales analizando exclusivamente los casos concretos o las soluciones equitativas concedidas para amparar circunstancias de hecho análogas. ¿Como puede conjurar la violación o la amenaza creciente de los derechos? Necesariamente conviene innovar en el tipo de razonamiento, admitiendo, por ejemplo, la crítica cartesiana para dar solución a los problemas jurídicos, y las consecuentes metodologías argumentativas a través de las cuales pueda el juez indagar cuáles son las verdaderas causas de violación o amenaza de los derechos, qué posibles soluciones existen en el plano normativo y cómo eliminar radicalmente dichas causas con efectos generales.

Evidentemente, el razonamiento descrito podría evitar que un número indefinido de personas resultara perjudicado por actos de los poderes públicos inconstitucionales

aplicables en cada caso concreto. De igual manera se evita que cada caso concreto englobado en una masa determinada y uniforme de procesos sea conocido de manera independiente por un juez distinto, con lo que se congestionaría el acceso a la jurisdicción.

El tipo de razonamiento puede variar y el juez ordinario con funciones constitucionales debe enriquecer su proceso de argumentación sin violar el derecho positivo; no debe incurrir en el error de copiar las decisiones de la Corte Constitucional sin preguntarse si los mismos criterios son aplicables al caso o pueden seguir aplicándose a pesar de las exigencias sociales, los cambios de circunstancias y el paso del tiempo. Es posible crear derecho y nuevas fórmulas de protección sin violar la Constitución.

De otra parte, la Corte Constitucional puede aplicar la Constitución directamente ante vacíos legales si con ello no se eluden los controles de constitucionalidad a la omisión legislativa.

El juez constitucional puede ser creador y fortalecer la protección de un derecho evitando los perjuicios a otras personas sin violar el ordenamiento jurídico. De esta manera, su razonamiento sería coherente y a la vez no permitiría un "gobierno de los jueces" o riesgos de inseguridad jurídica cuando el ordenamiento vigente se inaplica en innumerables casos sin que se asegure la posibilidad de purgar sus vicios.

Siguiendo el razonamiento anterior, el juez constitucional no solo debería asegurar la protección del individuo en circunstancias de hecho en las que los razonamientos de casos concretos análogos han sido constantes, sino que igualmente debería ser tolerante frente a las transformaciones o cambios en la jurisprudencia, para que el razonamiento jurídico no se estanque y se fortalezca la protección de la persona, más allá de los formalismos o prototipos de razonamiento preexistentes.

Es importante subrayar que, al admitir otras tipologías de razonamiento judicial en el proceso constitucional para proteger los derechos fundamentales, no solo se podrá tener en cuenta el caso y dar solución a la violación, sino eliminar realmente la causa, para que no se repita ninguna situación similar a aquella en la cual una persona ha sido afectada. ¿Cómo eliminar la causa de la violación de los derechos admitiendo la crítica en el razonamiento judicial? Los remedios perfectos son sin duda alguna el alcance preventivo de la orden de tutela, la medida provisional o cautelar para evitar perjuicios irremediables y, por supuesto, la inclusión del control de constitucionalidad de los elementos normativos del orden jurídico positivo, como las leyes o decretos con fuerza legislativa, así como de sus formas de concreción o aplicación mediante actos administrativos o sentencias judiciales. Estas fórmulas sin duda fortalecen la protección individual, garantizan la aplicación directa de la Constitución, la interpretación uniforme con efectos generales, evitan la propagación de la vulneración de los derechos y son en su esencia conformes a la coherencia jurídica porque no vulneran el derecho positivo ni las leyes vigentes sometidas a la Constitución.

En efecto, el razonamiento aplicable para la protección correspondiente al caso concreto puede igualmente servir para controlar las normas vigentes que se presumen inconstitucionales, pero en ningún caso debe desconocer aquellas que no han sido cuestionadas judicialmente a pesar de las dudas que generan.

En Colombia, tanto la Corte Constitucional como los jueces ordinarios revestidos de funciones constitucionales están facultados por el artículo 7 del decreto 2651 de 1991 para ejercer funciones preventivas o evitar la vulneración más gravosa de los derechos a través del reconocimiento de cualquier medida que no vulnere el ordenamiento jurídico. De esta manera puede entenderse el tenor del artículo 230 de la Constitución, que señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley.

El juzgador puede reconocer cualquier medida que garantice mayor protección a la persona en virtud de interpretaciones del contexto constitucional; al estar habilitado legal o constitucionalmente para ello, según dicha interpretación, puede conciliar intereses, valores, principios o derechos constitucionales enfrentados en una situación concreta; declarar la protección de situaciones de hecho no cobijadas por el derecho positivo explícitamente, pero tampoco contrarias a él; proteger directa o indirectamente a una persona de los vicios del ordenamiento jurídico; prevenir la vulneración con soluciones legales o constitucionales o inaplicar leyes únicamente en casos concretos en los que se surten actuaciones judiciales, cuya solución depende del estudio de constitucionalidad de las mencionadas leyes y la sentencia proferida tendrá efectos interpartes. Los mencionados ejemplos permiten deducir el inmenso poder creador del juez constitucional sin que exista un desconocimiento del derecho positivo. Lo mismo sucede si cambian los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Se trata de un exceso en los niveles de protección que admite de igual manera un respectivo control. Podemos llamar este fenómeno *positivismo jurídico limitado,* con el fin de dosificar o neutralizar el alcance de la frase "los jueces en sus decisiones solo están sometidos al imperio de la ley".

Afirmar que el juez se somete a la ley o que su poder de creación encuentra sus límites en el derecho positivo no quiere decir que solo deba aplicar la ley conforme a su tenor literal, sin contemplar otras alternativas de interpretación distintas a la restrictiva gramatical. En efecto, debe reconocerse igualmente el valor de la jurisprudencia y su criterio auxiliar de interpretación sin restarle importancia jurídica en la solución de un determinado caso. La decisión judicial no reemplaza la ley, pero ello no significa que sea ineficaz o regresiva.

El apego exclusivo a la fuente jurisprudencial provocaría una separación del acto legal; este sería sin duda el mismo efecto nocivo que se genera en un legalismo absoluto, en virtud del cual solo priman las leyes y no se contemplan otras fuentes del razonamiento jurídico.

¿Cómo conciliar entonces las fuentes del derecho aplicables en los procedimientos de protección de los derechos fundamentales? Los sistemas americano y europeo, de donde emergen respectivamente las fuentes jurisprudenciales y legalistas, no pueden ser excluyentes. La ley y el análisis fáctico se complementan y desde esta perspectiva no puede vulnerarse la Constitución.

Si un juez se aparta de las corrientes jurisprudenciales mayoritarias para reconocer la aplicación directa de un determinado acto legal, o para controlar una norma cuestionada en su constitucionalidad que regule una materia objeto de reiterada jurisprudencia a solicitud de las partes procesales, no viola el derecho positivo. La solución judicial audaz o creativa no es contraria a derecho si se aparta de los precedentes

judiciales. En efecto, el error judicial radica en que dicha solución viole la jurisprudencia anterior o altere su claro sentido. En este orden de ideas puede variarse la jurisprudencia y aceptarse que es procedente el cambio para asegurar la evolución del derecho constitucional objetivo.

En Colombia, a pesar de que las tendencias jurisprudenciales tienden en su mayoría a permanecer constantes, algunos casos han asegurado tendencias innovadoras en las que se realiza verdaderamente una labor de prevención constitucional a la vulneración subjetiva, aunque esta no haya sido pedida por las partes del proceso. De igual manera, las órdenes complejas expedidas en los procesos de tutela benefician no solo a las partes procesales en casos concretos reiterados.

Faltaría finalmente agregar una alternativa más eficaz que otros ordenamientos jurídicos reconocen para que la acción de tutela colombiana se perfeccione aún más. Se sugiere entonces reconocer que no solo es importante el análisis del caso concreto, sino igualmente el control objetivo del acto normativo. ¿Cómo se combinarían estos elementos en el proceso colombiano iniciado por acción de tutela? Admitiendo la combinación, mixtura, mezcla o interacción procesal entre la acción de tutela para casos concretos y el control abstracto de constitucionalidad para elementos normativos como las leyes o los decretos con fuerza de ley.

Es necesario hacer de la acción de tutela colombiana un mecanismo que no solo proteja al individuo en casos concretos, sino que también controle el acto que lo afecta. Para ello debe identificarse la causa de la violación, evitando vulneraciones futuras. La presente fórmula resulta aún más eficaz si se asegura o garantiza al afectado restablecer su derecho vulnerado mediante la nulidad del acto inconstitucional, como si la violación nunca hubiese existido.

La misma iniciativa de reforma descrita puede apreciarse con diferentes ópticas teniendo en cuenta otros ordenamientos jurídicos. En este sentido, la acción de tutela como recurso individual de protección de derechos fundamentales no solo podría llegar a instaurarse directamente contra los actos administrativos o las sentencias judiciales, sino también contra las leyes que afectan las situaciones concretas de los individuos.

### 3.1. La fórmula de la acción de tutela como mecanismo de protección individual en la situación de hecho y como recurso directo contra leyes inconstitucionales

¿Cómo podríamos imaginar en Colombia una acción de tutela interpuesta por un individuo con el interés de conseguir la protección de un derecho fundamental especifico, que sirva para beneficiar a otras personas que no hayan sido partes en el proceso? La situación no es nada extraña al analizar las formas de objetivación de la tutela como recurso individual. Sin embargo, es susceptible de controversias el hecho de admitir la interposición de una acción de tutela directamente contra la ley que afectó al individuo recurrente.

La ley general y abstracta puede afectar a un individuo en su situación concreta probando un agravio cierto, personal, inmediato en el tiempo y directo en la mencionada

situación específica. No es necesario exigir que el perjuicio sea grave; basta demostrar que se afectan los derechos fundamentales o situaciones específicas reconocidas por el ordenamiento jurídico.

En Colombia, la hipótesis mencionada no es aún contemplada, en razón del estricto análisis de la situación de hecho que excluye el control de la normatividad. En este sentido, cada caso concreto es observado con detenimiento y resuelto de urgencia, de manera inmediata, a través de un trámite preferente, sumario y subsidiario.

La eficacia de la tutela se relativiza cuando los procesos ordinarios se paralizan ante la acumulación masiva de acciones, sin que la reiteración de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional logre eliminar la causa que viola los derechos o impedir que ciertas conductas lesivas se repitan en diversas circunstancias análogas.

Los derechos fundamentales se vulneran principalmente por ausencia, insuficiencias o deficiencias en la regulación, esto es, por omisiones legislativas o legislación inconstitucional, o por aplicación inconstitucional de normas ajustadas a la Carta Política. No siempre se vulneran los derechos en circunstancias de hecho, acciones u omisiones que acompañan los casos concretos.

En Colombia, la eficacia de la tutela disminuye cuando la violación de un derecho ocasionado por un acto del poder público es reiterada. La acción de tutela ampara a la persona de urgencia en un caso concreto. Desafortunadamente, la causa normativa que ocasionó la vulneración queda en la mayoría de casos latente y no se corrige la anomalía.

Existe una desproporción de formas procesales constitucionales, lo cual genera un desequilibrio en la administración de justicia. El número de sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional desde 1992 hasta el 20 de febrero del 2009 es de 11.992, que casi triplica el número de sentencias proferidas en control abstracto: 4.613. Estas cifras muestran una separación estricta de dos procesos constitucionales que al articularse podrían asegurar el perfeccionamiento de las técnicas de protección de los derechos fundamentales. De igual manera, puede apreciarse un número casi indefinido de acciones de tutela que inevitablemente coloca en desventaja la utilización práctica del proceso de control abstracto de constitucionalidad.

Los recursos individuales en Bélgica,[6] Alemania, Suiza y Austria son ejemplos de sistemas mixtos europeos que habilitan a los individuos a presentar recursos constitucionales directos contra las leyes que los afectan. Este mecanismo garantiza el

[6] En Bélgica, la ley especial del 6 de enero de 1989 sobre la antes llamada *Cour d'arbitrage* previó dos tipos de recurrentes para instaurar el recurso en anulación contra leyes inconstitucionales. De una parte, el recurso es accesible al Consejo de Ministros, a los gobiernos de comunidades o regiones, a los presidentes de las asambleas legislativas o a solicitud de dos tercios de los miembros de estas. De otra parte, el acceso a la Corte se abre a los particulares, a toda persona física o moral de derecho privado o de derecho público que justifique un interés, esto es, que se sienta directamente lesionada por el acto legal en cuestión.

La ley especial del 9 de marzo de 2003, en aplicación del artículo 142 de la Constitución belga, ha ampliado el ámbito de control de la Corte y a partir de ese momento el control de constitucionalidad se extiende a los derechos fundamentales del título II de la Constitución. Esta cláusula permite la inclusión de los derechos y garantías de alcance similar previstos por los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

amparo antes de que la ley inconstitucional se desarrolle por el reglamento, se aplique de manera sucesiva o se plasme en casos concretos a través de una sentencia judicial.

Los recursos mencionados para la protección de los derechos fundamentales muestran en común un fenómeno de hibridación que en la práctica se manifiesta mezclando elementos del control abstracto de constitucionalidad de las normas con elementos de la protección específica de derechos fundamentales en situaciones concretas.

En Alemania la protección es aún más amplia, dado que el artículo 93.4 de la Ley Fundamental consagra la protección de todo individuo contra los actos de los poderes públicos —las leyes, los actos administrativos y las sentencias judiciales—. Dichos actos deben afectar directamente un derecho constitucional garantizado en la Constitución a quien solicita la protección jurídica. Para estos efectos existe un mecanismo subsidiario, llamado *recurso individual constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*), que exige como requisito previo al acceso ante la Corte Constitucional el deber de agotar todas las vías procesales ordinarias con el fin de lograr la reparación del derecho vulnerado. Existe posteriormente en este procedimiento una etapa de admisión de recursos instaurados, en la que los jueces admiten las controversias individuales de interés público o relevantes para el derecho constitucional objetivo.[7] Encontramos en este aspecto el primer elemento de objetivación del recurso individual alemán; en otras palabras, el primer rasgo que identifica la unión entre la protección del interés particular y la defensa de la jerarquía de la Constitución en un solo proceso. El recurso individual alemán para el caso concreto se vuelve más general, es decir, se objetiviza acercándose un poco a la figura del control abstracto.

Las controversias particulares que selecciona la Corte Constitucional Federal deben ser trascendentales en materia constitucional y no deben interesar únicamente a las partes del proceso, dado el interés público o general que se deriva de ellas. Las sentencias proferidas en este modelo mixto producen efectos generales que van más allá de la situación específica, y pueden anular una ley que afecta a un individuo como si esta nunca hubiese existido.

En Bélgica no existen procedimientos de amparo directo contra sentencias judiciales, a diferencia de Alemania o de Colombia, pero el individuo puede solicitar la protección particular de un interés subjetivo afectado por la ley inconstitucional si demuestra capacidad para actuar. En este modelo, el individuo acude directamente ante la Corte Constitucional sin los filtros de otras jurisdicciones, y el objeto del procedimiento es la corrección del acto que afecta la situación individual.

---

[7] En Alemania, un proceso de admisión de quejas (*Annahmenverfahren*) determina el acceso de los individuos a la Corte Constitucional. Dicho procedimiento fue creado en la reforma de 1963 a fin de declarar no *recevables* los argumentos imprecisos o impertinentes y de rechazar los recursos que son manifiestamente infundados. Según esta etapa de admisión, se eligen las controversias constitucionalmente relevantes o de interés público.

He retomado el estudio y el análisis de los ordenamientos citados de mi artículo escrito en la revista número 338 de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, titulado: "El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: Dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales". Un estudio comparado en pocas palabras.

¿Por qué es pertinente mencionar estos sistemas o formas de justicia constitucional? El efecto general erga omnes, vinculante u obligatorio del control de constitucionalidad de la ley, al incorporarse en el proceso de protección directa de los derechos fundamentales, produce una depuración del orden jurídico, esto es, que las leyes inconstitucionales que violan los derechos desaparezcan, que la interpretación constitucional prevalezca sobre la ordinaria, únicamente cuando se trata de derechos fundamentales o de interpretaciones directas o indirectas de disposiciones constitucionales.

Es necesario resaltar que, en los ordenamientos analizados, la interpretación de la Corte Constitucional es generalmente obligatoria cuando opera sobre una norma general y abstracta cuya validez se cuestiona a la luz de la Constitución. En consecuencia, no podría vislumbrarse una oscilación de criterios jurisprudenciales o inseguridad jurídica.

Al analizar el sistema colombiano, donde coexisten dos formas de justicia constitucional llamadas *control concentrado* y *control difuso,* la protección de un derecho fundamental en un caso concreto ya no puede ser efectiva si el juez constitucional no realiza una revisión del orden jurídico objetivo aplicable en el mismo proceso. Este procedimiento exige examinar a fondo el origen de la violación de un derecho fundamental sin que la decisión judicial se limite a reiterar las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y a clasificarlas, con el fin de dar solución urgente a cada situación fáctica en particular, sin que las reales amenazas del ordenamiento inconstitucional desaparezcan.

El rompimiento de las secuencias jurisprudenciales emanadas de la Corte Constitucional no constituye en sí mismo una vía de hecho, si el juez ordinario revestido de funciones constitucionales garantiza en los procesos de tutela, creativamente, medidas que podrían incluso ir más allá de los casos concretos para prevenir la vulneración de los derechos o fortalecer la protección individual sin violar el ordenamiento vigente conforme a la Constitución.

Al cuestionarse sobre la eficacia de la tutela se encuentra que la reiteración uniforme de líneas jurisprudenciales tiene un efecto menos efectivo en la protección constitucional del individuo en aquellos casos en que elementos del orden jurídico objetivo, como las leyes o el desarrollo directo o indirecto de estas, se mantienen inconstitucionales y producen los mismos efectos nocivos a varias personas que más adelante congestionarán la jurisdicción.

La eliminación total de la causa que viola un derecho es un arma muy efectiva porque reduce la frecuencia en la utilización del mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En efecto, los mejores procedimientos de amparo de los derechos fundamentales son los que casi no se aplican porque no es necesario poner en funcionamiento la justicia a solicitud de varios individuos que se presumen afectados. El proceso de protección de derechos fundamentales más eficaz se utiliza poco o casi no se aplica, debido a la efectividad de las medidas protectoras y preventivas empleadas por el juez constitucional. Según esta lógica, la reiteración indefinida de líneas jurisprudenciales no sería la mejor solución frente a la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes inconstitucionales aplicables en casos concretos. Este nuevo argumento no desecha

por completo la uniformidad del razonamiento judicial para garantizar un tratamiento equitativo ante las autoridades. Tan solo surge la interrogante de cómo admitir fórmulas alternas de solución de los casos o diferentes tipos de razonamiento en que se estimule aún más la creación del derecho para asegurar una protección más efectiva de los derechos, eliminando de manera radical las causas que los afectan.

No siempre la preservación del principio de equidad en los razonamientos judiciales garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Los cambios o transformaciones de la jurisprudencia pueden llegar a incorporar nuevas alternativas en función de los cambios de circunstancias. De todas formas, sea cual fuera la tendencia o el criterio judicial aplicable, el límite debe tener su fuente en la ley o en la Constitución, y no podría existir una tutela judicial contra los poderes públicos sin regulación previa de carácter específico.[8]

### 3.2. La fórmula de acción de tutela como mecanismo de protección individual en la situación de hecho y como recurso directo contra los actos administrativos

Todo recurso directo contra actos administrativos representa en sí mismo el control a la concreción o aplicación de una norma de carácter legal en aplicación del principio de legalidad.

El principio de Estado de derecho limita las actuaciones de los funcionarios así como los actos emanados de los poderes públicos. De esta manera, cada declaración de voluntad de la administración que produce efectos en derecho, ya sean estos de carácter particular o general, encuentra su límite en el principio de legalidad. ¿Por qué el juez constitucional no podría reconocer la protección inmediata y directa de un individuo afectado por la aplicación de un acto administrativo generalmente expedido en aplicación de una ley inconstitucional? ¿Por qué la Corte Constitucional no podría examinar la ley como acto normativo principal y el acto administrativo como acto derivado de ejecución de aquella? Sin duda esta figura de control directo del acto administrativo es a su vez una forma de control indirecto de la ley. Puede sugerirse a petición del individuo y el juez puede declararla de oficio. Así sucede en España a propósito del amparo contra las leyes, identificado al interpretar el contenido del artículo 55 de la ley sobre el Tribunal Constitucional.

En México, el control constitucional de actos administrativos puede coexistir con la protección inmediata y directa de los derechos fundamentales en el marco del proceso iniciado por recurso de amparo.

El recurso de amparo mexicano es una forma de protección individual contra actos de autoridad o del poder público. La fuente constitucional de este mecanismo se encuentra en los artículos 103 y 107 de la Ley Fundamental, donde ampliamente se exponen diversas modalidades de protección procesal de los derechos consagrados en

[8] Sobre el razonamiento judicial alternativo a la reiteración de jurisprudencia, puede consultarse el mismo criterio plasmado en mi artículo citado en la nota anterior.

la Constitución o en los tratados internacionales en la materia, no solo en el ámbito contencioso-administrativo, sino también en el momento de la casación, en el ámbito agrario, laboral o directamente contra las leyes. El amparo contra actos administrativos, leyes o actos jurisdiccionales procesales o extraprocesales se identifica con el nombre de *amparo indirecto.*

El amparo judicial mexicano para la protección de los derechos fundamentales es instaurado por el recurrente ante las jurisdicciones, las cuales son exclusivamente competentes para resolver el litigio constitucional. El sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal es toda autoridad pública, y el objeto del procedimiento es evaluar la constitucionalidad de un acto administrativo que ha causado daño o amenaza los derechos fundamentales del recurrente, garantizando a este último la protección urgente e inmediata de su situación particular afectada, mediante medidas cautelares provisionales que resultan procedentes antes de emitir la decisión judicial.

El activismo judicial mexicano se manifiesta en las medidas provisionales que pueden ser decretadas en el proceso aun antes de culminar; estas medidas son innominadas con efecto declarativo o constitutivo. Generalmente consisten en la suspensión de un acto administrativo que tempranamente se estima inconstitucional con indudable certeza, no solo por su contenido sino por sus implicaciones directas en los derechos fundamentales que pueden resultar vulnerados o amenazados.

Según la reciente interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al tenor literal del artículo 107 de la Constitución mexicana:

> […] basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.
>
> […] dicho análisis debe realizarse sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto solo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información.[9]

Es importante señalar que en el proceso de amparo contra el acto inconstitucional del poder público se asegura el control constitucional, al igual que la medida de urgencia que decrete el juez para proteger el derecho vulnerado o evitar un mayor agravio, la cual puede consistir en la "anticipación de la tutela", generalmente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional mexicanas.

En México, las medidas provisionales incluidas en providencias cautelares son fundamentales para la protección constitucional y se conciben fundamentalmente para

[9] Véanse los comentarios de Gumesindo García Morelos: "La suspensión del acto reclamado en el proceso de amparo mexicano y la anticipación de la tutela". El autor manifiesta que la jurisprudencia reconoce la evaluación provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* t. VII, 2008.

evitar la consumación de lesiones de los derechos fundamentales por las autoridades. Así se preserva la causa del litigio mientras se restituye al recurrente el goce efectivo de sus derechos.

Las medidas provisionales de urgencia en los procesos constitucionales de amparo no requieren plena prueba, sino que basta una simple aproximación de certeza para aseverar la inminente violación de un determinado derecho.

En México las medidas provisionales no excluyen el control de constitucionalidad del acto administrativo inconstitucional, a diferencia del sistema colombiano, en el cual el carácter subsidiario de la tutela impera con el fin de evitar que el mecanismo reemplace otras vías jurisdiccionales como, en el caso de especie, la jurisdicción contencioso-administrativa.

La medida provisional de la inaplicación de una norma inconstitucional[10] o de un acto administrativo en un caso concreto, como existe en el sistema colombiano de protección de derechos fundamentales a través de la tutela, podría ceder ante la declaración general de inconstitucionalidad. En este tema, constitucionalistas como Héctor Fix Zamudio se han pronunciado varias veces a propósito de los efectos generales del recurso de amparo[11] como iniciativa de reforma, y en el ordenamiento mexicano solo puede declararse la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales en el transcurso de un proceso de amparo cuando existan tres pronunciamientos uniformes al respecto.

Siguiendo al doctor Fix Zamudio, la declaración general de inconstitucionalidad no debería ser excepcional, y en la mayoría de los recursos contra las leyes deberían mantenerse los efectos relativos de la decisión. En efecto, no solo debe beneficiarse de una decisión de amparo el recurrente en el caso concreto, sino también quienes puedan ser igualmente afectados por una ley o por un acto administrativo en aplicación de dicha ley inconstitucional.

En España existe la figura de la *autocuestión de constitucionalidad,* prevista en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conocida por los constitucionalistas como *amparo contra leyes.* No se trata de un recurso directo contra la ley, sino de una revisión indirecta de esta que opera de oficio por el juzgador constitucional cuando el actor manifiesta que un acto administrativo en aplicación de dicha ley lo afecta directamente.

Las mencionadas figuras en México y en España, a pesar de las discusiones doctrinales que generan, aceptan la inaplicación provisional del acto del poder público cuestionado sin prescindir de su control constitucional. No sucede lo mismo en Colombia, donde la tutela preserva aun en este caso su estricta connotación subjetiva, su énfasis en el análisis real del caso concreto y no del acto normativo.

Para concluir el tema específico, debería pensarse en una interacción de tipos de razonamiento; esto es, en una mezcla de elementos objetivos y subjetivos donde se analicen las circunstancias específicas del caso concreto así como los actos administrativos

[10] Decreto 2591 de 1991, artículos 7 y 8.

[11] Héctor Fix-Zamudio: "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* n.os 10-11, México, enero-agosto de 1971, pp. 53-98.

que afectan directamente al individuo. En este aspecto de la vulneración específica radicaría el interés legítimo del lesionado para actuar en justicia, no solo cuando sus derechos fundamentales consagrados en normas jurídicas han sido injustificadamente vulnerados por las autoridades públicas, sino igualmente cuando estas afectan las situaciones concretas o específicas reconocidas en el ordenamiento jurídico.

### 3.3. La alternativa de la acción de tutela como mecanismo de protección individual en la situación de hecho y como recurso directo contra las sentencias judiciales

El conflicto de competencias entre las altas cortes puede suscitarse cuando los parámetros decisionales son contrapuestos o existe inseguridad jurídica. Este problema aparece frecuentemente en los sistemas difusos total o parcialmente, en los cuales la interpretación general u obligatoria de un solo juez es discutida. Es importante analizar en qué casos la interpretación de la Corte Constitucional en sus sentencias podría obligar a otros jueces.

Para el caso colombiano, es claro que el control abstracto de constitucionalidad de las leyes produce efectos generales y la decisión es obligatoria erga omnes. No sucede lo mismo cuando se trata de procesos instaurados por acciones de tutela, a pesar de las opiniones adversas y las fuertes controversias en la doctrina.

Por regla general, la jurisprudencia constitucional solo podrá reemplazar la norma legal como fuente primaria de derecho cuando el juzgador constitucional obre en calidad de legislador negativo para purgar el ordenamiento jurídico y ajustarlo a la Carta.

Según he manifestado en mi reciente artículo sobre el proceso de acción de tutela instaurado contra sentencias judiciales,[12] en Colombia los criterios de interpretación desarrollados por las diferentes jurisdicciones pueden intersecarse, y la decisión de la Corte Constitucional en un solo caso concreto difícilmente puede extenderse con efectos generales. En los casos concretos, la decisión constitucional tiende a perder uniformidad y fuerza vinculante cuando no todos los jueces se ajustan a los criterios enfáticos de la Corte Constitucional, obedeciendo a las tradiciones formalistas del derecho. Para estos efectos, la uniformidad de líneas jurisprudenciales —como si Colombia fuese exclusivamente un sistema de derecho anglosajón, basado en la *common law* o costumbre judicial, en la cual los jueces ordinarios deben reiterar las decisiones judiciales similares en casos concretos— no sería la única vía adecuada para garantizar la total eficacia en la protección de los derechos fundamentales ni la completa seguridad jurídica, en un sistema mixto de justicia constitucional igualmente influido por las tesis del control concentrado originadas en Europa continental.

Es necesario complementar la filosofía americana de la solución vinculante para cada caso concreto con el control concentrado de constitucionalidad del derecho objetivo, para que las altas cortes cesen de cuestionar la legitimidad de la Corte Constitucional. En otras palabras, el mecanismo para proteger los derechos fundamentales a iniciativa

[12] Bernal Cano: o. cit.

de un individuo no solo tiene una función subjetiva en el caso de especie, sino una función objetiva para garantizar la corrección, la preservación y la protección del ordenamiento jurídico. Si los recursos individuales como la acción de tutela se emplean siempre con esta doble connotación, la interpretación de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales sería sin duda obligatoria e incuestionable en caso de conflicto. Esto sucede en los sistemas europeos que contemplan recursos contra los actos de los poderes públicos, como Alemania.

En un sistema constitucional influido por una doble corriente, anglosajona y europea continental, no pueden concebirse mecanismos de justicia constitucional enmarcados en concepciones ideológicas excluyentes o completamente separadas. La solución entonces radica en que ambas corrientes igualmente importantes se relacionen, que exista una intersección de elementos abstractos y concretos provenientes de uno u otro sistema de control constitucional, como ocurre en la Europa contemporánea, donde el dualismo del modelo kelseniano tiende a desaparecer.

La mezcla o fusión procesal como fórmula para fortalecer la protección individual y lograr la legitimidad en las decisiones de la Corte Constitucional, sin que sean cuestionadas por las altas instancias o por los jueces ordinarios, radica en que la protección concreta del derecho fundamental de la persona no se separa de los elementos o propiedades del control abstracto normativo. De esta manera, la reiteración jurisprudencial no sería la única técnica de razonamiento judicial para proferir una decisión.

De otra parte, para afianzar la argumentación, el fenómeno de la mezcla procesal ya ha sido reconocido por la doctrina a partir de la observación de procedimientos mixtos o atípicos que resultan de la articulación de los controles abstracto y concreto. Para estos efectos, es pertinente tener en cuenta los estudios de Mauro Cappelletti, Giancarlo Rolla, Lucio Pegoraro, Francisco Fernández Segado, Albrecht Weber y Constance Grewe, que inspiraron mis últimos trabajos de investigación en derecho comparado.[13]

En el proceso de tutela contra sentencias judiciales no solo se controlaría la vía de hecho en la actuación procesal, sino también la ley inconstitucional en la cual dicha

[13] Para este interesante tema se pueden consultar los siguientes artículos: Lucio Pegoraro: "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* n.º 6, 2002, pp. 393-416; Constance Grewe: "A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: L'enchevêtrement des contentieux et des procédures", en *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont,* Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266; Mauro Cappelletti: *Le pouvoir des juges,* traducción de René David, Prefacio de Louis Favoreu. Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, col. Droit Public Positif, 1990, p. 181; Francisco Fernández Segado: "La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public,* París: Dalloz, 2004, p. 1086; Albrecht Weber: "Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle,* vol. XIX, 2003, pp. 29 ss.; Natalia Bernal Cano: "Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional en Francia y en Alemania para la protección de los derechos fundamentales", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* n.º 9, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.

sentencia ha sido fundada para que el juez no vuelva a incidir aplicándola en casos similares. Esta figura se denomina en derecho comparado *queja constitucional indirecta contra las leyes inconstitucionales* y funciona en países como Alemania (artículo 95.3 de la ley sobre la Corte Constitucional alemana).

En mi artículo sobre la controversia entre las altas cortes cuando se interpone acción de tutela contra sentencias judiciales,[14] explico el sistema constitucional alemán de protección de los derechos fundamentales a través del recurso individual constitucional. En este orden de ideas, retomo las explicaciones respectivas. En cuanto a las quejas individuales constitucionales directas contra sentencias judiciales, el sistema alemán contempla el siguiente procedimiento previsto en el articulo 93.4 de la Constitución:

> Cualquier persona que se sienta lesionada en sus derechos fundamentales constitucionales consagrados en el artículo 20 inciso 4 o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 por los actos del poder público podrá interponer recurso constitucional *Verfassungsbeschwerde*.

Al respecto, la interpretación es amplia, ya que la jurisprudencia consagra la protección directa de derechos semejantes a aquellos previstos en la Constitución.

En el artículo 90.1 de la Ley sobre la Corte Constitucional se desarrolla el precepto anterior según los mismos lineamientos, y el artículo 1.3 de la Ley Fundamental dispone que los derechos fundamentales vinculan, como derecho inmediatamente aplicable al legislador, al ejecutivo y también a la jurisdicción.

En el sistema alemán, la Corte Constitucional conoce las controversias constitucionales una vez que se han agotado los recursos ordinarios ante la jurisdicción. Al respecto, la Corte no obra en calidad de tribunal de instancia para la revisión de la interpretación de los jueces, pues se supone que esta es ajustada a la Constitución. Sin embargo, cuando dicha interpretación se aparta flagrantemente de los lineamientos de la Corte y con ello viola un derecho constitucional específico, excepcionalmente la Corte revisará los criterios de otros jueces y se impondrá su interpretación conforme a la Constitución como intérprete auténtico. De esta manera se garantiza que los tribunales respeten las normas y los criterios jurisprudenciales relacionados con los derechos fundamentales.

En una sentencia de la Corte Constitucional Federal proferida en 1952 se reitera lo siguiente:

> La configuración del procedimiento, la determinación y apreciación de supuestos de hecho, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso particular, la responsabilidad de los jueces ordinarios, están exentos de revisión por parte de la Corte Constitucional Federal.

Cuando se atenta contra un derecho constitucional especifico mediante la interpretación de los jueces ordinarios o de otras cortes, la intervención de la Corte

[14] Bernal Cano: o. cit., pp. 83-84.

Constitucional dentro del marco del mecanismo de protección de los derechos fundamentales es curativa o de corrección, lo cual indica que la finalidad de este mecanismo procesal no consiste en suplantar los criterios ordinarios de interpretación para imponer o pretender instaurar "el imperio de los jueces constitucionales".

En Colombia y en Alemania, a diferencia de otros sistemas jurídicos como el de Bélgica, debe agotarse la vía jurisdiccional ordinaria antes de acudir a la Corte Constitucional para solicitar la protección de los derechos fundamentales vulnerados mediante la aplicación de sentencias judiciales. A diferencia de Alemania, la Corte Constitucional colombiana agrega por vía jurisprudencial requisitos aún más rigurosos de procedibilidad.

Colombia y Alemania comparten empíricamente el *principio de subsidiariedad* (*Sub sidiaritätgrundzatz*)[15] en materia procesal como requisito de procedibilidad de recursos individuales directos contra sentencias judiciales. En Colombia no se reconoce jurisprudencialmente el término original alemán para este requisito del proceso que consiste en agotar las vías ordinarias antes de llegar a la Corte Constitucional cuando se trata de acciones u omisiones de autoridades públicas o de tutela contra particulares; en esos casos se utiliza el adjetivo *subsidiario* con una connotación diferente, según la cual se busca restringir positivamente el acceso a la Corte Constitucional para garantizar el correcto empleo de la tutela y así asegurar su finalidad auténtica. En este sentido, en Colombia se exige que no exista otro mecanismo de defensa judicial; en ello consiste la connotación subsidiaria del proceso, que se aparta de la noción original alemana.

En el sistema constitucional alemán, siempre contra cualquier acto del poder público, el recurso individual es subsidiario porque exige agotar todas las vías y mecanismos ordinarios antes de llegar a la Corte Constitucional como requisito de filtro. Esta exigencia no opera solo para el procedimiento contra sentencias judiciales, como ocurre en Colombia. Mientras que en Alemania se exige agotar las vías ordinarias para dejar lo exclusivamente constitucional a la Corte Federal, en Colombia se excluye todo tipo de proceso ordinario y se deja la tutela como mecanismo específico de defensa y protección de derechos cuando se trata de violaciones causadas por particulares o autoridades públicas según los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución.

En Alemania el criterio jurisprudencial que define el *principio de subsidiariedad* consiste en demostrar claramente una división de competencias entre los jueces que no solo opera a propósito de recursos directos contra sentencias, sino contra todos los actos generales y concretos de los poderes públicos. La Corte Constitucional no opera en calidad de tribunal de instancia: "Das BverfG ist im Verfassungsbeschwerdeverfahr en auch nicht ProzeBgericht. Sie ist ein letzter und subsidiärer Rechtsbehelf" (BverfGE 18, 315 [325], 49, 252 [258], 68, 376 [379.*f*]).

Cuando el actor agota todas las vías procesales para restablecer sus derechos vulnerados, se depura de esta manera el proceso de circunstancias de hecho o de aspectos

[15] Daniel O'Sullivan: *Neue Entwicklungen bei der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, 15 de julio del 2005, pp. 881-887. Véase también Jutta Limbach: "Función y significado del recurso constitucional en Alemania", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* n.º 3, 2000, pp. 68-89.

no relacionados con la competencia de la Corte Constitucional. En este sentido, la alta instancia solo se encargará de resolver asuntos con relevancia y pertinencia constitucional. Lógicamente la carga argumentativa es mayor en todas las instancias cuando se trata de cuestionar una ley. No sucede lo mismo cuando se trata de otros casos y el actor debe esgrimir argumentos fácticos ante las vías ordinarias y solo argumentos constitucionales ante la Corte Constitucional.

En Colombia no se concibe una segregación de competencias constitucionales y legales entre jueces constitucionales y ordinarios cuando hablamos de acciones de tutela en casos distintos a los procedimientos contra sentencias judiciales. La subsidiariedad es el término para definir la naturaleza jurídica del procedimiento, ante la ausencia de otro mecanismo para restablecer el derecho que ha sido injustificadamente vulnerado. En el presente caso, la subsidiariedad es un término ligado a la especificidad del procedimiento, cuya finalidad principal no consiste en reemplazar las vías ordinarias. En Alemania no se trata tampoco de crear un proceso alterno que reemplace los procedimientos ordinarios, se trata de complementar los recursos de protección. Si después de agotar todas las instancias judiciales no se logra una solución, entonces la Corte Constitucional adquiere la competencia para el caso porque la naturaleza de los asuntos respectivos se divide sin causar colisiones entre las diferentes jurisdicciones.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional, sin previa regulación legal sobre la revisión de sentencias judiciales emitidas en procesos de tutela, se acerca a la Ley Fundamental alemana y a la ley sobre la Corte Constitucional Federal, donde el principio de subsidiariedad se encuentra al definir el carácter del recurso directo, no solo contra sentencias, sino también contra leyes generales y abstractas, así como contra actos administrativos de concreción.

A diferencia de Alemania, Colombia no posee una regulación legal exhaustiva de las causales de procedibilidad de la acción de tutela en aspectos relacionados con el requisito de la subsidiariedad o cuando la tutela se interpone contra sentencias judiciales, ni existen en el plano legal características o niveles para definir una vía de hecho, ni la ley exige una violación directa para que pueda emitirse una decisión constitucional en el marco del proceso iniciado por acción de tutela.

De igual manera, la ley no determina el término razonable para interponer la requerida acción, ni se determina legalmente el interés del afectado para actuar en el proceso —esto es, su relación directa con la sentencia que lo afecta de manera grave en sus derechos fundamentales—. Finalmente, la ley no exige la trascendencia constitucional como criterio objetivo para que la tutela contra sentencias judiciales proceda en Colombia. En general estos aspectos contemplados por la actual jurisprudencia deberían regularse para limitar el poder de los jueces constitucionales en la ley que establece el estatuto y las competencias de la Corte Constitucional.

En países como Alemania, la Constitución y la ley sobre las respectivas cortes constitucionales determinan las competencias del juez y regulan los requisitos de procedibilidad de los procesos constitucionales, admitiendo además que con los recursos individuales pueden controlarse indirectamente las leyes inconstitucionales en las cuales se basó el razonamiento judicial que motivó una determinada sentencia.

En Alemania se prevén únicamente dos excepciones al principio de subsidiariedad, contempladas en el artículo 90 de la Ley sobre la Corte Constitucional: debe tratarse de una controversia constitucional de interés general o de un perjuicio cierto que podría causarse al actor en el evento de negarle el acceso directo a la Corte Constitucional en circunstancias de urgencia en las cuales puede sufrir un perjuicio irremediable.

Para probar un interés para actuar en el proceso, la Constitución y la legislación alemana disponen que debe simplemente mencionarse en la demanda que el actor sufrió una lesión en sus derechos fundamentales por un acto de los poderes públicos. Se trata de una afectación directa, cierta, actual y personal, sin que se califique jurisprudencialmente de grave. En este sentido he mencionado los requisitos necesarios para que se recepcione un recurso directo, sin que ellos sean suficientes, en razón de las exigencias y restricciones que existen en el procedimiento legal de admisión de recursos ante la Corte Constitucional que sean relevantes para la evolución del derecho constitucional objetivo.

Comparando los dos ordenamientos, puede apreciarse que en Alemania priman las fuentes formales de derecho, y la ley, conforme a la Constitución, determina las etapas procesales, las exigencias para el actor y las competencias del juzgador. En lugar de la conservación tradicional de decisiones judiciales existe la técnica *des revirements de jurisprudence,* según la cual los razonamientos judiciales pueden alterarse en función de la evolución del derecho constitucional, de las circunstancias de hecho y de la aplicación legal contraria a la Constitución, muy a pesar de que la interpretación respectiva sea constitucional.

En Colombia puede vislumbrarse una ausencia de legislación o de regulación minuciosa en las siguientes materias: las formas y los límites del razonamiento empleado en las respectivas sentencias constitucionales, los criterios de revisión de sentencias de tutela y el sistema adecuado de distribución de competencias entre los jueces.

Haciendo alusión nuevamente a mi artículo sobre el conflicto entre las jurisdicciones,[16] es procedente reiterar que la jurisprudencia constitucional colombiana ha desarrollado ampliamente las causales de vía de hecho para establecer que una sentencia judicial afectó a un individuo y por lo tanto debe ser revisada. Para estos efectos basta recordar las definiciones de vía de hecho por defecto procesal, fáctico o material. La Corte Constitucional también exige una violación directa de la Constitución o de un derecho fundamental, como lo ha declarado la sentencia C-590 del 2005.

Es importante subrayar la relevancia constitucional y el deber de agotar la vía jurisdiccional ordinaria, salvo que la acción se interponga como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables. La correspondiente acción debe interponerse en un término razonable una vez que se notifique la decisión que afectó al actor. La acción de tutela contra sentencia de tutela no está permitida.

En Colombia, la tutela puede operar como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables, y solo en ese caso se puede evitar acudir a otras vías jurisdiccionales ordinarias para efectos de garantizar el acceso directo a la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional exige una correcta argumentación del actor, y la acción u omisión judicial acusados deben tener un efecto sustancial sobre la sentencia respectiva.

[16] Bernal Cano: o. cit

Al respecto la lógica es diferente en los recursos individuales europeos, puesto que la vulneración es siempre consecuencia directa de algún acto de los poderes públicos en las situaciones particulares. Entonces, una curación de la vulneración de la situación afectada en circunstancias de hecho solo podría perfeccionarse corrigiendo de raíz el acto, la ley o la sentencia inconstitucional. En este caso debería pensarse en la anulación aun con efecto retroactivo, con el fin de reparar las situaciones jurídicas afectadas por los vicios del ordenamiento jurídico.

Es impactante el requisito establecido en la sentencia SU 1184 del 2001, según el cual la interpretación del juez ordinario relativa al contenido y el alcance de cláusulas "iusfundamentales" que se aparte totalmente del precedente constitucional da lugar a la procedencia de la acción de tutela. En Alemania solo es objeto de revisión constitucional la decisión judicial del juez ordinario, emitida en procesos contra actos de los poderes públicos, que viole un derecho fundamental específico. Sobre esto se presume que hay una norma jurídica que consagra dicho derecho y ha sido violada, y no una decisión judicial que lo interpreta o desarrolla de manera distinta a la Corte Constitucional.

Debe entenderse entonces que lo reprochable no es la decisión del juez ordinario que se aparte de la decisión constitucional relativa a cláusulas "iusfundamentales", sino la decisión que viole flagrantemente o cambie el contenido de las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En efecto, no puede limitarse la creación del derecho si esta resulta progresiva y fortalece la protección individual, a pesar de que se aparte de los criterios de la Corte en desarrollo de cláusulas "iusfundamentales".

En el caso de la acción de tutela colombiana, la ausencia de control normativo con efecto erga omnes, como elemento del mismo procedimiento para proteger los derechos fundamentales, genera las discusiones en el momento de seguir los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

El fenómeno descrito muestra diferentes problemáticas jurídicas que pueden desbordar el alcance de la tutela, alterar su naturaleza, disminuir su eficacia en el grado de protección individual o limitar el poder creador de los jueces ordinarios que por su legítima autonomía bien pueden apartarse de la técnica de la reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional para fortalecer la protección de los derechos individuales. En este sentido, las razones objetivas y justificadas que debe esgrimir el juzgador de instancia para poder alejarse de las líneas jurisprudenciales no deben interpretarse en sentido estricto, pues se generarían restricciones a la autonomía del juzgador y a su libre razonamiento jurídico. Por lo tanto, solo será legítimo revisar la interpretación del juez ordinario si la Corte Constitucional encuentra violación al interpretar, definir o alterar el alcance de derechos fundamentales o fallas al aplicar e interpretar la Constitución. En ello consiste un elemento derivado del principio de subsidiariedad alemán, que garantiza la división del trabajo entre las jurisdicciones.

Con el control de los actos de los poderes públicos, y no solo de las leyes, se interpretarían conforme a la Constitución, por ejemplo, las sentencias judiciales que aplican las leyes generales en casos concretos, sin provocar choques entre las jurisdicciones.

A la Corte Constitucional le corresponde el control constitucional para el amparo directo de los derechos vulnerados, y a las jurisdicciones ordinarias el examen de los

vicios formales y materiales que afectan el procedimiento ordinario, no solo en su etapa probatoria, sino también en la valoración de los hechos o en la aplicación indebida de la ley. Si el juez ordinario comprueba estas vías de hecho, al juez constitucional no le queda otra alternativa que confirmar lo que ha sido verificado, y solo en caso de errores manifiestos del juez ordinario respecto de la interpretación privativa de la Corte Constitucional, en materia de derechos fundamentales y del principio de jerarquía normativa, la Corte Constitucional revisaría excepcionalmente la actuación judicial.

El artículo 86 de la Constitución colombiana garantiza la tutela del individuo ante la acción y la omisión de autoridades públicas. No se establece explícitamente "contra los actos de los poderes públicos" mediante una exigencia del control de estos conforme a la Constitución. Este aspecto complementaría la corrección de la violación del derecho fundamental en situaciones de hecho y garantizaría en un solo procedimiento la erradicación completa de la anomalía normativa aplicable en numerosas situaciones específicas. Corrigiendo la inconstitucionalidad de la ley que viola directamente un derecho fundamental, o la ley inconstitucional en la cual se basa una sentencia judicial que afecta al particular, se eliminaría la amenaza de violación para todos los casos en que dichos actos sean aplicables.

Para solucionar el problema de las contradicciones entre las diversas interpretaciones de los altos tribunales, puede pensarse igualmente en la regulación legal del efecto general y vinculante que surge de la interpretación asegurada por la Corte Constitucional en temas de su competencia.

Al igual que los recursos individuales para la protección de los derechos fundamentales, es necesario reconocer que la acción de tutela en Colombia tiene una doble función: una función subjetiva para amparar a un individuo en una situación particular y una función objetiva para proteger las normas constitucionales.

En Alemania, el recurso para proteger a los individuos contra los actos de los poderes públicos tiene, en efecto, una función objetiva reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal:

> La función del recurso constitucional no se agota en la protección de los derechos individuales; este tiene igualmente la función de preservar el derecho constitucional objetivo y de servir a su interpretación y perfeccionamiento […]. En este sentido se puede reconocer el recurso constitucional [*Verfassungsbeschwerde*] como medio específico de protección de los derechos subjetivos, al igual que de los derechos constitucionales objetivos.[17]

Dado que los derechos fundamentales tienen una doble connotación, como derechos subjetivos y elementos objetivos del orden jurídico,[18] la protección constitucional

[17] "Die Funktion der Verfassungsbeschwerde erschöpft sich nicht im individuellen Grundrechtsschutz, sie hat auch die Funktion das objecktive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Forbildung zu dienen […]. Insoweit kann die Verfassungsbeschwerde zugleich als spezifisches Rechtsschutzmittel des objectiven Verfassungsrechts bezeichnet werden."

[18] Solozábal Echavarría: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos,* n.º 71, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, enero-

no puede ser completa si está desprovista de mecanismos de control o incidencia en la escala normativa, en los cuales el juez constitucional verifique la conformidad de normas subordinadas a la Constitución.

En Colombia serían convenientes las medidas o técnicas de objetivación reguladas en la ley para fortalecer los efectos de la tutela y lograr que la intervención de la Corte Constitucional sea obligatoria para todos los jueces cuando estos infringen la Constitución. Esto solo se logrará si en el examen de circunstancias fácticas del proceso se incorpora un examen del origen o la causa de la violación del derecho fundamental evocado por el tutelante afectado. Dicho examen solo puede tener lugar a través del control de constitucionalidad de una norma general y abstracta que regule la situación alegada por el afectado, o por lo menos le sea aplicable.

En conclusión, con el control de constitucionalidad de la misma ley o simultáneamente de sus actos de concreción —llámense actos administrativos o sentencias judiciales— efectuado por la Corte Constitucional se evita la propagación de los efectos de aplicación de dichos actos de los poderes públicos inconstitucionales, en los cuales generalmente se basan las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o los abusos de los particulares en ejecución de un servicio público o en una situación en que la víctima se encuentre en indefensión o subordinación.

Las anteriores ideas tienen por objeto imaginar una nueva concepción de la acción de tutela en Colombia aún más favorable al individuo frente a los efectos inconstitucionales del poder público. Sin lugar a dudas, la protección subjetiva en el caso concreto es ya eficaz; solo bastaría preguntarnos hasta dónde pueden llegar los jueces constitucionales en la solución de los casos concretos si toman como base otras formas de razonamiento o aun las experiencias de otros sistemas jurídicos utilizando como herramienta el derecho comparado.

---

marzo de 1991, p. 88. Robert Alexy, en su "teoría de los derechos fundamentales", explica la influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. El autor analiza como problema jurídico la decisión correcta desde el punto de vista del fundamento racional de los derechos fundamentales. Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales,* traducción de E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Los derechos fundamentales son elementos normativos del ordenamiento jurídico objetivo (*objektive Grundsatznormen*) y de las decisiones axiológicas. (*Wertenstscheidungen*). Véanse las explicaciones de Francisco Fernández Segado sobre el tema: "La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales en la doctrina constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 39, Madrid, setiembre-diciembre de 1993.

"Les droits fondamentaux constituent aujourd'hui, dans tous les ordres juridiques, des normes de référence suprêmes qui tendent à gouverner la production et l'interprétation des règles dans l'ensemble des domaines du droit." David Capitant: *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, París: LGDJ, 2001.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 239-260, ISSN 1510-4974

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor* y Rubén Sánchez Gil (México)****

# Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana

## RESUMEN

**Los efectos de cosa juzgada y precedente de las resoluciones dictadas en procedimientos de control constitucional de normas generales en México no han ocupado la atención de la doctrina más que para una consideración general y superficial, pero es necesario profundizar en su estudio para reconocer y explicarnos la incidencia práctica de las diferentes sentencias de los jueces mexicanos. A ese objetivo pretende contribuir este trabajo. Dada la complejidad del tema, se aborda exclusivamente desde la perspectiva de la acción de inconstitucionalidad como enfoque paradigmático del problema, en atención a las peculiaridades de este proceso y las dificultades que plantea.**

**Palabras clave: proceso constitucional, acción de inconstitucionalidad, tribunales constitucionales, cosa juzgada, sentencia normativa, precedente judicial, constitución política, México.**

## ZU SAMMENFASSUNG

**Die Wirkung der Rechtskraft und des Präzedenzcharakters der Entscheidungen von Normenkontrollverfahren ist in Mexiko in der Rechtslehre über allgemeine, oberflächliche Betrachtungen hinaus nicht näher untersucht worden. Eine eingehendere Betrachtung ist jedoch notwendig, um die praktischen Auswirkungen der von den mexikanischen Richtern ausgesprochenen Urteile verstehen und erklären zu können. Hierzu möchte die vorliegende Arbeit beitragen. Angesichts seiner Vielschichtigkeit wird im Rahmen der Betrachtung des Themas ausschliesslich auf den paradigmatischen Fall der Normenkontrolle und der mit ihr verbundenen Prozessbesonderheiten und Schwierigkeiten eingegangen.**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsprozess, Verfassungsklage, Verfassungsgerichte, rechtskräftig entschiedene Angelegenheit, normierende Rechtsprechung, Präzedenzentscheidung, Verfassung, Mexiko.**

---

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la misma universidad. ‹eferrerm@servidor.unam.mx›

** Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. ‹rasg75@hotmail.com›

**ABSTRACT**

**The impact of res judicata and precedents of resolutions born in constitutional control procedures related to general rules in Mexico have not been focused by legal writings beyond general and superficial consideration. However, an in-depth study is necessary to recognize and explain the practical implications of the different judgments of Mexican judges. Such is the aim of this paper. Given its complexity, the issue is dealt with exclusively considering unconstitutionality plea as a paradigmatic approach to the issue, considering its singularity and difficulty.**

**Keywords: Constitutional process, unconstitutionality plea, constitutional courts, res judicata, rule-setting judgment, court precedent, political constitution, Mexico.**

## 1. Introducción

La *cosa juzgada* constituye un concepto frecuentemente usado sin medir sus alcances y el cual en derecho público tiene particularidades que deben atenderse.[1] En general es una categoría procesal consistente en "un vínculo de naturaleza jurídico-público que obliga a los jueces a *no fallar de nuevo lo ya decidido*";[2] tiene eficacia *directa* cuando la nueva controversia es exactamente igual a la resuelta con anterioridad, y *refleja* cuando "las *partes* del segundo proceso hayan quedado vinculadas con la sentencia ejecutoriada del primero" y en este "se haya hecho un pronunciamiento […] necesario para sustentar jurídicamente la decisión de fondo del objeto del conflicto [ulterior]".[3]

La cosa juzgada constitucional es el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad o firmeza que adquieren las sentencias constitucionales;[4] no es propiamente un efecto de la sentencia constitucional, sino una cualidad que pueden adquirir esos efectos. Este atributo resulta distinto si se trata de una sentencia constitucional dictada en un sistema difuso o concentrado.[5]

---

[1] Véase Francisco Balaguer Callejón et al.: *Derecho constitucional*, Madrid: Tecnos, vol. I, 1999, p. 243.

[2] Juan Montero Aroca et al.: *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 14.ª ed., 2005, p. 121.

[3] "Cosa juzgada. Elementos para su eficacia refleja", Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2002*, tesis S3EL 039/2002, p. 361 (cursivas añadidas). Consideramos aplicable este criterio porque sintetiza las posiciones respecto de ambas cualidades de la cosa juzgada, y además se acuñó en un proceso de derecho público y no privado como la mayoría de las tesis que se refieren a este concepto —y ocasionalmente, sin decirlo expresamente, la Corte se apoya en criterios de tribunales de menor rango aunque no esté vinculada a ellos.

[4] Seguimos la definición genérica de Cipriano Gómez Lara: *Derecho procesal civil*, México: Oxford, 2.ª imp. de la 7.ª ed., 2007, p. 156.

[5] Cf. Osvaldo Alfredo Gozaíni: "Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México: Porrúa-IIDPC, n.º 8, julio-diciembre del 2007, pp. 189-217.

Tradicionalmente se suele distinguir entre cosa juzgada *formal* y *material.* La autoridad de cosa juzgada se produce cuando una sentencia definitiva se convierte en firme, esto es, que no existen medios para poder impugnarla o bien transcurrió el plazo para instarlos. En realidad, dejando un margen de reserva para casos insólitos, la gran mayoría de las sentencias de los tribunales constitucionales adquieren calidad de *cosa juzgada formal y material*, en la medida en que resultan firmes por inimpugnables; sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que la decisión sea sujeta a revisión ante instancias supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[6]

También se distingue entre la cosa juzgada constitucional *absoluta*, *relativa* o *aparente*. En el primer supuesto, el tribunal constitucional debe haber analizado desde todas las perspectivas posibles la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal suerte que agotó el análisis de las eventuales razones que pudieran expresarse para afirmar la inconstitucionalidad de la norma. En cambio, la *cosa juzgada relativa* se produce cuando el órgano constitucional se limita al análisis preciso de ciertos planteamientos de inconstitucionalidad sin hacer una valoración completa y exhaustiva de todas las razones y aspectos que eventualmente pudieran llevar a la inconstitucionalidad de la norma. La *cosa juzgada aparente*, como su nombre lo indica, sucede cuando *en apariencia* el tribunal decidió previamente sobre la constitucionalidad de la norma, aunque no existen consideraciones en la sentencia. Se trata en realidad de una incongruencia del fallo, debido a que en la parte resolutiva hay un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma, pero no contiene motivación alguna sobre el particular, es decir, no se estudió el problema de su conformidad o no con la ley fundamental.[7]

En cambio, como veremos en el epígrafe correspondiente, el *precedente constitucional,* y en general el *precedente,* es una creación del sistema jurídico anglosajón (*common law*) que paulatinamente se ha incorporado en la práctica de los tribunales constitucionales —los cuales en apabullante mayoría pertenecen a la tradición romanista—. Consiste en una decisión —y más bien los motivos que la apoyan— que se toma como modelo para resolver un caso ajeno al cual resolvió, por la semejanza que existe entre sus elementos esenciales. Aunque es muy similar a la figura de la *cosa juzgada,* ambas se distinguen en que la última es "la resolución definitiva y permanente de los derechos y obligaciones de las partes contendientes" y el precedente es solamente un criterio que sirve de principio para resolver un caso diferente, con la condición de que le resulte aplicable por su semejanza, conforme al principio de igualdad, que no implica prejuzgar el caso sub judice. En este sentido, resulta trascendente la adhesión de los jueces posteriores o de inferior jerarquía al anterior criterio que los vincula por la fuerza del principio *stare decisis*.[8]

---

[6] Cf. Humberto Nogueira Alcalá: "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México: Porrúa, n.º 2, julio-diciembre del 2004, pp. 76-78.

[7] Ibídem, pp. 73-76.

[8] Cf. Óscar Rabasa: *El derecho angloamericano*, México: Porrúa, 1982, pp. 546-548; Karl Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 2.ª ed., 2001, p. 429; Karla Pérez Portilla: *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México: UNAM-CONAPRED, 2005, p. 70; Diego Eduardo López Medina: *El derecho de los jueces*, Bogotá:

## 2. Efectos de cosa juzgada de las resoluciones en acción de inconstitucionalidad

### 2.1. Resoluciones estimatorias calificadas

Las sentencias estimatorias calificadas que establecen la invalidez de una norma, al momento de surtir sus efectos,[9] únicamente pueden ser *cosa juzgada de eficacia inmediata y directa,* sin que puedan tenerla refleja ya que tienen consecuencias generales que no se limitan al órgano legislativo "demandado" ni a sus promoventes —cuya esfera jurídica propia ni siquiera está inmediatamente en juego—: la expulsión del ordenamiento de la norma jurídica de que se trate, que con irrestricta eficacia incide en este sistema y por lo tanto en la esfera de cualquier persona que le esté sujeta.[10] El carácter de cosa juzgada de estas resoluciones proviene de su irrevocabilidad: contra ellas no procede recurso alguno.[11]

La eficacia de cosa juzgada de esta clase de resoluciones acota las facultades del órgano legislativo: este tiene la *obligación de no expedir nuevamente el texto invalidado* para evitar que se burle la resolución dictada, se minen el Estado de derecho y la autoridad del máximo tribunal:

> El Poder Legislativo al emitir una nueva norma, no actúa con autonomía plena por cuanto atañe al aspecto juzgado y declarado inválido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con efectos generales. Está en libertad de crear nuevos supuestos jurídicos, pero los efectos generales de la sentencia le impiden válidamente reiterar un texto con el contenido que fue declarado inconstitucional, porque ello implicaría el desacato de la sentencia y un ataque frontal al Estado de Derecho y a la cultura de constitucionalidad.[12]

---

Legis-Uniandes, 2002, p. 118, y Ana Laura Magaloni: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: McGraw Hill, 2001, pássim; e "Igualdad. Límites a este principio", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XX, octubre del 2004, tesis 1.ª /J. 81/2004, p. 99.

[9] Lo que acontecerá en el momento dispuesto por la Suprema Corte. Véanse los artículos 73 y 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional (LR 105), y "Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XXVI, diciembre del 2007, tesis P./J. 84/2007, p. 777.

[10] Y todas aquellas cuya validez dependa de la norma que fue objeto de un pronunciamiento específico de la Corte, sin importar su jerarquía. Véase "Acción de inconstitucionalidad. Extensión de los efectos de la declaración de invalidez de una norma general a otras que, aunque no hayan sido impugnadas, sean dependientes de aquella", Pleno, ídem, 9.ª época, t. XXIII, febrero del 2006, tesis P./J. 32/2006, p. 1169.

[11] Véase "Reclamación. Es improcedente ese recurso contra las ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversia constitucional", Segunda Sala, ídem, 9.ª época, t. XII, agosto del 2000, tesis 2.ª XCI/2000, p. 372.

[12] Pleno, acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acums. (recurso de queja), *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de marzo del 2004, 2.ª sección, con. II, pp. 44-45 (cursivas añadidas al texto transcrito).

De esta manera, para el caso de la expedición reiterativa de la disposición invalidada, las partes de la acción de inconstitucionalidad, en principio y aparentemente, tendrían a su disposición el recurso de queja[13] o la posibilidad de instar una nueva acción de inconstitucionalidad.[14] Pudiera pensarse que es optativa la viabilidad de ambas, puesto que, al señalar el último criterio de que *puede* iniciarse una nueva acción de inconstitucionalidad contra la reiteración de una norma invalidada en acción de inconstitucionalidad, no impone que tal *deba* ser la única vía para impugnar la inobservancia de una resolución estimatoria calificada de la Suprema Corte.

Sin embargo, de un análisis cuidadoso de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 5/2004 (y su acumulada 7/2004), que dio origen a la referida jurisprudencia 27/2004, se advierte que no versó acerca de si alternativamente procedía o no el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, a lo que se refiere la diversa tesis jurisprudencial 15/2004 que avala la procedencia de dicho recurso; por lo tanto, aquel criterio resulta inaplicable para el caso de incumplimiento de una ejecutoria de la Corte. En el primer asunto mencionado se desestimó una causal de improcedencia que hicieron valer las partes demandadas (órgano legislativo y ejecutivo locales) proponiendo el consentimiento de la norma y la consecuente extemporaneidad de la demanda, con el argumento de la falta de impugnación del texto anterior a la reforma, reiterado en esta, dado que el legislador repitió un texto legal anterior que no había sido objeto de invalidación constitucional. El máximo tribunal estimó que se estaba en presencia de un acto legislativo distinto formal y materialmente a los anteriores, por lo que podía ser impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad como si se tratara de una norma de reciente creación. Como puede apreciarse, en esta ejecutoria no se analizó la debida ejecución de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, sino una causal de improcedencia relativa al consentimiento de la norma.

En estas condiciones, el criterio jurisprudencial actualmente establecido por la Corte respecto a cómo oponerse al desacato de una sentencia de acción de inconstitucionalidad es que la vía procesal idónea es *el recurso de queja por exceso o defecto en el cumplimiento de esa resolución*, como se desprende de la referida tesis jurisprudencial 15/2004, derivada del recurso de queja 37/2001 y sus acumulados, resuelto por mayoría de ocho votos.[15]

---

[13] Derivada del asunto citado en la nota inmediata anterior: "Acción de inconstitucionalidad. Procede el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en ese medio de control constitucional", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XIX, marzo del 2004, tesis P./J. 15/2004, p. 956.

[14] "Acción de inconstitucionalidad. La reforma o adición a una norma general autoriza su impugnación a través de este medio de control constitucional, aun cuando se reproduzca íntegramente la disposición anterior, ya que se trata de un nuevo acto legislativo", Pleno, ídem, 9.ª época, t. XIX, mayo del 2004, tesis P./J. 27/2004, p. 1155.

[15] En contra se pronunciaron los ministros Góngora Pimentel y Gudiño Pelayo. El último formuló un interesante voto particular en el cual sostiene esencialmente que resulta improcedente el recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad, al considerar que la expulsión a que da lugar una sentencia estimatoria calificada es de carácter absoluto y de realización instantánea, que sus efectos operan por ministerio de la propia sentencia y que no admite graduaciones o términos medios; según este juzgador constitucional, la propia naturaleza de la acción de inconstitucionalidad

Parece evidente que las sentencias de acción de inconstitucionalidad tienen (o pueden) tener ejecución, como se desprende de la parte final del artículo 105 constitucional, que establece: "En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución".[16] Esto significa que el propio texto constitucional, al prever la posibilidad del incumplimiento de la sentencia que establece la invalidez de la norma, regula una garantía sancionatoria (separación de la autoridad y consignación penal). Diferente cuestión es el escepticismo que se tenga frente a tal regulación sobre el cumplimiento de ejecutorias, considerando la dificultad para llevarlo a cabo al ser los responsables en este procedimiento el Ejecutivo federal o local, o los integrantes de un órgano legislativo; pero aunque sea un caso extremo, lo prevé el ordenamiento constitucional.

En este sentido, las sentencias dictadas en la acción de inconstitucionalidad pueden ser incumplidas o cumplidas incorrectamente (defecto o exceso), no solo cuando se trate de ciertas sentencias atípicas que suponen un actuar del órgano legislativo para emitir una norma o hacerlo con determinados parámetros señalados en la sentencia, sino también en el caso típico de las tradicionales resoluciones de invalidez de la norma impugnada. Por ejemplo, cuando en el propio fallo se ordene la ejecución de acciones positivas que pueden ser omitidas al no publicarse la sentencia de la Corte en los correspondientes medios oficiales de difusión, o se haga de manera incompleta, y principalmente la repetición (idéntica o esencial) del texto de la norma que se invalidó.

Ahora bien, como señalamos, la resolución estimatoria calificada que decide sobre la invalidez de una norma produce *autoridad de cosa juzgada.* Esto significa que adquiere la calidad de firme e irrevocable, al no existir medios de impugnación domésticos que puedan modificar el sentido del fallo —ya vimos que, prácticamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede *revisar* estas sentencias, aunque sujeta a ciertos parámetros—. De esta suerte, ante el incumplimiento del fallo no queda abierta la posibilidad de una nueva acción de inconstitucionalidad debido a que se desconocería lo decidido previamente con calidad de cosa juzgada, sino la vía ulterior pero

---

explica por qué la ley reglamentaria no prevé el recurso de queja para este proceso, generalmente consagrado en los ordenamientos para combatir el defectuoso o excesivo cumplimiento de una resolución o cualquier otro recurso para los casos en mención: el legislador no lo consideró necesario, porque el carácter anulatorio de la sentencia estimatoria precisamente lo hace innecesario y hasta exorbitante; un supuesto diferente es el de las controversias constitucionales, pues dadas sus características de procedencia y la diversidad de las materias impugnables en ellas, una sentencia estimatoria de esta última clase puede tener alcances y efectos muy diversos, determinables solo casuísticamente, y de ahí que para que el bien logrado cumplimiento de la ejecutoria resulte no solo conveniente y legal precisar en qué consistirán dichos efectos, sino también que en esa medida se podrá determinar lo correcto o defectuoso de su cumplimiento.

[16] Los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional que regula el juicio de amparo se refieren a la ejecución forzosa de la sentencia de este proceso. Como es ampliamente sabido, las medidas para lo anterior pueden ir desde un simple apercibimiento de la Suprema Corte y el otorgamiento de un plazo perentorio para el cumplimiento de la sentencia, hasta la separación y consignación penal de la autoridad de que se trate, sin olvidar la posibilidad del "cumplimiento sustituto" de la ejecutoria a través de una indemnización.

interna a este procedimiento judicial del recurso de queja. No debe pasar inadvertido que los efectos en la acción de inconstitucionalidad son generales, lo que implica que obliga a todos lo resuelto y decidido en cosa juzgada, sobre todo al órgano legislativo demandado.

Estimamos, por consiguiente, acertada la decisión del Tribunal Constitucional mexicano de admitir la procedencia del recurso de queja debido a que este medio de impugnación (no del sentido del fallo sino de su ejecución), como señala la propia sentencia, constituye un *punto estructural para el cumplimiento efectivo de la sentencia invalidante con efectos generales, dictada en la acción de inconstitucionalidad, necesaria para conseguir el pleno respeto a la ley fundamental*. Para la importancia de la procedencia de este recurso, considérese que una resolución estimatoria calificada en acción de inconstitucionalidad puede no limitarse a invalidar una norma, sino también a proveer directrices de acción positiva al legislador que pueden satisfacerse en una medida desproporcionada, como precisamente sucedió con la ejecutoria de la referida acción de inconstitucionalidad 37/2001.

En este sentido, queda claro que este tipo de resolución vincula al propio órgano legislativo que expidió la norma invalidada, no solo porque los efectos son generales y no relativos, sino incluso por haber tenido la calidad de *parte* en el procedimiento seguido ante la Suprema Corte, habiendo podido defender la validez de su acto y formular los alegatos correspondientes (artículos 64 y 67 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional [LR 105]). Los efectos vinculantes al órgano legislativo constituyen un criterio enfático de la resolución de la Corte, que en la parte medular señala:

> Cuando este Alto Tribunal dicta una sentencia invalidante en la acción de inconstitucionalidad, y declara la expulsión del sistema jurídico de un supuesto normativo, está dictando una sentencia definitiva que interpreta a la Constitución federal y que debe ser respetada por el Poder Legislativo.[17]

Para el caso de que la reiteración de una disposición invalidada en acción de inconstitucionalidad afecte a un particular por su sola vigencia, dicho sujeto podría acudir inmediatamente al *juicio de amparo* dirigiendo su demanda contra un formalmente "nuevo" acto legislativo.[18] También es factible que una autoridad administrativa o judicial haga caso omiso —culposa o dolosamente— de la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aplique en perjuicio de un particular la norma invalidada por dicha resolución; en tal caso, en nuestra opinión, se daría una *violación directa a la Constitución* por la inobservancia de la ejecutoria del máximo tribunal que tiene

[17] Acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acums. (recurso de queja), cit., nota 12, con. II, p. 44.

[18] Véase "Leyes, amparo contra. Cuando se reforma una ley declarada inconstitucional o se sustituye por una de contenido similar o igual, procede un nuevo juicio por tratarse de un acto legislativo distinto", Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 313, p. 369.

fundamento constitucional, y no solo una cuestión de mera legalidad —la simple aplicación de una norma "derogada" (lo que también podría ser directamente inconstitucional, pero el tema es discutible e irrelevante ahora)—,[19] la cual haría inmediatamente procedente el juicio de amparo y eliminaría la necesidad de agotar recursos ordinarios incluso si se trata de resoluciones jurisdiccionales, aunque en este supuesto el agraviado deberá actuar con *extrema precaución* debido a que los juzgadores de primera instancia de amparo suelen rechazar este tipo de demandas, conforme a la tradición de que "siempre" opera el principio de definitividad cuando se reclaman actos procesales.[20]

## 2.2. Resoluciones estimatorias no calificadas

Aunque una mayoría de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (seis o siete) establezca la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por no contar con la votación que exige la Constitución (ocho o más), estas resoluciones[21] estimatorias que carecen de tal votación calificada no la invalidarán, así que la acción respectiva deberá desestimarse y archivarse el asunto como señala el artículo 72 de la LR 105.[22]

La "desestimación" que sigue a estas resoluciones no es propiamente tal, entendida como una declaración jurisdiccional de que los conceptos de invalidez son infundados y que confirme la validez de la norma; en realidad se trata de una *improcedencia* de la acción al existir un impedimento procesal insubsanable, en cuanto al específico acto legal de que se trate —o sea, la disposición precisamente impugnada y los relacionados íntimamente con él, y no de otros que admitan un estudio independiente—, que da lugar al sobreseimiento de la acción procesal ejercida. Las figuras de la improcedencia y el sobreseimiento son muy conocidas en el juicio de amparo, cuya elaboración doctrinal y jurisprudencial nos ayudará a explicar lo anterior, pues tanto él como la acción de inconstitucionalidad pertenecen a un mismo sistema de derecho procesal (este ejercicio también es ocasionalmente realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al apoyarse en precedentes establecidos en amparo para resolver controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, y viceversa inclusive).[23]

---

[19] Supra, nota 12.

[20] Véanse "Recursos ordinarios. No es necesario agotarlos cuando únicamente se aducen violaciones directas a la Constitución", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 371, p. 317; "Definitividad. Las excepciones a este principio son de aplicación estricta", Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XXIII, marzo del 2006, tesis VI.2.º.C. J/260, p. 1816, y "Definitividad. Este principio del juicio de amparo debe cumplirse aun ante la reclamación de actos que revistan una ejecución irreparable", Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ídem, 9.ª época, t. XXVI, agosto del 2007, tesis I.3.º.C. J/39, p. 1214.

[21] Estas no constituyen propiamente una *resolución* porque la Suprema Corte como tal en realidad *nada decide*, y tampoco se trata de una *sentencia* en sentido material; pero démosles tal nombre a fin de no hacer más compleja la situación de las sentencias constitucionales.

[22] Que a la letra dispone: "Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto".

[23] Así como la teoría general del proceso halló rasgos y elementos comunes a las diversas jurisdicciones especializadas, el derecho procesal constitucional trata de sistematizar categorías y

La "improcedencia" de la acción procesal[24] consiste en la inviabilidad de que se ejerza el derecho de instar a los tribunales o siga tramitándose la instancia previamente realizada, debido a la *inexistencia de uno de sus elementos o la imposibilidad jurídica de que se realice el fin que está llamado a cumplir* —desde cobrar un pagaré hasta invalidar generalmente una ley—,[25] [26] y su actualización da lugar al sobreseimiento del proceso.[27]

Como lo ha definido la jurisprudencia de amparo, el sobreseimiento a que da lugar una causal de improcedencia —entre otras hipótesis— tiene el efecto de que no se estudie el fondo del asunto (conceptos de invalidez o argumentos contra el acto impugnado), ni haya pronunciamiento jurisdiccional que decida si este es conforme a la Constitución o no, por lo que las cosas se mantienen como estaban antes de la presentación de la demanda.[28] Por lo tanto, al no dar solución a la litis, la resolución (auto) de sobreseimiento generalmente no tiene carácter de cosa juzgada sobre la validez del acto, a menos que se hubiera establecido su *inatacabilidad* porque se atendieron "razones

---

elementos básicos a los diversos procesos que tienen por objeto reparar las violaciones a la ley fundamental, partiendo de la idea de que la constitucional es *una sola jurisdicción especializada* (por su común denominador en la Constitución), aunque sea ejercida por diversos órganos y vías procesales, y variadas modalidades. Como consecuencia, incluso en México algunos han visto la formación de un "sistema procesal constitucional mexicano" —al menos incipiente—, que se asienta sobre bases comunes a los procesos que lo integran (principalmente: juicio de amparo, controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad), la primera de las cuales es que todos tienden a la reparación judicial de violaciones constitucionales. Cf. Héctor Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro: FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 45-47; Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, pp. 15-16; Juventino V. Castro: "Las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 5.ª ed., 2006, t. I, pp. 949 y ss.; César Astudillo: "El sistema mexicano de justicia constitucional. Notas para su definición, a 10 años de la reforma constitucional de 1994", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México: Porrúa-IIDPC, n.º 4, julio-diciembre del 2005, pp. 31-32, y Rubén Sánchez Gil: "La disyuntiva en la defensa constitucional de las entidades públicas: ¿controversia constitucional o juicio de amparo?", en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México: t. LVII, n.º 248, julio-diciembre del 2007, pp. 307-309.

[24] Esta figura no solo puede realizarse en el derecho público —en el que ciertamente es más frecuente, por la complejidad de sus procesos—, sino también en el privado. Véase "Acción. Su improcedencia y la no justificación de sus elementos, son conceptos diversos", Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XX, octubre del 2004, tesis VI.2.º.C. J/245, p. 1921.

[25] Cf. Romeo León Orantes: *El juicio de amparo (Ensayo doctrinal)*, México: Superación, 1941, p. 70, e Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, México: Porrúa, 33.ª ed., 1997, pp. 445-447.

[26] Dichos elementos del derecho de acción son: sujetos, causa y objeto (fin). Por ejemplo: si el actor no estuviera legitimado para iniciar el proceso, faltaría un elemento esencial de la acción respectiva (sujeto activo) y esta sería improcedente, por lo que se debería sobreseer el proceso. Lo mismo acontecería si la finalidad de la acción ejercida no pudiera material o jurídicamente lograrse, porque también la actividad procesal sería innecesaria, y asimismo improcedente y sobreseído el proceso. Cf. Burgoa: o. cit., nota 25, pp. 317-324, y José Chiovenda: *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, México: Cárdenas, 1989, t. I, p. 36.

[27] Artículos 59 y 20, fracciones II y III, de la LR 105.

[28] "Sobreseimiento", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 502, p. 332, y "Sobreseimiento. No permite entrar al estudio de las cuestiones de fondo", Segunda Sala, ídem, t. VI, tesis 509, p. 335.

o circunstancias que ha[cen] inejercitable la acción […] de modo absoluto, […] pues estas situaciones no pueden ser desconocidas en un nuevo juicio [constitucional]".[29]

Con las resoluciones estimatorias no calificadas sucede que la regularidad de la disposición secundaria es puesta a juicio de la Suprema Corte y la mayoría de sus integrantes la encuentran violatoria de la ley fundamental; pero el número de ministros de esta opinión *no es el suficiente para que la acción de inconstitucionalidad cumpla su objeto*: invalidar con efectos generales la norma impugnada. Al ser jurídicamente imposible a ese proceso cumplir su fin, porque ninguna utilidad práctica tendría, no podría darse su tramitación ulterior, o sea, la *expresión en la sentencia de la opinión de la mayoría no calificada* sobre la situación constitucional de la norma que se impugnó, y la *resolución jurisdiccional con efectos invalidantes*. Como se aprecia, la insuficiente votación de los ministros de la Corte que en estas condiciones lleva a la *desestimación* práctica de la acción de inconstitucionalidad, es ipso facto una *resolución de improcedencia*, equivalente a la que puede suscitarse en el juicio de amparo y a cuyo sobreseimiento da lugar, aunque solo en lo que se refiera a la específica norma respecto de la cual no hubo mayoría calificada en la decisión sobre su inconstitucionalidad, y no respecto de toda la acción integralmente considerada; en otros términos: el concepto de invalidez deviene inoperante, figura afín a la improcedencia.[30]

---

[29] "Sobreseimiento. No tiene el alcance de sentencia ejecutoria", Segunda Sala, *Informe de 1964*, p. 181, y "Cosa juzgada. Improcedencia de amparo (fracción iv del artículo 73 de la ley de amparo) contra actos objeto de juicio sobreseído que no pueden reclamarse de nuevo", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 132, p. 108.

[30] En realidad el tema posee múltiples matices porque en la práctica, tanto en la acción de inconstitucionalidad como en la controversia constitucional —y a veces el juicio de amparo—, son impugnadas diversas (quizá muchas) disposiciones y contra cada una de ellas pueden dirigirse varios conceptos de invalidez. Cuando referimos la improcedencia de la acción en estos casos y el sobreseimiento consecuente con ella, nos situamos en la hipótesis teórica y meramente didáctica de que el único o todos los argumentos contra cada disposición impugnada han sido objeto de una "resolución" estimatoria no calificada, y la Corte no advirtió algún otro en suplencia de la demanda respectiva. Lo frecuente es que, de los múltiples conceptos de invalidez expresados en la acción de inconstitucionalidad contra una misma o diferentes disposiciones impugnadas, algunos se estimen con votación calificada o se desestimen, y otros sean objeto de una resolución estimatoria no calificada; mientras en los primeros casos se cumpliría el objeto de la acción de inconstitucionalidad y se resolvería jurisdiccionalmente sobre la materia de los argumentos respectivos, en el último el concepto de invalidez sería *inoperante* —por ineficaz, inepto o intrascendente—, calidad similar a la improcedencia, por lo que en términos coloquiales equivaldría a la *improcedencia del argumento,* y por economía en el proyecto o la sentencia respectivos no cabría una resolución jurisdiccional sobre ellos y solo se indicaría la obviedad de la votación estimatoria no calificada, o en su caso aparente y textualmente se analizaría solo el argumento exitoso dirigido contra la norma impugnada y que bastaría para declarar su invalidez. Finalmente, corroborando en alguna medida lo anterior, procediendo a ello la Suprema Corte admitió que los conceptos de invalidez en controversia constitucional pueden ser declarados *inoperantes.* Véanse "Acción de inconstitucionalidad. Estudio innecesario de conceptos de invalidez", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, XIX, junio del 2004, tesis P./J. 37/2004, p. 863; "Conceptos de violación inoperantes. Lo son en amparo directo si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de juicio de amparo indirecto, se actualizaría alguna causal de improcedencia", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 141, p. 177; Arturo Serrano Robles: "El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo", en Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Manual del juicio de amparo*,

Esta *desestimación* o *declaración de improcedencia* tiene la consecuencia de que no exista un pronunciamiento de la Corte como tal sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada, o sea, con efectos de *decir el derecho constitucional* sobre el problema planteado, porque simplemente no está decidiendo la cuestión sometida a su análisis. Como todo órgano del Estado mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación solo puede hacer lo que la ley (constitucional y ordinaria) le permite, y sus decisiones únicamente serán válidas con el quórum de votación indicado por las normas que le disciernen sus facultades.[31] De no cumplir con él y por venerable que sea, la opinión de sus integrantes *no será una decisión jurídica de un órgano de poder estatal ni representará un acto de la voluntad de este;* los ministros *personifican* a la Corte solo cuando actúan dentro de las atribuciones que les otorga la ley.[32] Lo anterior explica por qué la motivación de las resoluciones estimatorias no calificadas en acción de inconstitucionalidad no se incluyan en el cuerpo de la sentencia respectiva, sino acaso en un excepcional y paradójico *voto particular de mayoría,* ni de ella derive un precedente sistematizado,[33] y este acotamiento de la Suprema Corte guarda por lo menos similitud con la práctica de evadir cuestiones constitucionales (*to avoid constitutional issues*) que mantiene la jurisprudencia norteamericana como elemento esencial de su doctrina de autorrestricción judicial (*judicial self-restraint*).[34]

Aunque sin detenerse a considerar todo lo anterior, la propia Suprema Corte ha interpretado de la siguiente manera el fenómeno de la resolución estimatoria no calificada:

> Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, solo se dará la declaración plenaria de la insubsistencia de la acción *sin ningún respaldo de tesis jurídica* ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en

---

México: Themis, 2.ª ed., 1996, pp. 144-145, y Pleno, controversia constitucional 6/2007, *Diario Oficial de la Federación*, México: 1.º de agosto del 2008, con. VI, p. 48.

[31] Artículos 7.º y 17 de la LOPJF.

[32] Es factible aunque excepcional, como en la facultad de investigación prevista en el artículo 97 constitucional, que un solo ministro u otros servidores públicos actúen en nombre de la Suprema Corte, mas por supuesto solo cuando la ley lo permita. Véanse Cf. José Ramón Cossío Díaz: *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Porrúa-UNAM, 1992, pp. 20-24, y "Comisión investigadora designada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El amparo promovido contra el acuerdo suscrito por uno de sus integrantes por el que requiere la presencia del quejoso para que declare en torno a la investigación encomendada, es manifiesta e indudablemente improcedente", Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XXVI, agosto del 2007, tesis I.7.º.P.8 K, p. 1600.

[33] "Acción de inconstitucionalidad. En el caso de una resolución mayoritaria en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que no sea aprobada por la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el artículo 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución Federal, la declaratoria de que se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto debe hacerse en un punto resolutivo", Pleno, ídem, 9.ª época, t. XV, febrero del 2002, tesis P./J. 15/2002, p. 419.

[34] Sobre el tema véase Ronald D. Rotunda y John E. Nowak: *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, St. Paul (Minn.): West, 3.ª ed., 1999, vol. 5, pp. 245-247.

> cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los Ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión.[35]

Sentado lo anterior, podemos concluir, en primer término, que una resolución estimatoria no calificada de ninguna manera implica una decisión jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de la norma a que se refiera: esta sigue siendo tan válida como lo habría sido de no presentarse la demanda de acción de inconstitucionalidad, porque nunca ha pasado el tamiz de una resolución judicial de fondo. Como en tales circunstancias no hubo un pronunciamiento del máximo tribunal que confirme su validez,[36] *no existe una decisión jurisdiccional que afirme la legitimidad de su pertenencia al sistema jurídico.* Caso distinto constituye la resolución desestimatoria en que sí existe decisión jurisdiccional propiamente dicha en los términos ya precisados, en la que el órgano estatal competente para ello, actuando en las circunstancias jurídicas que le permiten ejercer plenamente sus atribuciones, sostiene su validez y determina mantenerla en el ordenamiento, aunque con ciertas particularidades que trataremos adelante.

La siguiente cuestión es si esta resolución estimatoria no calificada tiene efectos de cosa juzgada. Como vimos, esta categoría implica que la Corte como tal no decidió si la norma impugnada es válida o no, sino que, al *desestimar* la acción por no contar la opinión de sus ministros con los votos necesarios para tener efectos de pronunciamiento jurisdiccional, determina —técnicamente— su improcedencia y sobreseimiento en sentido material, aunque se les dé otra denominación.[37] Esta *desestimación* o *sobreseimiento* no significa que sus efectos —mantener la vigencia de la disposición de que se trate— carezcan de fuerza de cosa juzgada; al igual que otro tipo de resoluciones en la acción de inconstitucionalidad, las que ahora nos ocupan son *irrevocables* y nunca más podrá analizarse en acción de inconstitucionalidad la validez de ese mismo acto, en los términos ya señalados con anterioridad: las partes legitimadas activamente

---

[35] Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero del 2002, p. 119 (cursivas añadidas).

[36] A nuestro parecer, cuando la Suprema Corte habla de una "constitucionalidad a la que implícitamente se llega", no indica haber resuelto de alguna manera que los conceptos de invalidez son infundados, sino más bien quiere decir que *en términos prácticos* se desestima la acción y se sostiene (mientras tanto) la regularidad de la norma impugnada; ello no solo porque no reparó en los aspectos técnicos tan sutiles que hemos señalado, sino porque a eso apunta su indicada "ausencia de argumentos jurídicos […] que *respalden y fortalezcan* lo establecido por la legislatura", que no tendría sentido en una consideración diferente a la que ofrecemos.

[37] Como ya indicamos, el supuesto habitual es que se desestime el concepto de invalidez relativo a una muy precisa disposición impugnada, de manera que una resolución estimatoria no calificada produce la "inoperancia" de ese argumento, y nunca en la práctica —aunque teóricamente sea posible— el sobreseimiento general del proceso. Véase supra, nota 30.

en ella —aparte de lo relativo a preclusión del plazo respectivo— no podrán iniciar este procedimiento contra la misma norma formalmente entendida.[38] A la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se le sometió la cuestión por esta vía procesal y no pudo concluir sobre su inconstitucionalidad con el consenso requerido, y sería contrario a la seguridad jurídica —que impulsa la figura de la cosa juzgada— que pudiera una y otra vez sometérsele una misma cuestión.

En términos más sencillos: aunque no hubiera fenecido el plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación de la norma de que se trate —algo ya muy improbable— para promover una nueva acción de inconstitucionalidad contra una *misma norma formal y materialmente entendida* que fue objeto de similar proceso que concluyó con una resolución estimatoria no calificada, de ninguna manera podría iniciarse una nueva acción de inconstitucionalidad contra ella, porque se daría una causal de improcedencia basada en la fuerza de cosa juzgada que adquirió la primera ejecutoria (artículos 19, fracción VI, 59 y 60 de la LR 105). No obstante, lo anterior no impediría la reclamación de la norma por otra vía procesal (controversia constitucional o juicio de amparo) que inicien partes ajenas a la acción de inconstitucionalidad resuelta, sobre todo cuando se funde en un primer acto de aplicación, dado que la ejecutoria dictada no tendría efecto de cosa juzgada para ellas.

## 2.3. Resoluciones desestimatorias (no) calificadas

Dado que son irrevocables y sí contienen un pronunciamiento judicial de fondo, las resoluciones desestimatorias (sean por mayoría simple o calificadas) asimismo producen normalmente *efectos de cosa juzgada*, conforme a los artículos 19, fracción IV, y 59 de la LR 105 y los artículos 356 y 357 del Código Federal de Procedimientos Civiles—. Sin embargo, hay que tener en cuenta ciertos aspectos que matizan la aplicación de esta figura y la hacen muy diferente —de una calidad casi meramente conceptual, sin repercusión práctica— de las que tiene en otros procesos.

Sería jurídicamente imposible que se diera una nueva confrontación entre las mismas partes —no necesariamente los mismos legisladores, pero sí una minoría legislativa—[39] en que se haga valer la eficacia directa de esta cosa juzgada, no solo por

[38] Puesto que si por alguna razón dicha regulación vuelve a expedirse en diferente contexto normativo, procedería la acción de inconstitucionalidad y, de acuerdo con las circunstancias que entonces priven (nueva composición de la Corte, cambios de criterios jurisprudenciales, etcétera), es factible que se alcance la mayoría calificada necesaria para invalidarla. Cf. supra, nota 14, y "Acción de inconstitucionalidad. El cambio de la identificación numérica de una norma general no constituye un nuevo acto legislativo para efectos de su impugnación a través de aquel medio de control constitucional", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XXVI, diciembre del 2007, tesis P./J. 96/2007, p. 742.

[39] Joaquín Brage Camazano (*La acción de inconstitucionalidad*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 232, n. 492) habla de que la "cosa juzgada" en acción de inconstitucionalidad se da cuando hay identidad de objeto y causa (la misma norma y los mismos conceptos de invalidez); pero alude a las resoluciones de la acción de inconstitucionalidad de manera general, sin reparar en sus particularidades; además, del contexto de su afirmación se desprende que más bien se refiere a las resoluciones estimatorias calificadas. Por lo anterior, seguimos la clásica formulación de los elementos de la cosa juzgada como identidad de partes, objeto y causa.

la causal de improcedencia relacionada con la figura de la cosa juzgada (artículo 19, fracción IV, de la LR 105), sino porque también cuando haya sentencia en el primer asunto ya habría transcurrido con notorio exceso el plazo para iniciar el segundo, y así no se podría tramitar la demanda respectiva ni habría necesidad de hacer valer aquella improcedencia.[40] La misma resolución desestimatoria tampoco podría desplegar eficacia *refleja,* ya que, aparte de la acción de inconstitucionalidad improcedente en estos casos, *no existe vía procesal en que las mismas partes pudieran enfrentarse nuevamente* en razón de las mismas normas (salvo muy excepcionalmente),[41] a diferencia de lo que sucede por ejemplo en litigios mercantiles y civiles que originen diversos procesos interrelacionados de los que conozcan tantos jueces y tribunales, en los cuales sí es relevante esta eficacia refleja.

Sin embargo, ya que *no habría identidad de partes*, una resolución desestimatoria nunca podría valer como cosa juzgada para una controversia constitucional, juicio de amparo o proceso ordinario. En todas estas instancias generalmente postulan sujetos diferentes (un órgano de poder de otro ámbito material y constitucional, o un particular) a las partes de una acción de inconstitucionalidad, a quienes una sentencia que declare infundados los conceptos de invalidez analizados en este proceso no deberá parar perjuicio en su esfera jurídica —sobre todo considerando la garantía de audiencia y debido proceso, previstas en el artículo 14 constitucional—: la ley suprema solo habla de efectos generales para la resolución estimatoria calificada.[42]

Pero cuando se basan en una interpretación conforme a la Constitución, estas resoluciones adquieren particularidades muy complejas, que intentaremos abordar en la última sección de este trabajo.

## 3. Efectos de precedente constitucional

### 3.1. El precedente judicial en México

Como señalamos, el uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el *principio de igualdad en la aplicación de la ley*: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin *burocrático* de mantener la

[40] Artículos 19, fracción VII, y 60 de la LR 105. La extemporaneidad de la demanda es una causal de improcedencia de estudio preferente, no solo por así indicarlo la práctica de la Suprema Corte, sino también con base en el principio de *economía procesal* fundado sobre el artículo 17 constitucional, dado que su inmediata objetividad permite una más eficaz resolución sobre la procedencia de la acción —también así sucede en el juicio de garantías—; véase Rafael Coello Cetina: *El amparo contra leyes tributarias autoaplicativas*, México: Porrúa, 2003, p. 37.

[41] Si acaso, piénsese en la remota y excepcional posibilidad de que el procurador general de la República (o el Ministerio Público Federal) o algún partido político sean partes de un juicio de amparo relativo a la aplicación de la norma previamente impugnada mediante la acción de inconstitucionalidad, en el que se impugnara la constitucionalidad de esta, y en todo caso habría de establecer si no existen personas que no fueron partes en la acción de inconstitucionalidad.

[42] Incluso expresamente en disposiciones legales, esta situación se reconoce en España e Italia. Véanse Balaguer Callejón et al.: o. cit. (nota 1), y Alfonso Celotto: *La Corte Constitucional en Italia*, México: Porrúa-IMDPC, 2005, p. 89.

estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico; por lo tanto, la aplicación a un nuevo caso particular del principio abstracto de resolución que contenga una resolución judicial está condicionado a que existan elementos similares que justifiquen seguirlo.[43] En términos generales, el precedente judicial goza de una *presunción de corrección* como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello.[44]

Existen reglas generales de prevalencia entre los precedentes (sobre todo el relativo a la jerarquía de los tribunales), que no trataremos por ser irrelevantes para nuestro actual estudio; pero, sin perjuicio de ellas, téngase presente que en México distinguimos entre la *jurisprudencia* y la *tesis aislada,* solo la primera de las cuales tiene carácter vinculante, y las últimas, uno *meramente* persuasivo. Aun sin aplicar otro punto de vista que esta última clasificación, es preciso decir que *en México todos los precedentes son (en alguna medida) vinculatorios* si resultan aplicables al caso particular. Por constituir el precedente una *respuesta jurídica presuntamente correcta,* los tribunales deben seguir las *tesis aisladas* —si en el juego argumentativo no entran otros precedentes en contrario—, en tanto carezcan de razón suficiente para apartarse de ellos;[45] la diferencia entre estos y la *jurisprudencia* es que la última tiene que ser seguida por los órganos jurisdiccionales, por su carácter legalmente obligatorio, aunque tengan razones —incluso muy buenas— para apartarse de ellos.[46]

Por otro lado, para que un precedente (jurisprudencial o aislado) sea aplicado no se requiere que esté formulado en una tesis sistematizada (rubro, texto, número, etcétera) o publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* (u otros órganos de difusión conexos): la ley no dice que serán jurisprudencia (o precedente aislado) las *tesis* sino las *resoluciones,* aunque desde luego es mucho más difícil hallar un criterio judicial que no tenga una configuración sistematizada.[47] La incorrecta identificación plena entre *precedente judicial* y *tesis (jurisprudenciales o aisladas)* es lamentablemente tenida por

---

[43] "Jurisprudencia. Su transcripción por los órganos jurisdiccionales en sus resoluciones, puede ser apta para fundarlas y motivarlas, a condición de que se demuestre su aplicación al caso", Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, tesis 44, p. 58, y "Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplicación de la", Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7.ª época, vol. 16, 4.ª parte, p. 19.

[44] Véase Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 4.ª ed., 2001, pp. 337-338.

[45] Aunque la carga de argumentación que recae sobre quien pretende soslayarlos sea una débil garantía para la eficacia del precedente —y debilísima en la práctica—, que aquel deba "solo expresar las razones por las que considera que no debe confirmarse tal criterio", al menos impone un obstáculo a la absoluta arbitrariedad judicial. Véanse "Jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito. Su inobservancia por las autoridades que tienen obligación de acatarla conforme al artículo 193 de la ley de amparo, no conduce necesariamente al otorgamiento de la protección constitucional solicitada", Segundo Tribunal Colegiado del Decimocuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XII, octubre del 2000, tesis XIV.2.º.38 K, p. 1305, y "Jurisprudencia de la corte", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5.ª época, t. XXIII, p. 652.

[46] Artículos 94, párr. 7.º, constitucional; 192 y 193 de la Ley de Amparo, y 177 de la LOPJF.

[47] Véase "Jurisprudencia. Forma en que deben proceder los Tribunales Colegiados de Circuito para verificar la existencia de la sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la falta de tesis formalmente publicada", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XVI, octubre del 2002, tesis 2.ª /J. 107/2002, p. 292.

práctica ortodoxa en nuestro medio, debido a que los operadores jurídicos (justiciables, abogados, jueces, autoridades) habitualmente aplican solo las *tesis* y *jurisprudencias* sistematizadas que plasman únicamente el criterio jurídico y no los hechos derivados del asunto, y olvidan las ejecutorias que atendiendo a los casos particulares realmente crean los precedentes y determinan su debida y precisa aplicación.

## 3.2. Acción de inconstitucionalidad y vigor jurisprudencial

Recordando panorámicamente lo expuesto en secciones previas será más fácil tratar los efectos de los criterios sentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las diferentes resoluciones que emite en la acción de inconstitucionalidad: 1) las resoluciones estimatorias calificadas tienen efectos generales de cosa juzgada e implican un pronunciamiento jurisdiccional sobre la *inconstitucionalidad abstracta* de la norma impugnada, es decir, no en un determinado contexto de aplicación, concreto y específico por definición; 2) las resoluciones estimatorias no calificadas —a las cuales sería más preciso llamar *opiniones,* porque con ellas la Corte como tal nada resuelve—, aunque son cosa juzgada porque hacen inatacable la cuestión por la misma vía procesal, no tienen consecuencias jurídicas y no implican pronunciamiento jurisdiccional sobre el derecho constitucional aplicable al caso, y 3) las desestimatorias, calificadas o no, también tienen efectos de cosa juzgada, mas únicamente para las partes que intervinieron en el proceso y no para otras cuya situación jurídica no afectarán, e igualmente implican un pronunciamiento jurisdiccional que confirma la *validez abstracta* de la norma analizada. Señalado lo anterior, abordemos el caso de los precedentes establecidos en las acciones de inconstitucionalidad.

Es preciso, en primer lugar, tener en cuenta que los artículos 73 y 43 de la LR 105 establecen que las "razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias" de estos procesos[48] serán obligatorias para todos los tribunales del país cuando hayan sido aprobadas por ocho o más de los integrantes de la Suprema Corte.[49] Y lo anterior también tiene efecto incluso cuando no exista un criterio sistematizado, por todo lo dicho anteriormente y porque esos textos legales no hablan de *tesis* sino de las *razones* de los *considerandos* de las sentencias.[50]

---

[48] El carácter jurisprudencial de los criterios que sienta el Pleno de la Suprema Corte en los recursos de reclamación y de queja en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, los corroboró el mismo órgano en el acuerdo 4/1996 (ídem, 9.ª época, t. IV, septiembre de 1996, p. 773).

[49] Véase también el artículo 235 de la LOPJF.

[50] "Jurisprudencia. Tienen ese carácter las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, por lo que son obligatorias para los Tribunales Colegiados de Circuito en términos del acuerdo general 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XIX, marzo del 2004, tesis 1.ª /J. 2/2004, p. 130, y "Acción de inconstitucionalidad. Si en ella se declara la invalidez de normas generales, los órganos jurisdiccionales deben aplicar ese criterio, aun cuando no se haya publicado tesis de jurisprudencia", Segunda Sala, ídem, 9.ª época, t. XXIV, septiembre del 2006, tesis 2.ª /J. 116/2006, p. 213.

Aspecto sumamente importante de la eficacia del criterio sentado en este proceso por la Suprema Corte como precedente (vinculante o meramente persuasivo) es su aplicabilidad a casos futuros, según estos compartan los *elementos esenciales* de aquel en que lo formuló ese tribunal. Como señalamos, la aplicabilidad de un precedente depende de que el nuevo caso sea *suficientemente análogo* al asunto del que derivó.[51] Como en la acción de inconstitucionalidad se estudia de manera *abstracta* la validez de una norma, su aplicación a situaciones *concretas* —como será en cualquier otro proceso (controversia constitucional, amparo y juicios ordinarios)— podría ser improcedente si se distinguieran lo suficiente para escapar de la regla jurisprudencial. Sin embargo, hay que considerar que esta distinción tiene que ser general, y no provenir de la situación específica y contingente de las partes del litigio;[52] lo anterior dificulta mucho alejarse del criterio establecido por la Corte en acción de inconstitucionalidad, aunque no consideramos de antemano que sea imposible.

De acuerdo con lo anterior, es fácil concluir que los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en *resoluciones estimatorias* y *desestimatorias calificadas* son *jurisprudencia vinculante* para los demás tribunales mexicanos, y estos tienen el deber de aplicar el mismo principio de decisión cuando el caso que tengan bajo su decisión sea esencialmente similar al resuelto por aquella, a pesar de que opinen contrariamente a él. En este orden, como las resoluciones *desestimatorias no calificadas* son también pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte, también constituirán jurisprudencia, aunque no serán jurisprudencia obligatoria porque no cuentan con votación suficiente, mas cumplirán la función de precedente que en alguna (mínima) medida vincula a los demás tribunales, dado que en todo caso relativo a la interpretación de la ley fundamental —sobre la que siempre versa la acción de inconstitucionalidad—,[53] aunque no siente jurisprudencia, el criterio de la Suprema Corte es "la opinión jurídica más respetable".[54] Algunas resoluciones desestimatorias no calificadas dan lugar a "tesis aisladas" que orientan la actividad de los tribunales mexicanos y, como señalamos, a nuestro entender vinculan con fuerza de precedente constitucional (si bien no de manera obligatoria) con la posibilidad de que tribunales diferentes a la Corte puedan apartarse de ellos esgrimiendo argumentos nuevos y de mayor alcance.

En situación muy diferente están las que llamamos *resoluciones estimatorias no calificadas.* Como señalamos, estas en realidad *no son decisiones de la Suprema Corte,* sino que implican una declaración de improcedencia o inoperancia que impide un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de uno de los aspectos de la litis del proceso, por lo que la opinión mayoritaria sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada se realiza, si se formula voto, a título particular de los ministros que la sostengan, razón por la cual dichas resoluciones carecen de la fuerza de precedente. Lo

---

[51] Supra, nota 42.

[52] "Leyes. Su inconstitucionalidad depende de circunstancias generales y no de la situación particular del sujeto al que se le aplican", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XXVI, octubre del 2007, tesis 2.ª /J. 182/2007, p. 246.

[53] Brage Camazano: o. cit. (nota 39), p. 171.

[54] "Sentencias de amparo, fuerza obligatoria de las, aunque no sienten jurisprudencia", Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5.ª época, t. LXIX, p. 4087.

anterior se explica sencillamente por el principio *stare decisis* —que designa la fuerza jurídica de los precedentes judiciales—; dicho principio busca satisfacer la igualdad en la aplicación de la ley, y esta en realidad nunca fue aplicada jurisdiccionalmente en este tipo de resoluciones, por lo que no hay razón jurídica que de algún modo (aun mínimamente) haga vinculante la opinión que sostenga la malograda conclusión sobre la invalidez de la norma impugnada. Si acaso, la opinión de la mayoría simple que se inclinó por ella tendría la utilidad de ser un *mero referente* sobre algún tema particular, similar a una opinión doctrinal aunque con la agregada calidad oficial de sus autores. Dado que el criterio mayoritario inhabilitado puede emitirse y objetivarse como *voto mayoritario* —junto con el minoritario—, aunque no tenga efectos vinculantes serviría de una opinión con cierta *autoridad moral* para el sucesivo estudio (procesal o académico) del tema sobre el que versó.[55]

## 4. Interpretación conforme a la Constitución

Es ampliamente sabido que una de las prácticas más arraigadas en la jurisdicción constitucional actual es la de preferir, entre los significados posibles de una disposición, el que observe los mandatos constitucionales a uno que los contravenga, o bien optar por el que otorgue máxima eficacia a los valores y principios de la ley fundamental. En México la jurisprudencia de la Suprema Corte impuso esta modalidad interpretativa, especial aunque no exclusivamente para la acción de inconstitucionalidad.[56]

Pese a que la *interpretación conforme* se incluye formalmente en una motivación (considerando) que de manera expresa adopta una resolución *desestimatoria* validante de la disposición impugnada, hemos de considerar que esta operación jurídica en realidad entraña *dos resoluciones correlativas*: 1) la que ya referimos, y 2) otra tácita o al menos no puesta de relieve que elimina una alternativa de interpretación de ese precepto, por contravenir la ley fundamental. La anterior proposición se funda en dos tesis pilares de la aplicación constitucional de nuestro tiempo: la que distingue entre *disposición* y *norma*, y la que hace consistir a la última en el objeto del control constitucional.

La interpretación jurídica, como ahora se le entiende, es el ejercicio de *traducir* un enunciado que expresa una prescripción general e indeterminada —en alguna medida— a otro formulado en términos precisamente adecuados para *guiar el actuar concreto* en ciertas circunstancias, lo cual desechó el mito de la existencia de normas

[55] Sobre los votos particulares, véase Genaro David Góngora Pimentel: *El voto jurisdiccional y mi disenso en el Máximo Tribunal*, México: Porrúa, 2007.

[56] Por todas véanse "Principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XXVI, julio del 2007, tesis 2.ª XCII/2007, p. 381, e "Interpretación conforme en acciones de inconstitucionalidad, cuando una norma admita varias interpretaciones debe preferirse la compatible con la Constitución", Pleno, ídem, 9.ª época, tomo XXVII, febrero del 2008, p. 1343. Aunque ambos criterios se publicaron como *tesis aisladas,* la jurisprudencia de la Corte los avala porque con votación calificada esta los invocó respectivamente de manera implícita y explícita en la controversia constitucional 22/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio del 2002, 2.ª sección, con. VIII, p. 71, y la acción de inconstitucionalidad 58/2008, ídem, 21 de julio del 2008, 2.ª sección, con. XIII, pp. 86-87.

jurídicas inmanentes a los textos y preexistentes a la interpretación de estos;[57] así, *disposición* es el texto indeterminado sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico, y *norma* el enunciado resultante de esta actividad que concreta la prescripción abstracta de aquella a términos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto; el texto o enunciado es el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición), y el *contenido normativo,* la significación que se le asigna (norma).[58] *El objeto del litigio constitucional son las normas y no las disposiciones legales*, o, más claramente: las posibles interpretaciones de estas.[59] En él se controvierte la validez del texto, pero a través de la eficacia que adquiera por su interpretación, supuestamente transgresora de las normas constitucionales —o sea, del significado que se dé a ese parámetro de control—. Lo que contraviene la Constitución es el significado que se otorgue a la disposición, no su fórmula textual, porque esta no puede tener vida práctica si no es interpretada. Si una disposición admitiera una sola interpretación, la norma correspondiente a esta sería invalidada y por consiguiente también aquella, porque le sería imposible subsistir en el ordenamiento por ser apta para una aplicación constitucionalmente regular; por el contrario, si la disposición admitiera dos (o más) interpretaciones, una conforme y otra(s) contraria(s) a la ley fundamental, el tribunal invalidaría la(s) última(s) y mantendría la primera, afirmándola como única alternativa jurídicamente posible de aplicación de ese texto normativo; así, "el control de la Corte cae sobre las normas, pero incide sobre las disposiciones".[60]

Resulta muy claro que la interpretación conforme a la Constitución decidida en la acción de inconstitucionalidad mexicana (e igualmente en la controversia constitucional que se regula de la misma manera en este rubro) —es decir, las resoluciones estimatoria y desestimatoria que conlleva—, si la avalara una mayoría calificada (ocho o más ministros), en todo aspecto tendría efectos de cosa juzgada que invalidaría con efectos generales la interpretación contraria a la Constitución expulsándola del ordenamiento, e integraría un precedente jurisprudencial que orillaría a los operadores jurídicos —sobre todo los jueces de distrito actuando en juicio de amparo— a seguirla en casos análogos. En sentido contrario, una *situación peculiar y muy relevante* ocurre al desestimarse, sin votación calificada (seis o siete ministros), la impugnación de una disposición legal mediante una interpretación conforme a la Constitución, e intentar establecer los efectos que tendría una *interpretación conforme* adoptada por mayoría no calificada, tanto para establecer si el legislador se halla obligado por ese criterio a no

---

[57] Claudio Luzzati: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán: Giuffrè, 1999, p. 75.

[58] Véase Riccardo Guastini: "La interpretación: objetos, conceptos y teorías" (trad. de Miguel Carbonell), en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.ª ed., México: Porrúa-UNAM, 2003, p. 11; ídem: "Disposizione vs. Norma", en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss.; e ídem: *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milán: Giuffrè, 1993, p. 18.

[59] Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas: *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México: TEPJF, 2006, pp. 100 y 486. "No una norma en sí, sino una de *determinado contenido* se declara válida [o inválida]; este contenido es obtenido por *interpretación*" (hablando de la realizada conforme a la ley fundamental), Christian Pestalozza: *Verfassungsprozeßrecht*, Múnich: C. H. Beck, 3.ª ed., 1991, p. 275 (cursivas añadidas).

[60] Celotto: o. cit. (nota 42)42, p. 63.

reproducir textual o implícitamente la interpretación invalidada por su fuerza de cosa juzgada, como para determinar si otros operadores jurídicos deben seguir la lectura de la Corte porque constituye un precedente constitucional.

Evidentemente las opciones son las siguientes: o la "interpretación conforme" tiene algún efecto a pesar de no contar con votación calificada, o carece de él por la misma razón. A favor de lo último pesa el que toda *interpretación conforme* implica una resolución estimatoria que invalida una (posible) norma jurídica: la resultante de la interpretación rechazada por el tribunal, y de esta suerte se diría que, por pretender invalidar una *norma* —término usado por el último párrafo del artículo 105 constitucional—, debería requerirse dicha votación calificada para que la decisión en tal sentido tuviera algún efecto. La opción contraria estaría apoyada por el argumento de que la Constitución no exige votación calificada para la eliminación de una *norma*[61] —es decir, el rechazo de una interpretación posible de la ley—, sino solo para suprimir el texto de la disposición a que corresponde dadas las trascendentes consecuencias políticas que conlleva por actuar el tribunal como *legislador negativo* frente a una asamblea democrática, y jurídicas por el *vacío legal* que dejaría la invalidez textual. Y dicha votación sería innecesaria en el caso de una sentencia meramente interpretativa, porque desde tiempos de Hamilton y Marshall indicar cuál debe ser el significado de las disposiciones legales es ámbito y deber (*province and duty*) del Poder Judicial,[62] y, como actuaría dentro de sus atribuciones naturales, la Suprema Corte debería operar sin restricciones adicionales y tomar determinaciones eficaces por mayoría simple, como cualquier tribunal.

En este dilema de nada fácil solución nos inclinamos a favor de la primera respuesta, y pensamos que la *interpretación conforme* en acción de inconstitucionalidad —y como ya se dijo también en controversia constitucional— requiere una *votación calificada* para surtir efectos de cosa juzgada y precedente constitucionales (aunque para concluir esto último bastan los términos de la LR 105), atendiendo los argumentos antes expresados a su favor y los siguientes. En la hipótesis a la que dicha opción se refiere, la acción de inconstitucionalidad no logró el objeto primordial y último para el que fue creada: depurar el ordenamiento suprimiendo el texto impugnado,[63] ya que la *interpretación conforme* de la Corte estrictamente sería un *razonamiento* y no una resolución para efectos de este proceso, que sí la es *mantener dentro del ordenamiento*

---

[61] Superando una interpretación literal del referido último párrafo de la fracción II del artículo 105 de la ley fundamental, que no es idónea por sí sola para aplicar el derecho y menos el constitucional. Cf. "Facultades expresas de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. No es requisito indispensable que se establezcan literalmente en la Constitución", Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 216, p. 258.

[62] *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México: FCE, 2000, n.º LXXVIII, p. 332, y *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-178 (1803).

[63] Tal es el fin particular de la acción de inconstitucionalidad; suprimir o inaplicar una "norma" inconstitucional mediante una interpretación conforme a la ley fundamental no solo es facultad de la Suprema Corte, sino deber de todos los operadores jurídicos ordinarios (sobre todo jurisdiccionales y administrativos). Mantener abiertas las facultades de estos, considerando también su ámbito de apreciación de las situaciones concretas que enfrenten —a diferencia de la abstracción de la acción de inconstitucionalidad—, se apoyaría en los principios constitucionales de división de poderes y federal, que también jugarían en esta ponderación.

*el texto dispositivo impugnado*, preferida a su alternativa de expulsarlo de él que indudablemente necesita una mayoría calificada para tener lugar. Puesto que el artículo 43 de la LR 105 dispone que solo de adoptarse por al menos ocho ministros de la Corte pueden los razonamientos interpretativos judiciales en los procesos referidos tener efectos de jurisprudencia vinculante —que en alguna forma son *generales*—, si hipotéticamente una *interpretación conforme* tuviera algún efecto general por erigirse en *cosa juzgada,* produciendo sin tal votación calificada la invalidación de la norma impugnada stricto sensu análogamente a la que se pudo dictar respecto de su correspondiente disposición textual, dicho precepto legal carecería de sentido y plena eficacia[64] porque bastaría una mayoría simple de la Corte para que tal interpretación vinculara a cualquier operador jurídico (no solo a órganos jurisdiccionales), el que siempre habría de seguirla obligatoriamente al aplicar la fórmula legal mantenida en el ordenamiento. *De esta manera se daría a un razonamiento adoptado sin mayoría calificada alcances mayores que los de cualquier jurisprudencia,* cuyo establecimiento sí requiere el importante y determinado consenso de los integrantes de la Corte que representa su mayoría calificada. En pocas palabras, lo anterior puede exponerse así: una mayoría simple que adopte una interpretación conforme, sin la votación legalmente exigida para crear jurisprudencia vinculante, instituiría un criterio de aplicación jurídica de mayor trascendencia que esta.

En cuanto al valor de *precedente* de esta resolución y su motivación —o sea, la interpretación de la Suprema Corte—, como vimos, la votación no calificada que integra el problema planteado no basta para atribuir carácter jurisprudencial a esa decisión y la argumentación que la sostenga y obligue a otros tribunales a seguirla; solo sería una *tesis aislada,* siguiendo los claros términos del artículo 43 de la LR 105.

Resumiendo lo anterior: una resolución desestimatoria no calificada y adoptada por interpretación conforme a la Constitución mantiene *intacto el texto normativo impugnado* y lo tiene por apegado a la ley fundamental, ya que admite la posibilidad de su aplicación constitucionalmente regular, *sin que produzca efectos de cosa juzgada* por cuanto el proceso de acción de inconstitucionalidad (o controversia constitucional) no ha alcanzado su fin último: expulsar dicho texto del ordenamiento jurídico, sin

[64] A pesar de tener carácter ordinario y no constitucional, su peso es sumamente importante en virtud de que, al gozar de una presunción iuris et de iure de conformidad con la ley fundamental, formaría parte de un *bloque de constitucionalidad,* es decir, un conjunto de disposiciones que son consideradas parte material de la Constitución aunque no la integren formalmente. Véase "Controversia constitucional. Es improcedente la impugnación de inconstitucionalidad de los preceptos contenidos en la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, t. XVIII, septiembre del 2003, tesis P./J. 56/2003, p. 1058. Sobre el referido *bloque* véase Arturo Hoyos: "El bloque de constitucionalidad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, 5.ª ed., México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2797-2818; así como los artículos de Edgar Corzo Sosa, Carlos Hakansson Nieto, Humberto Nogueira Alcalá, Humberto Suárez Camacho y Sergio Valls Hernández, que se contienen en el capítulo XI: "Bloque de constitucionalidad" en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.): *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho,* México: UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, XII t., en tomo IV, pp. 749-891.

que le sea jurídicamente posible tener efectos trascendentes a las partes; sin embargo, el razonamiento jurisdiccional en que se basara dicha resolución tendría efectos de precedente persuasivo y constituiría una *tesis aislada* que eventualmente influiría la decisión de casos futuros.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 261-276, ISSN 1510-4974

**Christine Oliveira Peter da Silva* e André Pires Gontijo** (Brasil)**

# O *amicus curiae* no processo constitucional: o papel do "amigo da Corte" na construção do *decision-making* no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos

## RESUMO

**Artigo científico com o escopo de apresentar ao debate acadêmico reflexões sobre a construção do "decision-making" no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. Busca-se iluminar os caminhos teóricos a partir do sentido do processo constitucional proposto pela doutrina de J. J. Gomes Canotilho, bem como promover o estudo do processo constitucional nos aspectos dos procedimentos inerente à Suprema Corte dos Estados Unidos, demonstrando o modelo teórico de institutos utilizados e as novas conformações do *stare decisis* e a participação do *amicus curiae* na influência dos resultados nos julgados, manifestando-se na alteração do comportamento dos magistrados.**

**Palavras-chave: processo constitucional, common law, amicus curiae, interpretação do direito, Estados Unidos.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Mit der vorliegenden wissenschaftlichen Arbeit sollen Überlegungen zur akademischen Debatte über den Entscheidungsprozess des Supreme Court der Vereinigten Staaten beigetragen werden. Ausgehend von J. J. Gomes Canotilhos Ansatz zur Betrachtung der Bedeutung von Verfassungsprozessen dient sie einerseits der theoretischen Vertiefung, regt andererseits aber auch im Rahmen der Betrachtung von Verfassungsprozessen zur Untersuchung der Verfahrensweise des US Supreme Court an, wobei sie das theoretische Modell bezüglich der mitwirkenden Institutionen ebenso darlegt wie die Neufassungen des**

* Mestre e Doutoranda em Direito Público e do Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Líder do grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC (UniCEUB), Diretora Acadêmica e Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. ‹Christine@stf.jus.br›

** Bacharel e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Pesquisador dos Grupos de Pesquisa Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, "Peter Häberle" (IDP) e Internacionalização dos Direitos (UniCEUB/Collège de France), Assessor da Diretoria Acadêmica e Professor do IDP. ‹andre.gontijo@gmail.com›

***stare decisis* und die Auswirkungen des *amicus curiae* auf die Gerichtsentscheidungen, wie sie in einem veränderten Verhalten der Richter zum Ausdruck kommt.**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsprozess, Gewohnheitsrecht, amicus curiae, Rechtsinterpretation, Vereinigte Staaten.**

**ABSTRACT**

**The scope of this paper is aimed at contributing to the academic discussion about the "decision-making" construction in the U.S. Supreme Court. Developed on the basis of J. J. Gomes Canotilho's theory about the meaning of constitutional process, this paper promotes the analysis of the constitutional process associated to the United States Supreme Court, by showing the theoretical model used and new studies on *stare decisis* and the influence of *amicus curiae* on judicial decisions resulting in an alteration of the behavior of judges.**

**Keywords: constitutional process, common law, amicus curiae, statutory interpretation, United States.**

## 1. Introdução

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional, e seu objeto é a temática do *amicus curiae*, focando na sua função de participante do processo constitucional perante a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Nos dias atuais, observa-se que os magistrados ganham força pelo exercício da criação do Direito, em virtude da aplicação das normas do ordenamento jurídico aos diversos fatos concretos (realismo jurídico), cujo movimento é presenciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em razão da interpretação da Constituição e das leis de um sistema *Civil Law* por uma Corte influenciada pelo *Common Law.*[1]

Nesse sentido, é preciso observar os diversos aspectos inerentes a institutos que permitem a participação do cidadão (de forma direta ou indireta) no âmbito do processo constitucional. Entre eles se encontra o "amigo da Corte", mecanismo processual que se caracteriza pela manifestação de órgãos ou entidades (de acordo com a sua representatividade) acerca de determinada matéria que se mostre relevante ao interesse social.

Diante disso, apresenta-se a pergunta-chave dessa pesquisa: Qual o papel do *amicus curiae* no processo constitucional?

Com efeito, como fazer com que o cidadão, em um contexto de sistemas sociais complexos, participe do processo de tomada e de formação da decisão da Corte Constitucional? Há procedimentos legítimos que possibilitem a participação do cidadão no que se pode chamar de processo constitucional? Qual a maneira mais efetiva de se assegurar esta participação?

---

[1] Em especial Antonin Scalia. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

A importância desse estudo consiste na constatação do *amicus curiae* como um dos pontos de abertura no julgamento do processo constitucional, o qual poderá contribuir com sua argumentação para, mediante a discussão a partir de vários pontos de vista, solucionar as controvérsias inseridas no contexto do controle de constitucionalidade das normas, observando-se o método discursivo de abordagem dogmático, não obstante o espaço para momentos dialético-reflexivos.

Assim sendo, o enfrentamento dessas questões está vinculado às discussões no âmbito do grupo de pesquisa interdisciplinar e interinstitucional denominado "Círculo Constitucional", o qual visa debater e compreender os novos rumos do sistema jurídico no contexto da pós-modernidade,[2] em especial os rumos do direito constitucional.

Os objetivos dessa pesquisa consistem em sistematizar e revisar a doutrina estrangeira da teoria do processo constitucional, a fim de compreender os mecanismos da legitimação dos intérpretes pelo procedimento político adequado, demonstrando o papel fundamental do *amicus curiae* no processo de formação da decisão do poder na Jurisdição Constitucional, indicando caminhos e aberturas sistêmicas para concretizar a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Nesse sentido, pretende-se analisar o processo constitucional perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, abordando a possível identificação do amigo da Corte como elemento de decisão na solução dos casos difíceis. Com efeito, acentua-se que o papel do *amicus curiae* está intimamente ligado à sua participação como agente influenciador dos resultados dos julgamentos e à consequência desse papel no comportamento dos juízes perante a opinião pública.[3]

## 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

[2] A expressão pós-modernidade neste contexto quer significar aquilo que ainda está em construção, ou seja, o paradigma indefinido que se nos apresenta para conformação no último quarto do século XX e neste primeiro quarto do século XXI. Os autores resistem à expressão, com alguma razão, tendo em vista que não há univocidade em seu significado. Mas em um contexto de estabelecimento de novos pontos de vista, bem como de novas abordagens, que não se pretendem definitivas, mas destemidas (aberta a críticas) e comprometidas com a realidade circundante, reputo adequado e pertinente, até mesmo imprescindível, o emprego da expressão. (Cf. Christine Oliveira Peter da Silva. "Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle". *Direito Público.* Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02, n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005).

[3] Cf. Joseph D. Kearney. The influency of *amicus curiae* brief s on the Supreme Court, *University of Pennsylvania Law Review*. Penssylvania: University of Pennsylvania, Law School, vol. 148, n. 03, jan. 2000; Paul M. Collins Jr. "Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court Litigation", *Law and Society Review*. Massachusetts: Law and Society Association, vol. 38, n. 04, p. 807-832, 2004.

necessárias do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático (plano jurídico-constitucional).[4]

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.[5]

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 e os direito material e formal concretizados, com certo grau de autonomia em relação à ordem jurídica processual geral.[6]

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 dqueles que conferem direitos fundamentais contrariados pela autoridade pública.[7]

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.[8]

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,[9] fundamentadas em normas constitucionais,[10] que se deduzem perante o Tribunal Constitucional,[11] solicitando um juízo de legitimidade constitucional[12] relativamente a determinados actos normativos".[13]

---

[4] Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 935-936.

[5] Cf. ibidem, p. 939.

[6] Cf. ibidem.

[7] Cf. José Afonso da Silva. "El proceso constitucional". In: Víctor Bazán (org.). *Defensa de la constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003, 753 e 759-760.

[8] Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1043.

[9] Consiste na declaração de vontade da parte com legitimidade processual ativa (cf. ibidem, p. 1044).

[10] Fundamentando, com normas da Constituição, as declarações feitas perante o Tribunal Constitucional (cf. ibidem).

[11] Se refere a autonomia do processo constitucional em feitos principais perante o Tribunal Constitucional (cf. ibidem).

[12] 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. ibidem).

[13] Cf. ibidem, p. 1039 e 1044.

Nessa perspectiva, a autonomia e a especificidade do processo constitucional estão ligadas à idéia de principíos gerais. Assim, Canotilho apresenta um rol exemplificativo, como o princípio do pedido,[14] da instrução,[15] da congruência ou adequação,[16] da individualização[17] e do controle material.[18]

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 consequência remete a uma análise mais adequada da distinção entre questão de fato e questão de direito, além do exame das prognoses legislativas,[19] no sentido de que fatos futuros também podem ser apreciados pela jurisdição.[20]

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*[21] para conseguir garantias efetivas de realização e proteção de seus interesses e direitos fundamentais.[22]

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).[23]

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.[24]

---

[14] 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. ibidem, p. 1045).

[15] Embora não se trate de processo inquisitivo, tal princípio fundamenta a busca da verdade – de ofício – pelo juiz constitucional (cf. ibidem, 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.

[16] A análise da inconstitucionalidade não se restringe ao pedido formulado inicialmente (cf. ibidem, p. 1046-1047).

[17] Observa-se a mitigação desse princípio, em função de uma análise mais abrangente das questões impregnadas com inconstitucionalidade material e formal (cf. ibidem, p. 1047-1048).

[18] 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. ibidem, p. 1048-1049).

[19] Sobre o tema, cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional*: o *controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

[20] Cf. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 5. ed. op. cit., 1991, p. 1042.

[21] Cf. Peter Häberle. *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; Peter Häberle. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

[22] Cf. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. op. cit., p. 935.

[23] Cf. ibidem

[24] Cf. ibidem.

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) em se cuidando 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 essencial se encontra em uma norma de eficácia plena ou contida, pode ser concedido pela prestação jurisdicional mediante a interpretação desses preceitos.[25]

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. O processo constitucional perante a Suprema Corte dos Estados Unidos: apontamentos propedêuticos do *stare decisis* no contexto do *decision-making*

O direito constitucional comparado possui importância vital na sociedade pós-moderna em virtude do múltiplo elenco de possíveis constituições.[26] É por essa razão que se utilizará o quinto método de interpretação constitucional (método juscomparatista) proposto por Peter Häberle,[27] a fim de comparar o conteúdo e a sistemática do processo constitucional na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal.

---

[25] 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), tão pouco 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. Da Silva. op. cit., p. 753 e 754).

[26] Cf. Häberle. *Pluralismo y constitución...*, op. cit., p. 66.

[27] Cf. Peter Häberle. *El Estado constitucional.* Trad. Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. Disponível em: ‹http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14›. Acesso em: 28.07.2006.

Nesse sentido, Vicki Jackson analisa o comportamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação aos sistemas constitucionais comparados. A professora de Georgetown assevera que a Corte deve aprender com o resto do mundo, consultando fontes jurídicas estrangeiras, a fim de tomá-las como auxílio nos seus processos de tomada de decisão.[28]

Nos Estados Unidos, há uma crescente participação de *legal scholars* (pesquisadores jurídicos) no cotidiano da Suprema Corte. Trata-se de advogados, cientistas políticos, antropólogos, psicólogos, criminalistas, historiadores e até matemáticos, que analisam o comportamento judicial da doutrina produzida pelos juízes e o impacto das decisões sobre a sociedade.[29]

Maxwell L. Stearns, ao analisar a escolha social do processo constitucional de (tomada) construção de decisão da Suprema Corte (*social choice analysis of constitutional process Supreme Court decisionmaking*),[30] elabora uma questão a ser respondida pelos estudiosos de Direito e das Cortes: como as Cortes produzem o direito constitucional?[31]

Com efeito, para desenvolver um profundo entendimento sobre o processo constitucional perante a Suprema Corte, é preciso evitar que a teoria da escolha social se torne um risco, pois para entender a doutrina elaborada pelos juízes e iluminada pelo processo constitucional, é preciso compreender a via natural de (tomada) construção da decisão (de forma coletiva) que envolve a escolha social.[32]

Assim, o estudo do processo constitucional necessariamente requer uma análise comparativa de instituições. No âmbito do círculo constitucional promovido pela Constituição dos EUA, gerando discussões entre pesquisadores favoráveis a atribuir a função legislativa (por meio da escolha social) às decisões das Cortes e aqueles que preferem o poder normativo (também mediante a escolha social) apenas no Congresso, Maxwell Stearns apresenta sua visão no sentido de que a escolha social consubstancia uma profunda base normativa para a reconstrução da confiança em muitas instituições (como o Congresso ou a Corte Constitucional), cuja legitimidade está frequentemente sobre ataque.[33]

---

[28] Cf. Vicki Jackson. "Yes please, I'd Love to Talk With You: the court has learned from the rest from the world before. It should continue to do so". *Legal Affairs – the magazine at the intersection of law and life*. Disponível em: ‹http://www.legalaffairs.org/printerfriendly.msp?id=588›. Acesso em: 11.10.2005.

[29] Cf. Maxwell L. Stearns. *Constitutional process*: *a social choice analysis of Supreme Court decisionmaking*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. ix. Prefácio (*foreword*) de Lee Epstein.

[30] A teoria da escolha social (criada em 1785 pelo Marquês de Condorcet) tem seu sentido inicial relacionado ao conteúdo comum presente entre os mais influentes corpos (pessoas ou entidades) da literatura social. É responsável por apreciar a competência do processo de tomada de decisão de entes coletivos em termos de suas habilidades, a fim de assegurar que o critério avaliado por Condorcet irá prevalecer. A despeito dos critérios de Condorcet, Maxwell Stearns assevera que dois grupos de regras institucionais – o resultado de votação em cortes de apelação e a votação plural nas eleições populares – estão envolvidas em uma maneira que contraria o modelo original de Condorcet (cf. Maxwell L. Stearns. *Constitutional process*: *a social choice analysis of Supreme Court decisionmaking*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 45-46).

[31] Cf. ibidem, p. ix. Prefácio(*foreword*) de Lee Epstein.

[32] Cf. ibidem.

[33] Cf. ibidem, 2000, p. 50-53. O próprio Maxwell Stearns apresenta uma crítica a sua posição – elaborada pelos Professores Faber e Frickey – segundo a qual a teoria da escolha social "justifica

O controle de constitucionalidade iniciou sua consolidação na Suprema Corte dos Estados Unidos com a gestão do Juiz Marshall, tendo como marco inicial (sobretudo em razão do consenso dos doutrinadores) o caso *Marbury v. Madison*.[34] Mas foi a partir de *McCullock v. Maryland* que os julgamentos passaram a ter eficácia *erga omnes*, consubstanciando uma herança recebida do sistema *Common Law* da Inglaterra, aperfeiçoando-se o que se tem hoje como *stare decisis*.[35]

O *stare decisis* é uma política jurisprudencial edificada sobre as bases da estabilidade e da previsão, na qual os casos cujo conteúdo seja substancialmente igual tenham decisões não contraditórias.[36] É o que as análises de casos da Suprema Corte dos EUA indicam: elas expõem como o *stare decisis* significa "manter a decisão passada e não perturbar as coisas asseguradas".[37]

Nesse sentido, antes de se chegar ao *stare decisis* propriamente dito, há uma série de etapas responsáveis por construir esse tipo de argumentação. Desse modo, a primeira se refere a quando um caso é análogo, em que se trata das mesmas questões jurídicas, baseadas no mesmo fato relevante. No momento em que o caso análogo for decidido, por maioria de votos, na Corte de última instância da respectiva jurisdição, ter-se-á o precedente. O precedente, por sua vez, se torna vinculante, na medida em que for decidido por uma Corte Recursal (estadual ou federal) e os fatos relevantes em seu texto são semelhantes aos do caso que se apresenta para julgamento.[38]

Com efeito, um exemplo é o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,* em que Maxwell Stearns retrata o estudo sobre o processo de (tomada) construção de decisão de casos individuais, demonstrando como uma doutrina essencial

---

demais"e que sua potencial aplicação nos Tribunais e no Parlamento nos deixa com "nada para aproveitar" (cf. Maxwell L. Stearns. *Constitutional process*: a social choice analysis of Supreme Court decisionmaking. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 64).

[34] Canotilho assevera que qualquer tribunal, ao decidir um caso concreto, está obrigado a fiscalizar se as normas jurídicas aplicadas ao caso são ou não válidas, em função da vinculação do poder judicial à Constituição. Nesse sentido, o juiz Marshall explicou esse pensamento no caso *Marbury v. Madison*: "É, sem dúvida, da competência e dever do Poder judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei, desatendendo à constituição, ou de acordo com a constituição rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a Constituição e não a lei ordinária que há-de regular o caso a que ambos dizem respeito" (cf. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 5. ed. op. cit., p. 982).

[35] Cf. Clóvis Andrade Goulart. "A reclamação no Supremo Tribunal Federal e o efeito vinculante no controle abstrato de constitucionalidade". *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 747, 21.07.2005. Disponível em: ‹http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7053›. Acesso em: 18.04.2006; José Levi Mello do Amaral Júnior. "O controle de constitucionalidade das normas da Alemanha". *Direito & Justiça* (Revista da Faculdade de Direito da PUCRS). Porto Alegre, vol. 21, p. 189-208, 2000, p. 207; Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 45.

[36] Cf. Andrade Goulart. Op. cit.

[37] Cf. Maxwell L. Stearns. Op. cit., p. 17.

[38] Cf. Charles D. Cole. "Precedente judicial – a experiência americana", *Revista do Processo*. São Paulo, n. 92, p. 71-86, out./dez. 1998, p. 79.

para o processo constitucional – o *stare decisis* – pode operar, a fim de suprimir efetivamente os acordos da maioria dos juízes e de investir ostensivamente contra esta desproporcional autoridade sobre a decisão e resultados de casos públicos que venham a prejudicar a liberdade de a minoria judicial se pronunciar.[39]

Nesse aspecto, o *stare decisis* (na linguagem da escolha social) conduz a evolução da doutrina à dependência (*path dependecy*), em que um das consequências necessárias é a potencial contrariedade das preferências da maioria no que diz respeito aos méritos subjacentes em casos que são submetidos ao controle do precedente. Ou seja, o *stare decisis* leva à estabilidade, mas também a doutrina judicial é conduzida à dependência, quebrando com os ciclos de evolução do conteúdo e do argumento.[40]

Assim, Maxwell Stearns questiona o porquê de a Suprema Corte aplicar o *stare decisis*, sendo que os efeitos de seu emprego afetam substancialmente a evolução da doutrina constitucional. O juiz Frank Easterbrook tem afirmado que a dependência causada pelo *stare decisis* constitui um defeito vital no processo de (tomada) construção da decisão constitucional. O próprio Stearns avalia que essa dependência é inevitável (e por esta razão aceitável), pois a aspiração do regime jurídico consiste em produzir uma doutrina constitucional estática.[41]

Salienta-se que o *stare decisis* não é uma regra universal, não sendo aplicado em todos os casos pelas jurisdições romano-germânicas, pois as diferenças entre *civil law* e *common law* não são tão rígidas.[42]

No entanto, o real problema com relação ao *stare decisis* – que é aperfeiçoado por várias justificativas doutrinárias – é o incentivo que o instituto cria entre potenciais litigantes (com suas respectivas ideologias) para tentar influenciar o conteúdo evolutivo da doutrina constitucional, mediante a manipulação crítica e a condução de decisões de importantes casos.[43]

O resultado de votação não é suficiente para limitar o ciclo doutrinário na Suprema Corte. Os litigantes possuem um importante e significativo poder de crítica para conduzir o entendimento de casos jurídicos perante a Suprema Corte. Tal influência consegue modificar o conteúdo do precedente contido no *stare decisis*, tornando-o genérico para aplicação a outros casos.[44]

---

[39] Cf. Stearns. op. cit., p. 16-17. Trata-se de um caso dentre uma longa série de tentativas feitas pela administração republicana do Estado da Pensilvania para a Suprema Corte modificar o entendimento sobre o aborto no caso *Roe* v. *Wade*. Assim, *Casey* representou um dos mais sérios desafios para a elaboração de um conjunto de regulações sobre o aborto para o ordenamento jurídico do Estado da Pensilvania.

[40] Cf. ibidem, p. 23 e 64.

[41] Cf. ibidem, p. 38 e 158-159.

[42] Cf. ibidem, 2000, p. 192.

[43] Cf. Maxwell L. Stearns. *Constitutional process*: a social choice analysis of Supreme Court decisionmaking. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 159. Com efeito, constata-se uma modificação no tratamento do *stare decisis*. A moderna doutrina de resistência compreende melhor esta tentativa de influenciar a decisão como um conjunto de regras fixas que operam em conjunção com *stare decisis* e que aperfeiçoa os efeitos mais danosos de se aderir ao precedente.

[44] Cf. ibidem, p. 171 e 190-191.

## 4. A influência da participação do *amicus curiae* nos processos da Suprema Corte dos Estados Unidos

O processo-base das decisões normativas da Suprema Corte dos EUA quase sempre tem o propósito e o efeito de transferir a autoridade da decisão de uma instituição para outra, e dessa forma justificar algumas vezes resultados que desafiam a efetividade da norma, tendo essa análise implicações significativas para o processo constitucional e para as propostas relatadas acerca da reforma institucional.[45]

Com efeito, a participação do *amicus curiae* tem-se tornado um fenômeno importante no processo de tomada de decisão da Suprema Corte. Muitos pesquisadores e até professores universitários começam a estudar (mesmo que empiricamente) a influência dos *amicus* no resultado dos julgamentos.[46]

A qualidade das pesquisas sobre a participação dos *amicus* pode ser benéfica para os pesquisadores, membros do judiciário e grupos interessados, levando a um melhor entendimento das motivações e dos impactos dos amigos da Corte.[47]

Nesse sentido, Paul M. Collins Jr. realizou uma pesquisa empírica acerca da influência da participação do *amicus* nos processos da Suprema Corte dos EUA. Indaga o pesquisador: por que a participação do *amicus* pode aumentar o êxito no resultado da lide?[48]

No que diz respeito à metodologia e ao desenho de sua pesquisa, Collins possui estatísticas e pesquisas empíricas acerca das possibilidades e dos cenários em que o litigante terá êxito (ou não) na demanda, com a participação de determinadas variáveis, como a mudança de ideologia da Corte (com a alteração dos Ministros), a quantidade de organizações subscritoras, a presença do Solicitor Geral e das agências reguladoras, a qualidade da informação interdisciplinar contida no memorial, a quantidade de processos revertidos e mantidos em relação às instâncias inferiores.[49]

Collins dividiu a sua pesquisa em dois grupos. O primeiro grupo diz respeito à "hipótese dos grupos afetados", em que o *amicus* sinaliza à Corte quantos grupos e indivíduos serão afetados pelo resultado da decisão.[50]

O segundo grupo se refere à "hipótese de conteúdo da informação", na qual a efetividade do *amicus* é mensurada pela qualidade da informação levada à apreciação da Suprema Corte, geralmente contrapondo os argumentos das partes.[51]

Quanto à influência desses grupos no mérito das questões, o primeiro grupo continha informações de cunho legal, político e de ciências sociais trazidas pelas

---

[45] Cf. ibidem, p. 67.

[46] Cf. Joseph D. Kearney. "The influency of *amicus curiae* briefs on the Supreme Court", *University of Pennsylvania Law Review*. Penssylvania: University of Pennsylvania, Law School, vol. 148, n. 03, jan. 2000.

[47] Cf. ibidem, p. 807-832, 2004, p. 829.

[48] Cf. Paul M. Collins Jr. Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S. Supreme Court Litigation. *Law and Society Review*. Massachusetts: Law and Society Association, vol. 38, n. 04, p. 807-832, 2004, p. 807-808.

[49] Cf. ibidem, p. 816-818.

[50] Cf. p. 808.

[51] Cf. ibidem, p. 808.

organizações subscritoras do memorial, cuja quantidade poderia influenciar a decisão da Corte. Já o segundo grupo, por sua vez, se pautava pela qualidade de informações prestadas no memorial (de natureza política, legal e de ciências sociais) para alcançar a efetividade das decisões, não importando a quantidade de organizações presentes.[52]

A Corte, nesse contexto, tem-se interessado não pelo grupo de informações (2º grupo), mas pelo grupo de participantes (1º grupo), principalmente se várias organizações subscreverem e contribuírem com informações relevantes em apenas um memorial, tornando-o um elemento de peso no processo de tomada de decisão.[53]

A Regra n. 37 do Regimento Interno da Suprema Corte regula a participação do *amicus curiae*. Na prática, a Suprema Corte permite a participação ilimitada dos interessados. O principal requisito para o ingresso como amigo da Corte é a autorização das partes. No entanto, mesmo sem essa autorização, o interessado pode peticionar à Corte e explicitar os motivos da não autorização.[54]

Com efeito, representantes do governo federal e estadual não precisam de autorização das partes para ingressarem como *amicus*. Em muitas ocasiões, em razão da natureza da matéria, a Corte convoca a participação de agências reguladoras do governo federal ou do "Solicitor Geral" para ingressarem no processo e prestarem informações.[55]

A pesquisa de Paul Collins pode ser iluminada pelos esforços de pesquisa de Joseph Kearney. Em uma pesquisa semelhante, Kearney analisou três modelos de julgamento (diferentes da teoria da escolha social) e suas implicações para a participação do *amicus*.[56]

O primeiro modelo a ser analisado é o modelo legal (*legal model*), considerado a concepção "oficial" de como a informação (incluindo a prestada pelo *amicus*) influencia os juízes, principalmente quando se leva uma informação nova ao processo.[57]

O segundo modelo, por sua vez, é o voluntarismo judicial (*attitudinal model*), considerado o modelo dominante, usado por cientistas políticos para estudar a Suprema Corte. Trata-se de modelo em que o juiz já tem fixado suas preferências ideológicas, transformando o caso em um conjunto de preferências dos juízes participantes. Dificilmente os juízes irão modificar suas predisposições ideológicas para interagir com seus colegas ou para refletir sobre novas informações que possam adquirir sobre o caso ou com a experiência no âmbito da Suprema Corte. Assim, provavelmente o memorial do *amicus curiae* não surtirá efeito, em função de o magistrado já ter predefinido o seu entendimento de acordo com sua convicção ideológica.[58]

O terceiro (modelo dos grupos de interesse) diz respeito aos juízes que aspiram resolver casos de acordo com os desejos de grupos organizados que possuem um interesse na controvérsia. Os cientistas políticos fazem uma comparação entre os grupos

---

[52] Cf. ibidem, p. 808.
[53] Cf. ibidem, p. 811-812.
[54] Cf. ibidem, p. 809.
[55] Cf. ibidem, p. 809.
[56] Cf. Kearney. Op cit.
[57] Cf. ibidem.
[58] Cf. ibidem.

de interesse que praticam *lobby* nas legislaturas e os grupos de interesse que aspiram a influenciar as decisões judiciais por meio da intervenção como *amicus curiae*.[59]

Diferentemente do voluntarismo judicial, cujo comportamento judicial se posiciona com crenças políticas pessoais, levando-as por meio das decisões judiciais, no modelo de grupos de interesse os juízes aspiram a satisfazer as demandas políticas dos grupos organizados que os procuram. Trata-se aqui, segundo Joseph Kearney, da distinção que ocorre muito na ciência política, entre "ideologia" e o modelo de "grupos de interesse" no comportamento legislativo. No voluntarismo judicial, atende-se a interesses privados. Já no modelo de grupos de interesse, atende-se ao desejo público desse grupo organizado.[60]

A preocupação dos juízes em atender à demanda de grupos organizados perante a Suprema Corte pode ser encarada conforme diversas possibilidades. A primeira se refere à exploração dos juízes de sua imagem pessoal, em razão da possibilidade de reeleição, de ser convidado a conduzir seminários em universidades jurídicas de elite, de receber prêmios honoríficos e de publicar artigos, pois sua reputação como juiz é expandida ao máximo.[61] Isso pode ser apreciado na visão de Collins, que também apresenta explicações sobre o tema, sendo uma delas o fato de os juízes estarem preocupados com o cancelamento, alteração ou não aceitação de suas decisões por parte de seu eleitorado, sendo isso um incentivo para não ficarem estatisticamente longe da opinião pública.[62]

A segunda possibilidade diz respeito ao prestígio e ao poder da Corte como uma instituição. Pesquisadores que estudam o relacionamento entre a Corte e a opinião pública têm percebido que os juízes consideram a Corte como uma instituição política, cuja autoridade depende da deferência e do respeito do público. Consequentemente, alguns juízes modificam sua decisão em função da opinião pública a respeito do tema.[63]

Assim, o interesse pelo modelo dos grupos organizados de *amicus curiae* é evidente, pois tanto para manter a imagem pessoal quanto para assegurar o respeito público à Corte, os juízes precisam de informação sobre a opinião pública, a qual é fornecida (com qualidade e interesse) pelo amigo da Corte. Se os juízes decidem a causa pelo peso da opinão pública, então a quantidade de grupos organizados que subscrevem um memorial de *amicus curiae* serve como um termômetro para ambos os lados.[64]

---

[59] Ibidem.

[60] Ibidem.

[61] Joseph D. Kearney. The influency of amicus curiae brief s on the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*. Penssylvania: University of Pennsylvania, Law School, vol. 148, n. 03, jan. 2000.

[62] Cf. Collins Jr. op. cit. p. 812-813.

[63] Kearney. Op. cit. Esse argumento também é compartilhado por Collins, em que os juízes podem ser influenciados pela opinião pública para assegurar a legitimidade institucional perante a Corte, devendo, portanto, confiar no conselho dos cidadãos para proferir suas decisões (com o reforço do Poder Executivo), pois se os juízes ignoram a visão do público, a Corte poderá perder sua legitimidade institucional e seu suporte (cf. Cf. Collins Jr. op. cit., p. 813).

[64] D. Kearney Jr. Op. cit. Para Collins, se a decisão pender para o litigante que tiver o maior número de *amicus curiae*, isso não significa que os juízes ficaram impressionados com a pressão dos grupos, mas pode significar uma tentativa dos juízes em moldar a opinião pública a favor deles (cf. Collins Jr. op. cit. p. 813).

Cumpre ressaltar que o modelo de controle de constitucionalidade da Suprema Corte dos EUA assemelha-se ao modelo de controle abstrato, pois a situação concreta levada à Suprema Corte é um mero pretexto para se fixar teses jurídicas acerca da interpretação das normas constitucionais. Assim, em razão de um filtro de análise dos casos com relevância jurídica, apenas aqueles que apresentem efetivamente relevância econômica, cultural, social ou jurídica são julgados pelos *Justices* daquela Corte Suprema.[65]

Com efeito, essa posição da Suprema Corte se reflete diretamente no papel dos juízes perante a análise de casos que, muitas das vezes, não exigem apenas que se pronuncie acerca de qual é a norma jurídica aplicável. Há, sim, uma tarefa muito mais árdua, na qual é necessário resolver casos concretos de relevância social, cuja exigência não se limita à legalidade, mas à sua legitimidade no contexto de um Estado Democrático de Direito.[66]

Assim, verifica-se que o sistema de controle de constitucionalidade dos EUA se sustenta em uma delicada linha que separa a segurança jurídica da possibilidade de renovação e oxigenação da leitura da Carta Política, consoante às frequentes exigências surgidas no processo de evolução social.[67]

## 5. Conclusão

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.[68]

O processo constitucional, nesse sentido, está se conformando consoante às exigências impostas pela realidade, propiciando a abertura procedimental ao poder social de entidades e cidadãos, permitindo o acesso deles no processo de tomada de decisão.

O estudo do conteúdo teórico do processo constitucional, associado com suas manifestações nos aspectos dos procedimentos inerentes à Suprema Corte dos Estados Unidos, possibilitou a demonstração do modelo teórico de institutos utilizados, como as novas conformações do *stare decisis* e a participação do *amicus curiae* na influência dos resultados nos julgados, cuja consequência se manifesta na alteração do comportamento dos magistrados.

Com efeito, nessa reflexão pôde-se notar a organização de grupos de interesse em participar ativamente do processo de tomada de decisão, em que a opinião pública, representada muitas vezes pela mídia, acompanhava de perto o comportamento dos juízes. Tal conjectura deve ser analisada e acompanhada no modelo brasileiro, a fim

---

[65] Cf. Christine Oliveira Peter da Silva. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 261.

[66] Cf. ibidem, p. 265.

[67] Cf. René David. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 391.

[68] Cf. Willis Santiago Guerra Filho. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*: *introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

de se verificar o grau de proximidade e até mesmo a efetividade dessa influência no âmbito do processo constitucional brasileiro.

Assim, com o acesso a essa pluralidade de contribuições à interpretação constitucional em permanente diálogo, a Suprema Corte passa a contar com os subsídios técnicos, as implicações político-jurídicas e os elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos intérpretes, contribuindo para a qualidade da prestação jurisdicional e garantindo novas possibilidades de legitimação dos seus julgamentos.

Portanto, as potências públicas e pluralistas integrantes da sociedade aberta de intérpretes não devem apenas reivindicar a concretização da garantia institucional do *amicus curiae*, mas devem zelar pela preservação do instituto, atuando de forma combativa e opinativa nos assuntos de interesse público de toda a sociedade, pois o amigo da Corte representa nos dias atuais um "embrião", que pode florescer e se tornar um forte e saudável "fruto" da sociedade aberta.

## Referências

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

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.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. "*Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*". In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Inacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, p. 44-71, 1993.

Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

— *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

— *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

— *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

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.

Cole, Charles D. "Precedente judicial – a experiência americana". *Revista do Processo*. São Paulo, n. 92, p. 71-86, out./dez. 1998.

Collins JR., Paul M. "Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court Litigation". *Law and Society Review*. Massachusetts: Law and Society Association, vol. 38, n. 04, p. 807-832, 2004.

David, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

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. *Antwort* [resposta]. Mensagem enviada por meio eletrônico [Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de], recebida por [andre.gontijo@gmail.com] em 09.08.2006.

— *El Estado constitucional.* Trad. Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. Disponível em: ‹http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14›. Acesso em: 28.07.2006.

— "El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma". Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

— *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.

— *Libertad, Igualdad, Fraternidad*: *1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.* Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998.

— "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.

— *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta.* Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

Jackson, Vicki. "Yes please, I'd Love to Talk With You: the court has learned from the rest from the world before. It should continue to do so". *Legal Affairs – the magazine at the intersection of law and life.* Disponível em: ‹http://www.legalaffairs.org/printerfriendly.msp?id=588›. Acesso em: 11.10.2005.

Kearney, Joseph D. "The influency of *amicus curiae* brief s on the Supreme Court". *University of Pennsylvania Law Review*. Penssylvania: University of Pennsylvania, Law School, vol. 148, n. 03, jan. 2000.

Martins, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: *o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Paixão, Cristiano. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Scalia, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1998;

Silva, Christine Oliveira Peter da. "Hermenêutica constitucional e os princípios norteadores da concretização das normas constitucionais". *Notícias do Direito Brasileiro*. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002.

— *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

— "Interpretação constitucional no século xxi: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle". *Direito Público.* Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02, n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

— "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.

Silva, José Afonso da. "El proceso constitucional". In: Víctor Bazán (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.

Souza, Carlos Fernando Mathias de. "Ponto final: o *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro". *Correio Brasiliense,* Brasília, 25.03.2002, Caderno Direito e Justiça, n. 14190, p. 12.

Stearns, Maxwell L. *Constitutional process: a social choice analysis of Supreme Court decisionmaking*. Michigan: University of Michigan Press, 2000.

Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 277-310, ISSN 1510-4974

**César Landa (Perú)***

# Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú

## RESUMEN

**En el derecho constitucional comparado, la autonomía procesal de los tribunales constitucionales ha sido ya objeto de debate y desarrollo dogmático. El Tribunal Constitucional peruano viene ejerciendo, excepcionalmente, dicha autonomía para crear normas procesales a través de sus sentencias y Reglamento. La facultad del Tribunal para crear este tipo de normas se justifica por cuanto la ley procesal constitucional no prevé todos los supuestos que se presentan en la realidad constitucional. Pero los vacíos y deficiencias de la ley procesal constitucional no puede ser óbice para que los procesos constitucionales cumplan con su finalidad: la defensa de la primacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. En ese sentido, a partir de una concepción garantista de la Constitución y del proceso, los procesos constitucionales se asumen como instrumentos dúctiles en cuanto a sus reglas. Sin embargo, la potestad del Tribunal Constitucional para configurar los procesos constitucionales no es irrestricta, sino que está sometida a límites formales y materiales.**

**Palabras clave:** **derecho constitucional, tribunales, Perú.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Im vergleichenden Verfassungsrecht war die Prozessautonomie der Verfassungsgerichte bereits Gegenstand von Debatten und rechtsdogmatischen Weiterentwicklungen. Das peruanische Verfassungsgericht bedient sich ausnahmsweise dieser Autonomie, um durch seine Urteile und sein Statut Prozessnormen zu schaffen. Die Kompetenz des Gerichts zur Schaffung solcher Normen hat insofern ihre Berechtigung, als das Verfassungsprozessgesetz nicht alle in der verfassungsrechtlichen Realität auftretenden Eventualfälle berücksichtigt. Die Lücken und Defizite des Verfassungsprozessgesetzes dürfen jedoch nicht dem Ziel von Verfassungsgerichtsverfahren –Verteidigung des Verfassungsprimats und Schutz der Grundrechte– zuwider laufen. Dementsprechend werden, ausgehend von einer die verfassungsmässigen und prozessualen Garantien in den Vordergrund stellenden Konzeption, die verfasssungsgerichtlichen Verfahren als**

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Las opiniones vertidas en el presente artículo son realizadas a título personal. ‹clanda@pucp.edu.pe›

**hinsichtlich ihrer Regeln anpassungsfähige Instrumente verstanden. Der Befugnis des Verfassungsgerichts zur Ausgestaltung der Verfahren sind jedoch formale und materielle Grenzen gesetzt.**

**Schlagwörter: Verfassungsrecht, Gerichte, Peru.**

**ABSTRACT**

**In comparative constitutional law, the procedural autonomy of constitutional tribunals has been the object of discussion and dogmatic developments. The Peruvian Constitutional Court has been exceptionally exercising such autonomy in order to create procedural rules through its decisions and its Regulations. The power of this court to create this kind of rules is justified as the procedural constitutional law does not establish all the possible cases appearing in constitutional reality. But the loopholes and deficiencies of constitutional procedural law can in no way be an obstacle for the constitutional processes to fulfill their aim: the defense of the primacy of the Constitution and the protection of fundamental rights. In this respect, starting from the standpoint of the guarantees of the Constitution and of the process, constitutional processes are considered ductile instruments as to their rules. However, the Constitutional Court is not unlimited empowered to further develop constitutional processes, is not unlimited but it is subject to formal and material restrictions.**

**Key words: Constitutional law, courts, Peru.**

## 1. Presentación

Si bien en el derecho constitucional comparado la autonomía procesal del Tribunal Constitucional ha sido ya objeto de planteamiento y desarrollo,[1] en el marco del proceso democrático peruano de fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho, el Tribunal Constitucional y la doctrina vienen incorporando esta institución no sin debate como manifestación de una concepción garantista de la Constitución y del proceso,[2] lo que constituye mérito suficiente para llevar a cabo un análisis sobre el tema.

Para ello tomamos como punto de partida la noción de Constitución y proceso, la misma que orienta nuestra concepción del derecho procesal constitucional y de sus fines constitucionales. Asimismo, consideramos necesario abordar el tema del Tribunal Constitucional, poniendo especial énfasis en su estatus dentro del ordenamiento constitucional peruano, el mismo que justifica que se haya establecido la potestad de

---

[1] Patricia Rodríguez-Patrón: *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional,* Madrid: Civitas, 2003; *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional,* Madrid: IUSTEL, 2005; Günther Zembsch: *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts,* Colonia: C. Heymans, 1971.

[2] Juan Montero Aroca: *Derecho jurisdiccional,* vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 20-23. Revisar *Justicia Constitucional,* año II, n.º 4, julio-diciembre, Lima, 2006, dedicado al derecho procesal constitucional y en particular a la autonomía procesal constitucional, con ensayos de César Astudillo, Jorge León, Mijail Mendoza y el suscrito.

configurar el proceso constitucional de manera autónoma, ante los vacíos o deficiencias de la ley y en el marco de específicos límites, materiales y formales.

En el Perú, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia y Reglamento normativo, ha venido incorporando el *principio de autonomía procesal,* el cual le ha permitido en no pocas ocasiones hacer dúctil el derecho y los procesos constitucionales,[3] a fin de alcanzar los fines constitucionales de estos: la defensa de la primacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

## 2. Constitución y proceso

Si bien han existido momentos en el desarrollo y la configuración del Estado de derecho en que la Constitución no era sino una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, en la actualidad no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica y política suprema del ordenamiento democrático de un Estado.

Así, el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales,[4] superando la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional.

En este contexto, no es difícil construir una noción de Constitución desde el punto de vista normativo, en el entendido de que el texto constitucional es un sistema racional de normas que no solo expresa un orden, sino que también lo crea, y en el cual son fundamentales la división de poderes y la tutela de los derechos fundamentales. En consecuencia,

> […] la norma fundante básica [la Constitución], es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ello la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen.[5]

Sin embargo, esta noción normativa de Constitución se ha visto complementada por dos perspectivas que son indispensables para comprender de una manera más

---

[3] Gustavo Zagrebelski: *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia,* Madrid: Trotta, 1995, pp. 9-45.

[4] Luego de la Segunda Guerra Mundial, el derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso, lo cual dio lugar a que se procurara la integración entre ambos, así como la superación del positivismo jurídico procesal basado en la ley, sobre la base de reconocer el rol tutelar del juez constitucional. Cf. Piero Calamandrei: *Instituciones del derecho procesal civil,* vol. I, Buenos Aires: JEA, 1962, pp. 317 ss.

[5] Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho,* México: UNAM, traducción de la segunda edición en alemán de Roberto J. Vernengo, 1982, p. 214.

integral el orden constitucional peruano; nos referimos a la Constitución histórica y la Constitución sociológica.[6]

La primera de ellas se sustenta en el principio de legitimidad, pues desde una perspectiva histórica la Constitución se legitima en el pasado de una nación y en las circunstancias propias que rodean el actual proceso de transformación democrática. En tal sentido, se ha señalado con razón:

> […] la constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa.[7]

Por su parte, la concepción sociológica deja de lado el elemento histórico y, en lugar de observar el pasado, pretende reflejar las situaciones y estructuras sociales actuales, sustentando la Constitución en el *ser* y no en el *deber ser.* Así, deja de lado lo trascendente para recoger lo inmediato, lo presente, de nuestra sociedad. En ese mismo sentido, se ha señalado:

> […] es característica del concepto sociológico de constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente.[8]

En suma, la noción de Constitución que es propia a del derecho procesal constitucional no se limita a reconocer únicamente la dimensión normativa de la Constitución, puesto que dicha premisa podría conducirnos a un resultado insuficiente o a un falseamiento de la realidad procesal, si no se toman en consideración los elementos histórico y sociológico de la Constitución. Sobre la importancia de precisar la noción de Constitución para entender los procesos constitucionales, podemos señalar, siguiendo a Zagrebelsky, que ella radica en que:

> […] toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución, [pues] no existe un *prius* ni un *posterius*, sino una implicación recíproca.[9]

Como el quehacer del derecho procesal constitucional está indisolublemente vinculado tanto a la Constitución como sobre todo a la interpretación de la Constitución, los

---

[6] Manuel García-Pelayo: *Derecho constitucional comparado,* Madrid: Alianza, 2000, pp. 34-41.

[7] Ibídem, p. 42.

[8] Ibídem, p. 48.

[9] Gustavo Zagrebelsky: "¿Derecho procesal constitucional?", en *Revista Peruana de Derecho Procesal,* n.º IV, diciembre del 2001, Lima: Estudio Monroy, pp. 243.

clásicos criterios de interpretación normativa, como son el método literal, el teleológico, el sistemático y el histórico, resultan necesarios pero claramente insuficientes para informar la labor interpretativa del juez constitucional. Por este motivo, el Tribunal Constitucional utiliza una serie de principios *ad hoc* a los procesos constitucionales, que cumplen de manera más adecuada la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto. Tales principios de interpretación constitucional son: el principio de unidad de la Constitución,[10] el principio de concordancia práctica,[11] el principio de corrección funcional,[12] el principio de función integradora,[13] el principio de fuerza normativa de la Constitución[14] y el principio de interpretación conforme a la Constitución.[15]

Pero al derecho procesal constitucional, pese a tener un objeto propio como es la Constitución, un método especial como son los principios y técnicas de interpretación, además de un sujeto especializado en última instancia —como es el Tribunal Constitucional—, se lo hace depender de las normas privativas del proceso ordinario, motivo por el cual existe un debate en la doctrina en torno a la naturaleza constitucional o procesal de los procesos constitucionales.[16]

---

[10] El principio de unidad de la Constitución se orienta a conseguir que la Constitución sea interpretada como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (cf. STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12). Será preciso, en consecuencia, identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.

[11] El principio de concordancia práctica permite resolver toda aparente tensión entre las disposiciones constitucionales "optimizando" su interpretación, esto es, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales en aparente conflicto (cf. STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12). De este modo, se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, y permitir la mutua afectación siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la limitación recíproca.

[12] El principio de corrección funcional exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado (cf. STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI, acumulados).

[13] De acuerdo con el principio de función integradora, el "producto" de la interpretación solo podrá ser considerado válido si contribuye a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad (cf. STC 4596-2006-PA/TC, FJ 21).

[14] El principio de fuerza normativa de la Constitución se orienta a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y privados *in toto* y no solo parcialmente (cf. STC 4596-2006-PA/TC, FJ 21).

[15] Según el principio de interpretación conforme a la Constitución, la ley no debe ser declarada inconstitucional cuando al menos una de sus acepciones puede ser interpretada conforme a la Constitución.

[16] Cf. Héctor Fix Zamudio: "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* n.º 3, Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1999, pp. 89-119; Domingo García Belaunde: "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* n.º 3, o. cit., pp. 121-155, en particular, pp. 131-135; asimismo, Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 3-20. Al respecto, al profesor Héctor Fix- Zamudio no le falta razón cuando afirma, tras describir al derecho procesal constitucional como una disciplina jurídica situada dentro del campo del derecho Procesal: "En cualquier caso, se trata de disciplinas de frontera y de confluencia que requieren de la colaboración permanente de los cultivadores tanto del derecho constitucional como los que se dedican al estudio del derecho procesal". Fix-Zamudio: o. cit., p. 119.

Si bien no consideramos pertinente detenernos, en esta oportunidad, en dicha discusión, ello no impide expresar que nuestra postura sobre el tema acoge la propuesta por el profesor Peter Häberle, quien considera que el derecho procesal constitucional debe ser entendido como un derecho constitucional "concretizado", es decir, al servicio del cumplimiento de la Constitución:

> El derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental. La gran "capacidad de concretización" del Tribunal Constitucional, demanda ahora una fundamentación del derecho procesal constitucional de carácter teórico constitucional.[17]

En consecuencia, no se trata solo de aplicar la Constitución en función a las normas procedimentales, sino de darles a dichas normas un contenido propio, conforme a la Constitución, pues si bien el derecho procesal constitucional también requiere partir y remitirse a los principios generales del derecho procesal, ello será posible en la medida en que este último sea afín con los principios y valores constitucionales.

En efecto, sobre este último punto cabe señalar que algunos principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario no pueden ser trasladados automáticamente al proceso constitucional, como es el caso del principio de justicia rogada, de la cosa juzgada y de la prescripción, "so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional",[18] puesto que, por citar un ejemplo, el principio de justicia rogada impediría al juez constitucional indagar más allá de lo aportado por las partes en el proceso.

Ello es así en la medida en que el juez constitucional, una vez admitida la demanda, se hace director del proceso para tutelar el derecho fundamental violado y garantizar la primacía de la Constitución, según dispone el artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional. Dicho en otras palabras, el Tribunal Constitucional como último garante de la Constitución goza de la atribución de asegurar la fuerza normativa de los valores y principios constitucionales aun cuando estos no hayan sido demandados directamente. Por este motivo, es consustancial y no excepcional a su tarea de dirección judicial del proceso verificar los aspectos subjetivos del hecho y del petitorio, y los aspectos objetivos que sean relevantes para el cumplimiento de su mandato constitucional, a partir de la demanda formulada, pero no exclusiva ni excluyentemente solo en los términos peticionados, dado el doble carácter —subjetivo y objetivo— de los procesos constitucionales.[19]

---

[17] Peter Häberle: "El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional", en su obra *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar,* Lima: Palestra, 2004, p. 27.

[18] Pedro De Vega García: "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", en su obra *Estudios político constitucionales,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 306.

[19] Jorge León: "El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal", en *Justicia Constitucional,* año II, n.º 4, Lima, 2006, pp. 38 ss.

En consecuencia, el principio constitucional de prevención de los efectos de las sentencias no puede estar subordinado al principio procesal de congruencia en virtud del cual el juez constitucional solo debe pronunciarse sobre el petitorio demando, por cuanto el Tribunal Constitucional, con mayor razón al ser la última instancia, no puede ni debe perder de vista las consecuencias de su sentencia, ya sean económicas, políticas o sociales. Ello se debe a que el Tribunal Constitucional no es solo un órgano jurisdiccional, sino también un órgano constitucional que valora el proceso y sus sentencias en función de la justicia, evitando así el abuso jurídico —formalista o funcional— de la ley procesal ordinaria.[20]

Por ello, podemos concluir que el derecho procesal constitucional, lejos de ser entendido en un sentido meramente positivista y privatista, debe dar paso a un derecho procesal garantista, propio de un pensamiento institucional[21] que atienda tanto a las demandas formuladas por los particulares (tutela subjetiva de derechos fundamentales) como a las exigencias objetivas del Estado de derecho (tutela objetiva de la Constitución), "[u]n derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución".[22]

Si bien es cierto que las tensiones no serán ajenas a esta labor, también lo es que corresponde al Tribunal Constitucional, en última instancia, actuar como árbitro o conciliador de conflictos constitucionales, es decir, como un poder moderador.[23] De aquí la importancia de conocer cuál es la naturaleza y el alcance de la labor del Tribunal Constitucional.

## 3. Estatus del Tribunal Constitucional

La justificación de la existencia del Tribunal Constitucional se asienta sobre dos principios consustanciales que fundan el Estado constitucional y democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la Ley Fundamental, y el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de democracia representativa.[24]

En lo que a la naturaleza del Tribunal Constitucional se refiere, es preciso señalar que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido, a cabalidad, únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas

---

[20] Otto Bachof: "El juez constitucional entre derecho y política", en *Universitas (Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte),* vol. IV, n.º 2,. Stuttgart, 1996, pp. 123 ss; asimismo, Aharon Barak: "El rol de la Corte Suprema en una democracia", en *Ius et Veritas,* año XIII, n.º 26, Lima, 2003, pp. 108-114.

[21] César Landa: *Tribunal Constitucional y Estado democrático,* Lima: Palestra, 3.ª edición corregida y aumentada, 2007, pp. 551 ss.

[22] Zagrebelsky: "¿Derecho procesal constitucional?", o. cit., p. 415.

[23] Cf. Carl Schmitt: "Der Hüter der Verfassung", en *AÖR*, vol. 55, Taunus: D. Auvermnann, 1975, pp. 162-237. Versión en español en *La defensa de la Constitución,* Madrid: Tecnos, 1983.

[24] Cf. De Vega García: o. cit., pp. 298-302.

normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico constitucional que lo regula; incluso el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político.

Dicha constatación permite señalar que el Tribunal Constitucional puede ser entendido no solo como un órgano constitucional, sino también como un órgano jurisdiccional e, inclusive, como un órgano político. En estas tres características del Tribunal Constitucional nos detendremos brevemente a continuación.

## 3.1. El Tribunal Constitucional como órgano constitucional

Como hemos señalado en anteriores trabajos,[25] los órganos constitucionales se caracterizan por que reciben del propio constituyente, en la Constitución, todos los atributos esenciales de su condición y posición en el sistema constitucional. No se trata, por consiguiente, de una simple mención aislada de sus funciones y competencias, sino que el mismo texto constitucional establece su composición, su estructura, los mecanismos de elección de sus miembros, entre otros. Es importante precisar que, sin perjuicio de lo anterior, el legislador tiene la posibilidad de completar, a través de las leyes orgánicas, los elementos no esenciales o complementarios de los órganos constitucionales.

En el caso peruano, la Constitución de 1993 reconoce al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional encargado del control de la Constitución (artículo 201.º), al mismo tiempo que le confiere autonomía e independencia y establece su composición, el estatuto de sus miembros y el procedimiento para su elección.[26] Adicionalmente, convierte al Tribunal Constitucional en una instancia de fallo que resuelve en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (artículo 202.º inciso 2), y lo faculta para declarar, en instancia única, la inconstitucionalidad de normas con rango de ley (artículo 202.º inciso 1) y para resolver los conflictos de competencias o, de atribuciones asignadas directamente por la Constitución, conforme a ley (artículo 202.º inciso 3).

Aún podemos sumar a esta relación lo establecido por el artículo 204.º de la Constitución de 1993, en que se establece:

---

[25] César Landa Arroyo: "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el derecho procesal constitucional", en su obra *Constitución y fuentes del derecho*, Lima: Palestra, 2006, pp. 316-319.

[26] Artículo 201.º de la Constitución de 1993.

"El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

"Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

"Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación".

> La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Con lo cual una sentencia del Tribunal Constitucional deja sin validez una norma legal del Congreso, del Poder Ejecutivo o de los gobiernos regionales o locales.

## 3.2. El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional

En el punto anterior habíamos señalado que la Constitución de 1993 convierte al Tribunal Constitucional en una instancia de fallo, atribuyéndole competencia para conocer, en instancia única, los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia, y para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

En consecuencia, el hecho de que la Constitución peruana no comprendiera al Tribunal Constitucional como un órgano del Poder Judicial no priva a aquel de su carácter de órgano jurisdiccional; por el contrario, el Tribunal Constitucional asume la función de impartir justicia constitucional, puesto que le ha sido atribuida no solo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2.º del Código Procesal Constitucional).

En tanto órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional asume un activo control de constitucionalidad, no solo como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor del respeto de los derechos fundamentales, al precisar el contenido y el límite de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación.[27] Dicha constatación permite sostener que el modelo de la justicia constitucional kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida en que en el texto constitucional no solo existen derechos fundamentales, sino también principios constitucionales y valores superiores que el Tribunal Constitucional tiene como misión esencial tutelar y a veces antes desentrañar.

## 3.3. El Tribunal Constitucional como órgano político

Cuando nos referimos a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, en definitiva, no aludimos al sentido tradicional del término, como puede ser el de *hacer*

[27] Al respecto véase Manuel Atienza: *Derecho y argumentación,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997; Franciso Javier Díaz Revorio: *Valores superiores e interpretación constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1997; asimismo, Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa: *La argumentación en el derecho*, Lima: Palestra, 2005.

*política,* sino al de *hacer derecho.* Por eso, antes bien, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento —en última instancia— como vocero del poder constituyente, en la medida en que es el intérprete supremo de la Constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas *cuestiones políticas* (*political questions*).[28]

Si bien la tensión entre política y derecho —es decir, entre la ley del Congreso y la sentencia del Tribunal Constitucional— es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia personas naturales o jurídicas con problemas económico-sociales que no son resueltos por el mercado, que afectan el rol social del Estado, o cuando existe bajo consenso político entre la oposición con el gobierno al expedir una ley, con lo que se genera una fuerte influencia de los poderes privados y fácticos en la esfera de decisión judicial.[29]

En tal sentido, se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada e inestable, como el Perú, donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar, sino que las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional pueden generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución representa.

## 4. Naturaleza de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional

La naturaleza de la autonomía encuentra su raíz en dos principios del Estado constitucional: uno propio del derecho privado, en virtud del cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, fundado en la autonomía de la voluntad privada; otro propio del derecho público, basado en la autonomía de los poderes públicos y los organismos constitucionales, que encuentra su fundamento en el principio de división y control de poderes.

La autonomía procesal de los procesos constitucionales se asienta en la idea de la autonomía del derecho público, que tiene su razón de ser en la Constitución como norma suprema —*lex legis*— y como norma fuente de derecho —*norma normarum*—. De ella emana su fuerza normativa para, por un lado, subordinar las normas legales como los códigos procesales a los mandatos constitucionales, y, por otro lado, ser fuente de creación del derecho, es decir, principio y límite para la expedición de las normas legales y la jurisprudencia constitucional.

---

[28] Cf. César Landa Arroyo: "Justicia constitucional y *political questions*", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4, Madrid: CEPC, 2000, pp. 273 ss.

[29] Cf. Robert Dahl: "Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy maker", en *Journal of Public Law*, n.º 6, 1957, pp. 257 ss.

Es que no solo la ley crea el derecho, sino que también lo hace la jurisprudencia constitucional. Al respecto, Cappelletti ha señalado:

> […] la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el v erdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*.[30]

Por ello, la autonomía en el derecho público se funda en el derecho objetivo, establecido en el sistema de fuentes del derecho, donde no solo las normas, sino también la jurisprudencia, de manera subsidiaria, se constituye en fuente de irradiación del derecho.[31] Tal es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional, que habiendo sido emitidas por el supremo intérprete de la Constitución son una fuente del derecho y vinculan a todos los poderes del Estado, puesto que todos estamos bajo la Constitución, pero los jueces dicen en última instancia qué es la Constitución.[32]

Entonces, la autonomía es tanto un atributo de un poder u organismo independiente como la capacidad de actuación de dicho organismo constitucional —como el Tribunal Constitucional— para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen.

Así, las implicaciones que se derivan de reconocer la especial naturaleza del Tribunal Constitucional, en tanto órgano constitucional, jurisdiccional y político, y su posición en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no son irrelevantes. En efecto, en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la labor del Tribunal Constitucional es de integración jurídica de las normas, fallos y actos presuntamente violatorios con la Constitución. En dicha labor integradora se manifiesta:

> […] la vinculación que existe entre integración material y legitimidad específica. La jurisprudencia de carácter formalista, que relativiza estos hechos a favor del ordenamiento de los órganos y las funciones prescritas en la Constitución, no hace sino invertir el orden de prelación de importancia que de forma contundente quiere establecer la Constitución.[33]

---

[30] Mauro Cappelletti: "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en AA. VV.: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1984, p. 629.

[31] Al respecto véase Luis Diez-Picazo: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho,* Barcelona: Ariel, 1987, p. 181.

[32] Así lo señala con toda claridad el juez Hughes, en una intervención en 1907: "nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es". William Lockhart, Yales Kamisar, Jesse Choper; Steven Shiffrin y Richard Fallon: *The American Constitution,* Minnesotta: West Publishing, 1996, p. 8.

[33] Rudolf Smend: *Constitución y derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 228.

Por ello, la labor del Tribunal Constitucional trasciende la labor jurisdiccional del juez ordinario, a quien revisa, en última y definitiva instancia, sus fallos. Por este motivo requiere de un mayor nivel de autonomía procesal que le permita flexibilizar las formalidades de los procedimientos con el objeto de alcanzar los fines constitucionales, a través de un derecho constitucional y procesal dúctil.[34]

En consecuencia, en el actual proceso de fortalecimiento de la democracia, la autonomía procesal es una necesidad inexorable del Tribunal Constitucional, a través de su regulación en su Reglamento y sus sentencias, si se quiere cumplir a cabalidad el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales.

Dicha autonomía —que no es autarquía— le confiere al Tribunal Constitucional un importante grado de libertad y responsabilidad al momento de definir, subsidiariamente a la ley, su derecho procesal, y le permite desarrollar principios con pretensión de generalidad a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes —*stare decisis*—, de modo que puedan ser aplicados a casos similares posteriores. Al respecto, se ha señalado:

> […] podríamos calificar la "autonomía procesal" como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el TC, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del derecho (cuando estos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el TC, en el seno de procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad.[35]

Esta última afirmación ha llevado a algunos autores a proponer la "capacidad cuasilegislativa"[36] del Tribunal Constitucional, que, si bien tiene un alcance limitado, se origina en la especial dificultad que tienen las tesis clásicas del proceso para cumplir con los fines esenciales de los procesos constitucionales, al no distinguir entre creación de la ley y creación del derecho. Más aún, en determinados momentos y casos constitucionales, parafraseando a Napoleón, "hay que salir de la ley para regresar al derecho". Ello se debe a que no es la mera aplicación de la ley, sino la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, lo que permite integrar y concretizar las disposiciones constitucionales a efectos de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de las normas.

Por ello, es aquí donde se sitúa el verdadero debate de los alcances y límites del quehacer jurisdiccional del Tribunal Constitucional.[37] Estas facultades judiciales de recrear

---

[34] Al respecto véase Zagrebelski: *El derecho dúctil*, o. cit., pp. 9-45.

[35] Patricia Rodríguez-Patrón: *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 2003, p. 141.

[36] Ibídem, pp. 141-142.

[37] Cf. Herbert Hart: "Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño", en AA. VV.: *El ámbito de lo jurídico,* Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.

el derecho son compatibles con la concepción general de Constitución y el proceso garantista antes señalada, pero sin llegar a concebir que "el derecho consiste en las reglas establecidas por los tribunales al decidir los casos y que todo lo demás, incluidos leyes y precedentes pasados, son solamente fuentes del derecho", como señalaba Gray.[38]

En suma, si bien delimitar con precisión el contenido de lo que se ha venido a llamar *autonomía procesal* no es un tarea sencilla, podemos considerar como rasgo característico el que esté reservada al Tribunal Constitucional, en tanto intérprete supremo de la Constitución. En virtud de ello, ante las antinomias y lagunas del derecho,[39] el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales objeto de aplicación, cuando los métodos tradicionales de interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio de sus funciones como supremo intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del poder constituyente.[40]

Tales funciones reafirman la misión tutelar del Tribunal Constitucional de garantizar los fines esenciales de los procesos constitucionales: "[…] la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales" (artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional). Al respecto, es pertinente señalar que, además de orientar la labor interpretativa e integradora del Tribunal Constitucional, dichos fines constitucionales se configuran como límites propios de su autonomía procesal. Así:

> La posición del TC como órgano constitucional y Tribunal especial no solo resulta ser el origen de la libertad demostrada en la configuración de su derecho procesal, sino que también ha de ser la principal fuente que determine sus límites.[41]

En consecuencia, esta potestad, como cualquier otra del Tribunal Constitucional, evidentemente tiene límites en su ejercicio. Sobre ellos trataremos más adelante, luego de abordar los argumentos que justifican la incorporación del principio de autonomía procesal en nuestro sistema constitucional y sus manifestaciones.

---

[38] Ibídem, p. 333.

[39] Para Guastini, "[…] el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema. Hay que insistir en que una antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas"; y asimismo, "[…] el sistema presenta una laguna siempre que un caso concreto no pueda ser resuelto de ningún modo sobre la base de normas preexistentes en el sistema". Al respecto véase Riccardo Guastini: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa, 2003, pp. 71 ss.

[40] Cf. Marcial Rubio Correa: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005, pp. 379-454; asimismo, Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 197-205.

[41] Rodríguez-Patrón: o. cit, p. 157.

## 5. Legitimidad de la institución

Desde nuestro punto de vista, existen también razones de carácter histórico, normativo y técnico-jurídico que confieren legitimidad a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional en el Perú.

### 5.1. Legitimación histórica

Luego de la caída de los autoritarismos con la Segunda Guerra Mundial y la caída del Muro de Berlín, como fruto del éxito del constitucionalismo europeo, se llevó a cabo una expansión de los tribunales constitucionales en diversas latitudes. Este hecho trajo consigo tensiones entre la justicia constitucional y los clásicos poderes del Estado debido al desafío que la creación y el desarrollo de los tribunales constitucionales representaba frente al tradicional principio de separación de poderes. La justicia constitucional en su versión europea y norteamericana tuvo una labor activa en convertir a los jueces y tribunales en auténticos recreadores del derecho.[42]

En el Perú, la creación de la justicia constitucional concentrada se puso en evidencia, tardíamente, con la Constitución de 1979, a través del denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. Desde su establecimiento, en 1982, hasta su clausura, en 1992 (tras el *autogolpe* de Estado de Alberto Fujimori), el Tribunal de Garantías Constitucionales dejó una débil convicción, ante la ciudadanía y ante los poderes públicos, de ser un auténtico defensor de la constitucionalidad.

Más tarde, con la Constitución de 1993 se incorporó el modelo actual del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en 1996, a menos de un año de su instalación, el Tribunal quedó anulado nuevamente por el gobierno de entonces, luego de que el Congreso expulsara a tres de sus magistrados por haber declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Reelección Presidencial.[43] Habiendo quedado mutilado el Tribunal Constitucional, con solo cuatro magistrados, se hizo imposible que pudiera resolver demandas de inconstitucionalidad contra leyes.

Estos hechos ponen en evidencia que en un inicio no existió una verdadera reflexión sobre la posición y función democrática del Tribunal Constitucional, ni convicción sobre la implementación de la justicia constitucional concentrada como órgano de control constitucional en el ordenamiento jurídico peruano. Al parecer, la creación de este órgano respondió, en un primer momento, a la desconfianza que el Poder Judicial

---

[42] Respecto a la labor de recreación del derecho por los jueces, se ha señalado que, cuando se trata de interpretar la Constitución: "[e]ste fenómeno, a veces designado como *concretización*, llega a suponer una *auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que se denomina oficialmente "doctrina"*, que opera como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, equivaliendo, si el creador de la norma subconstitucional es el intérprete auténtico, a la Constitución misma". Enrique Alonso García: *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 2.

[43] Cf. Manuel Aguirre Roca: "Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú", en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, n.º 13, Lima: CAJ, 1997, pp. 117-145.

despertó en los constituyentes de 1979 y a su arraigada necesidad por los constituyentes de 1993.

No obstante, tras su recomposición democrática, en el 2002 el Tribunal Constitucional cobró un rol más activo, asumiendo no solo la defensa del principio de supremacía constitucional y la tutela de derechos fundamentales, sino también la labor de preservar valores constitucionales como la justicia, la transparencia y, en el marco de la lucha anticorrupción,[44] el fortalecimiento democrático del país.

Es en este contexto que adquiere pleno sentido legitimar la *autonomía procesal* del Tribunal Constitucional, a fin de permitir que este órgano, ante el vacío o la deficiencia de la ley, configure su derecho procesal de modo que le sea posible adecuar las formalidades del proceso al cumplimiento de sus fines constitucionales. Es que "[…] el Tribunal Constitucional es la verdadera 'corporeización' de la Constitución, tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo".[45]

## 5.2. Legitimación normativa

En cuanto al fundamento de carácter normativo podemos hacer referencia al artículo 201.º de la Constitución, que establece: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. […]". El poder constituyente, al consagrar la autonomía e independencia constitucional y política de dicho órgano —en su relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado y como órgano jurisdiccional por excelencia—, es razonable interpretar que lo faculta para gozar de legitimidad normativa a fin de ejercer limitadamente también su autonomía procesal, dada su especial naturaleza y posición dentro del ordenamiento jurídico, como intérprete supremo de la Constitución.

Por su parte, el artículo III del Título preliminar del Código Procesal Constitucional señala: "[…] el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales". De este modo se reconoce, normativamente, la potestad del Tribunal Constitucional de adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código Procesal Constitucional con el objeto de alcanzar los fines de los procesos constitucionales.

Esta disposición sustenta también la autonomía procesal del Tribunal Constitucional en la medida en que reconoce a su favor la potestad de adecuar las formalidades contempladas en el Código Procesal Constitucional y, en particular, en los códigos procesales adjetivos que se aplican supletoriamente, cuando ello sea necesario para dar cumplimiento a los fines esenciales de los procesos constitucionales que, de conformidad con el artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, son

[44] Al respecto, véase César Landa Arroyo: "Inconstitucionalidad y derogación de la ley en el Perú", en su obra *Constitución y fuentes del derecho*, o. cit., pp. 355-361; asimismo, César Landa Arroyo: "Tribunal Constitucional y lucha anticorrupción", en su obra *Constitución y fuentes del derecho*, o. cit., pp. 363-374.

[45] Francisco Fernández Segado: *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid: Dykinson, 1984, pp. 53-54.

los de "garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

## 5.3. Legitimación técnico-jurídica

Atendiendo a la especialidad del derecho procesal constitucional, en tanto derecho constitucional concretizado, es posible sostener que, ante el vacío o la deficiencia legislativa, no siempre es pertinente recurrir supletoriamente a los códigos procesales afines a la materia discutida, por resultar insuficientes para resolver conflictos de naturaleza constitucional. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una labor de recreación y reinterpretación de aquellas normas procesales que resulten insuficientes para garantizar el objetivo de los procesos constitucionales. Por ello, se ha opinado en el sentido de admitir:

> Los Tribunales constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permitan modificar la praxis anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales.[46]

Se deja atrás la atávica idea de Montesquieu sobre la naturaleza del juez como aquel poder nulo que es solo la boca que pronuncia las palabras establecidas por la ley.[47]

Cabe señalar que esta tarea exige del Tribunal Constitucional una especial calificación en la integración de sus miembros, toda vez que está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales y conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento, y resolver en única y definitiva instancia los procesos competenciales (artículo 202.º de la Constitución). Dichas competencias, que le han sido conferidas constitucionalmente, dan cuenta de su carácter de supremo intérprete de la Constitución.

Atendiendo a ello, y tal como hemos señalado en anteriores trabajos,[48] un magistrado del Tribunal Constitucional debe ser, ante todo, un jurista que a través de la ciencia constitucional y de sus cualidades humanas pueda aportar sus conocimientos del derecho y su experiencia frente a las causas, manteniendo neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. Solo así el Tribunal Constitucional estará en la capacidad de dar una respuesta razonada, justificada y coherente ante los problemas que se generen como consecuencia de los vacíos o deficiencias de la ley procesal.

---

[46] Giancarlo Rolla: *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México: Porrúa, 2006, p. 139.

[47] Cf. Montero Aroca: o. cit., p. 31-32.

[48] César Landa Arroyo: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, o. cit., p. 602.

## 6. Autonomía procesal en la acción, jurisdicción y proceso

En el Perú la autonomía procesal del Tribunal Constitucional es un principio e instituto embrionario que ha permitido que dicho órgano constitucional perfeccione —a través de su Reglamento normativo y, sobre todo, de sus resoluciones— su rol tutelar de los derechos fundamentales y de defensa de la primacía de la Constitución, que le es inherente. Por ello, a continuación identificaremos algunas de las manifestaciones que ha tenido la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, a través de la acción, la jurisdicción y el proceso.

### 6.1. El Reglamento normativo del Tribunal Constitucional

El segundo párrafo del artículo 2.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —ley 28301— establece:

> El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano.

Mediante la citada disposición, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le delega positivamente a dicho órgano constitucional la potestad de reglamentar su propio funcionamiento, así como el régimen de trabajo de su personal y servidores. En ejercicio de esta facultad delegada por el legislador, en la sesión del 14 de setiembre del 2004, el pleno del Tribunal Constitucional aprobó el Reglamento normativo correspondiente a su funcionamiento y al régimen de trabajo de su personal y servidores, mediante la resolución administrativa n.º 095-2004-P/TC.

En la parte considerativa de dicha resolución, el pleno del Tribunal Constitucional expresa la necesidad de contar con disposiciones normativas internas que permitan reordenar y mejorar aspectos jurisdiccionales con el objeto de que los procesos constitucionales puedan ser resueltos en el menor tiempo posible. De esta manera se han fijado reglamentariamente cuestiones de carácter procedimental, que regulan la tramitación de algunos procesos que tienen lugar ante el Tribunal Constitucional.

Por un lado, ello se pone en evidencia en el artículo 11.º del citado Reglamento normativo,[49] que señala:

> Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18.º del Código Procesal

[49] Artículo modificado por resolución administrativa n.º 031-2006-P/TC, publicada el 2 de marzo de 2006.

> Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

La justificación de esta norma radica en el desmesurado aumento de carga procesal que ha sufrido el Tribunal Constitucional desde su creación.[50] Si bien ello es una muestra de la confianza que los ciudadanos han ido depositando en este órgano constitucional, no se puede perder de vista que la sobrecarga procesal del Tribunal Constitucional podría incidir negativamente en el rol tutelar de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce.

Por otro lado, en su artículo 13.º.*A* se ha establecido:

> El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita establecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados. [51]

En virtud de este artículo se regula la capacidad del pleno o las salas, que para mejor resolver pueden solicitar informes a las entidades estatales, así como a los particulares, a través de la incorporación de la figura del *amicus curiae*, cuya intervención puede contribuir a dar solución a cuestiones controvertidas y que presenten importantes problemas éticos o de otra índole.[52] Es así que la incorporación de este *amigo de la corte* responde a las necesidades de una moderna regulación procesal, vinculada al principio de socialización, en virtud del cual se pretende alcanzar la democratización del proceso.[53]

Así, en el ejercicio de su autonomía procesal, y sin transgredir las normas constitucionales y legales que regulan su quehacer jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ha procedido a regular, por un lado, la forma en que debe organizarse la tramitación de los expedientes que ingresen a esta sede, con la finalidad de llevar a cabo, de manera más efectiva, su función de control de la constitucionalidad y de protección de los

---

[50] Véase ‹http://gaceta.tc.gob.pe/actividades.shtml› (rubro: Estadísticas).

[51] Artículo incorporado por el artículo segundo de la resolución administrativa n.º 034-2005-P/TC, publicada el 23 de abril de 2005.

[52] Cf. Víctor Bazán: "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 12-2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, pp. 30 ss.

[53] Cf. Fernando Eto Cruz y José Palomino Manchego: "En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su *iter* legislativo y sus principios procesales", en José Palomino Manchego (coord.): *El derecho procesal constitucional peruano, Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima: Grijley, 2005, pp. 301-302.

derechos fundamentales, así como, por otro lado, la incorporación del *amicus curiae* en la práctica, no solo para solicitar informes, sino también para recibirlos.

## 6.2. Jurisprudencia constitucional sobre la materia

En el Perú, la doctrina jurisprudencial sobre la materia se ha referido al *principio de autonomía procesal,* que alude a la facultad del Tribunal Constitucional en virtud de la cual tiene la posibilidad de desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales.[54] En tal sentido, y ante la ausencia de regulación positiva sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha incorporado dentro de los institutos de la acción, la jurisdicción y el proceso determinadas garantías procesales.

### *6.2.1. Acción*

Básicamente, en cuanto a la acción —entendida esta como el derecho de activar la actividad jurisdiccional del Estado—,[55] se puede dar cuenta de: 1) la figura del litisconsorte facultativo, 2) del *partícipe,* así como 3) de la legitimidad procesal activa de los colegios profesionales en los procesos de inconstitucionalidad de las normas legales.

1. La incorporación de la figura del litisconsorte facultativo por el Tribunal Constitucional tuvo lugar en el marco de un proceso de inconstitucionalidad instaurado por el presidente de la República contra una ordenanza regional (expediente n.º 020-2005-AI/TC), puesto que 31 integrantes del Congreso de la República solicitaron ser incorporados en dicho proceso como litisconsortes facultativos.

Luego de constatar que el Código Procesal Constitucional no establece expresamente la institución del litisconsorte facultativo en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su autonomía procesal, declaró ser competente para cubrir dicha laguna de la legislación procesal. Habida cuenta de que ante un proceso eminentemente público, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no es lógico aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil.

Ello obedece a que la declaración de inconstitucionalidad es el proceso constitucional por excelencia que no se condice con las reglas del principio dispositivo de las partes del Código Procesal Civil, a tal punto que, "admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o el interés de la partes. El proceso solo termina por sentencia", señala el artículo 106.º del Código Procesal Constitucional. Ello pone en evidencia que la naturaleza de las partes y el carácter de su actuación procesal están subordinados al interés público del proceso constitucional, conforme a

[54] Resolución de fecha 8 de agosto, recaída en el expediente n.º 0020-2005-PI/TC, fundamento 2.

[55] Juan Montero Aroca: *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso,* Madrid: Tecnos, 2.ª ed., 1979, p. 78.

la interpretación razonable que realice el Tribunal Constitucional, en el marco de su autonomía procesal.

Así, luego de reconocer el carácter de *numerus clausus* con el que se ha regulado la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estableció:

> […] solo pueden actuar en la calidad de litisconsortes facultativos los órganos y sujetos a los que se refiere el artículo 203.º de la Constitución Política del Estado, y dentro de las características y limitaciones propias de un proceso objetivo como este.[56]

En consecuencia, admitió la solicitud planteada por los integrantes del Congreso, toda vez que dicho número de congresistas se encuentra legitimado para interponer una demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 203.º de la Constitución.[57]

2. En el marco de otro proceso constitucional (expediente n.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, acumulados), el Tribunal Constitucional evaluó la pertinencia de aplicar supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad la regulación del Código Procesal Civil relativa a la intervención de sujetos procesales que no son parte demandada ni demandante, y concluyó lo siguiente:

> En este contexto, tanto la institución del litisconsorcio como la del tercero […] han de ser excluidas debido a que el presupuesto de su intervención es que el sujeto a ser incorporado detente un derecho subjetivo o interés que pudiera verse afectado con la sentencia. Es precisamente este elemento el que descarta la posibilidad de aplicar estas instituciones dado que […] el presupuesto de la incorporación al proceso de inconstitucionalidad de otros sujetos, distintos al emisor de la norma impugnada, es totalmente diferente.[58]

Es así que, en aplicación del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional incorporó la figura del *partícipe* al proceso de inconstitucionalidad. El sustento de dicha inclusión radica en el interés del Tribunal Constitucional de enriquecer los puntos de vista a partir de los cuales deberá examinar el proceso de inconstitucionalidad; más aún si la intervención de los partícipes en el proceso no obedece a la defensa de interés o derecho alguno, sino más bien tiene por objeto aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional.[59]

---

[56] Ibídem, fundamento 5.

[57] Artículo 203.º de la Constitución: "Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: […] 4. El veinticinco por ciento del número legal de Congresistas. […]".

[58] Resolución de fecha 28 de octubre de 2005, recaída en los expedientes n.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 17.

[59] Ibídem, fundamento 23.

Así, en otro pronunciamiento,[60] el Tribunal Constitucional señaló que, para dar cumplimiento a sus fines constitucionales, el partícipe deberá ser notificado de la demanda y de la contestación, teniendo la posibilidad solamente de presentar informe escrito e intervenir en la vista de la causa:

> Siendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación.[61]

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha advertido la importancia de que la intervención del partícipe no ocasione el entorpecimiento del procedimiento ni de las actuaciones procesales ordenadas por este, en tanto director del proceso.

3. En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, los colegios profesionales, de conformidad con el artículo 203.º inciso 7 de la Constitución y los artículos 98.º y 99.º del Código Procesal Constitucional, gozan de legitimación activa para interponer demandas de inconstitucionalidad, pero en las materias de su especialidad. Esto se justifica en la medida en que:

> […] debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (Medicina, Abogacía, Ingeniería, Arquitectura, Contabilidad, Química-farmacéutica, Periodismo, Psicología y Biología, entre otras), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley —que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión— vulnera disposiciones de la Norma Fundamental; y, por otra, si resulta necesaria la expedición de una determinada ley que regule las materias que se encuentren relacionadas con los referidos conocimientos.[62]

Sin embargo, estando expresamente prevista la legitimación activa de los colegios profesionales en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha delimitado el marco sustantivo y procesal de estos. Así, desde la perspectiva sustantiva, se reconoce que, de los roles constitucionales que le corresponde desempeñar, tal vez el de velar por la vigencia del principio de supremacía constitucional sea uno de los de mayor relevancia.

Por su parte, la perspectiva procesal indica, de acuerdo con lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución, que los colegios profesionales, por un lado, si bien tienen legitimidad procesal para interponer demandas de inconstitucionalidad, no pueden cuestionar cualquier tipo de leyes, sino aquellas circunscritas a su ámbito de conocimientos, y, por otro, que esta legitimidad no puede servir de instrumento para viabilizar,

---

[60] Resolución de fecha 13 de febrero de 2006, recaída en el expediente n.º 0033-2005-PI/TC.
[61] Ibídem, fundamento 3.
[62] STC, expediente n.º 005-2005-AI/TC, fundamento 3.

soterradamente, intereses particulares o de grupos de presión, sino más bien accionar en cautela de intereses generales o que atañen a la sociedad en su conjunto.[63]

La regulación jurisprudencial complementaria realizada por el Tribunal Constitucional de los sujetos o partes procesales atípicos y de las características necesarias para la legitimidad procesal es imposible de realizarse sin un mandato legal en una lógica procesal clásica. Sin embargo, en los procesos constitucionales la reserva de ley no constituye una condición absoluta ante los vacíos o lagunas de las normas procesales constitucionales, en razón del principio jurídico de la supremacía constitucional. Ello solo es posible de concretizarse con base en la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, en tanto este órgano no solo interpreta la Constitución y las leyes en función de la norma suprema, sino que extraordinariamente también puede crear derecho procesal para no dejar de impartir justicia constitucional ante el vacío o la deficiencia de la ley procesal ordinaria.

### *6.2.2. Jurisdicción*

Al relacionar la autonomía procesal del Tribunal Constitucional con la jurisdicción, es decir, con la potestad que emana de la soberanía del Estado para realizar el derecho a través de la solución de las controversias jurídicas,[64] se puede apreciar que aquella se ha ido manifestando principalmente cuando, por ejemplo, definió su competencia para realizar el control constitucional de las leyes que entraron en vigencia con anterioridad a la creación e implementación del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico.

Así, señaló que, tratándose de leyes o normas con rango de ley anteriores a la constitución del Tribunal, el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad no podía comenzar a contarse sino a partir del día en que este quedó constituido; vale decir, a partir del 24 de junio de 1996.[65]

También se puede señalar el caso de la sentencia de inconstitucionalidad de la derogada Ley Wolfenson, en la medida en que el Tribunal Constitucional interpretó, sobre la base de su autonomía procesal, que era factible la declaración de invalidez de los efectos jurídicos de una norma legal derogada, por cuanto no solo era posible declarar la inconstitucionalidad sobre el texto de la ley —entendido como disposición o norma—, sino también contra los perniciosos efectos jurídicos en la lucha anticorrupción que aún continuaban rigiendo, a pesar de su origen constitucional espurio.[66]

Esta sentencia del Tribunal Constitucional peruano fue un caso de laboratorio del ejercicio razonable de su autonomía procesal, ya tempranamente sostenida por Hans Kelsen con respecto al control de constitucionalidad de leyes derogadas.[67]

---

[63] STC, expediente n.º 0027-2005-AI/TC, fundamento 12.

[64] Montero Aroca: *Introducción al derecho procesal,* o. cit., p. 53.

[65] STC, expediente n.º 0044-2004-AI/TC, fundamento 2.

[66] STC, expediente n.º 0019-2005-PI/TC.

[67] Hans Kelsen: "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)"… o. cit., pp. 234-235. "Parece obvio que el tribunal constitucional solo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha

Del mismo modo, aunque ahora ha sido recogida en el Reglamento normativo del Tribunal Constitucional, la figura procesal del *amicus curiae* ha realizado una configuración propia, en el sentido de que es el propio Tribunal el que define quiénes son sus *amici* y el momento procesal en el que pueden actuar en el marco de un proceso constitucional. Del mismo modo ha definido sus facultades y límites.

Así, por ejemplo, cuando el Instituto de Defensa Legal puso a consideración del Tribunal Constitucional su informe *Amicus Curiae*, con relación a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Defensoría del Pueblo contra la ley n.º 24150 y el Código de Justicia Militar,[68] o en el caso de la demanda de inconstitucionalidad contra dos ordenanzas regionales relacionadas con el cultivo de la hoja de coca, proceso en el cual la Defensoría del Pueblo se presentó como *amicus curiae*.

Igual consideración —es decir, como una manifestación de la autonomía procesal del Tribunal— merecen aquellos casos en los que este se ha constituido en el lugar de la supuesta afectación de los derechos fundamentales —visita *in loco*— o de otros bienes constitucionales,[69] o cuando, pese a no estar previsto en su normativa procesal, con un criterio de razonabilidad ha estimado pertinente recepcionar informes de hechos en las audiencias públicas o de vista de la causa.[70]

Muchos institutos procesales no son concordantes con los fines de los procesos constitucionales; por eso en el Código Procesal Constitucional el legislador haya suprimido algunos institutos como la reconvención, el abandono, la etapa probatoria propiamente dicha, la nulidad de sentencias, la recusación de magistrados, o que a través de la jurisprudencia vinculante el Tribunal Constitucional haya incorporado nuevos institutos o haya dotado de contenido constitucional a los existentes, lo cual ha permitido valorar de manera diferente las disposiciones procesales señaladas.

De allí que los institutos procesales ordinarios semánticamente pueden ser idénticos a los del Código Procesal Constitucional, pero en los procesos constitucionales adquieren un significado sustancialmente diferente acorde con los principios y valores constitucionales. Esta actuación se fundamenta en la autonomía procesal, entendida como la capacidad del Tribunal Constitucional para establecer reglas vinculantes ante los vacíos procesales legales o suplir las deficiencias procesales de estas, a través de la utilización de los principios y métodos de interpretación constitucionales.

---

dejado de estar en vigor? Sin embargo, observando con atención esta cuestión, se advierte que es posible aplicar el control de constitucional a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general —en este sentido solo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta— abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberían continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aún en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada […] es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirada a la norma el resto de vigor que conservaba".

[68] STC, expediente n.º 0017-2003-AI/TC, fundamento 6.

[69] STC, expediente n.º 0021-2003-AI/TC.

[70] STC, expediente n.º 0024-2003-AI/TC.

### *6.2.3. Proceso*

También propiamente en relación con el proceso en sí —que es el medio o instrumento mediante el cual se actúa la jurisdicción del Estado—,[71] el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de recurrir a su autonomía procesal para dar plena vigencia a los principios *pro homine, pro actione* y de precaución. Así, dicha autonomía se manifiesta cuando se pronuncia más allá del petitorio de la demanda, en aras de una adecuada protección de los derechos fundamentales, especialmente en los procesos constitucionales de amparo; de esta manera, sobre una interpretación conforme con los principios señalados, se pronuncia distanciándose de la concepción clásica del *principio de congruencia procesal*, según el cual el juez no puede fallar otorgando más ni menos de lo pedido o algo no solicitado por el demandante.

Los tipos de hábeas corpus y su desarrollo jurisprudencial también constituyen, en último término, la manifestación de la autonomía procesal que ostenta el Tribunal,[72] de la misma forma que la configuración jurisprudencial de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia.[73] En otros casos, dicha autonomía se refleja cuando el Tribunal Constitucional, en virtud de los principios procesales de economía y celeridad, y aun cuando no existe una norma que así lo prevea, reconduce un determinado proceso constitucional a otro. Por ejemplo, cuando estima que en una demanda de hábeas corpus no existe una afectación concreta o una amenaza cierta e inminente de la libertad personal, lo reconduce como una demanda de amparo y se pronuncia sobre él.[74]

El establecimiento de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad de las normas legales es quizás la expresión más acabada de la autonomía procesal del Tribunal. Fue desarrollado de manera sistemática por vez primera por el Tribunal Constitucional peruano cuando resolvió un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación antiterrorista.[75] En dicho proceso se puso en evidencia que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa —desde un punto de vista político, jurídico, económico o social— que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley (u otra norma con rango de ley) puede ser perjudicial para la sociedad.

Es así que, sobre la base de la distinción entre disposición —es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras— y norma —esto es, el(los) sentido(s) interpretativo(s) que deriva(n) de la disposición—,[76] el Tribunal Constitucional peruano desarrolló sentencias de principio,[77] a partir de la interpretación del sentido y

---

[71] Montero Aroca: *Introducción al derecho procesal,* o. cit., p. 176.
[72] STC, expediente n.º 2663-2003-HC/TC.
[73] STC, expediente n.º 0959-2004-HD/TC.
[74] STC, expediente n.º 6204-2006-PHC/TC.
[75] STC, expediente n.º 010-2002-AI/TC, fundamentos 26 al 35.
[76] Riccardo Guastini: *Le fonte del diritto e l'interpretazione,* Milán: Giuffrè, 1993, p. 18.
[77] La doctrina suele clasificar, de modo general, las sentencias del Tribunal Constitucional en *sentencias de especie* y *sentencias de principio.* Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas

el alcance de las normas constitucionales, a fin de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos. De acuerdo con la clasificación elaborada por el Tribunal Constitucional,[78] dichas sentencias pueden ser:

1. Sentencias estimativas. Son aquellas que declaran fundada una demanda. Su consecuencia es la eliminación o expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico y, a su vez, se clasifican en:

a. Sentencias de simple anulación: dejan sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto normativo.
b. Sentencias interpretativas propiamente dichas: declaran la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial.
c. Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas): detectan y determinan la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de este tipo de sentencias se sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. Adicionalmente, las sentencias interpretativas-manipulativas admiten la siguiente clasificación: sentencias reductoras, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas y sentencias estipulativas.

2. Sentencias desestimativas. Son aquellas que declaran, según corresponda, inadmisible, improcedente o infundada la demanda.

De acuerdo con lo expresado por el propio Tribunal Constitucional,[79] el fundamento de las sentencias interpretativas se encuentra en los artículos 38.º, 45.º y 51.º de la Constitución,[80] que la reconocen como norma jurídica (suprema), así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado de los artículos 102.º inciso 2, 103.º y 109.º de la Constitución.[81]

---

constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto, y en ellas la labor del Tribunal es meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida en que interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales, colmando los vacíos normativos y forjando verdaderos precedentes vinculantes. Cf. Theodor Maunz et al: *Bundesverfassungsgerichtsgezets,* Múnich: C. H. Beck, 2003, pp. 122 ss.; Klaus Schlaich: *Das Bundesverfassungsgericht,* Múnich: C. H. Beck, 1997, pp. 260 ss.

[78] STC, expediente n.º 004-2004-CC/TC, fundamentos 2 al 4.

[79] STC, expediente n.º 030-2005-AI/TC, fundamento 53.

[80] Artículo 38.º de la Constitución: "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

Artículo 45.º de la Constitución: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen […]".

Artículo 51.º de la Constitución: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

[81] Artículo 102.º de la Constitución: "Son atribuciones del Congreso: […] 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. […]".

Artículo 103.º de la Constitución: "[…] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos;

Sobre este punto, aún resta señalar que, en la sentencia recaída en el expediente n.º 030-2005-AI/TC, el propio Tribunal Constitucional estableció límites a su labor interpretativa e integrativa, señalando que:

a. En ningún caso podrá vulnerar el principio de separación de poderes, por cuanto:

> […] las sentencias interpretativas e integrativas solo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento "conforme a ellas" [fundamento 61.*a*].

b. No cabe emitirlas cuando el vacío normativo de la declaración de inconstitucionalidad pueda ser cubierto de varias maneras.

> En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que solo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones [fundamento 61.*b*].

c. Solo pueden ser dictadas, con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45.º de la Constitución), para evitar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley genere efectos aún más perversos —e inconstitucionales— para el Estado constitucional y democrático de derecho que su permanencia en el ordenamiento jurídico (fundamento 61.*c*).
d. Resultan legítimas solo si el Tribunal Constitucional argumenta debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que justifican su dictado (fundamento 61.*d*).
e. Su emisión requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de dicho Tribunal (fundamento 61.*e*).

Según lo expresado en el texto de la sentencia, estas limitaciones constituyen un precedente de observancia obligatoria, en aplicación del artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece:

---

salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. […]".

Artículo 109.º de la Constitución: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

> Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.

Otros pronunciamientos en los cuales el Tribunal Constitucional también se ha remitido al principio de autonomía procesal son:

A fin de realizar un cambio de precedente en materia pensionaria. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente n.º 1417-2005-AA/TC, que constituye un precedente, el Tribunal Constitucional determinó el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión de jubilación,[82] distinguiendo el contenido esencial, del contenido no esencial y del contenido adicional. Al respecto señaló:

> […] dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal […].[83]

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente n.º 4119-2005-AA/TC, en que se desarrolla el tema de la sentencia constitucional, el Tribunal ha puesto especial énfasis en la posición de primer orden que la sentencia constitucional ostenta entre las decisiones del Estado democrático de derecho, dadas sus particulares características. Respecto de tales características ha señalado:

> La configuración del proceso mismo queda sujeta, en buena parte, a la capacidad procesal del Tribunal para "fijarse" sus propios límites (piénsese en el principio *iura nóvit curia* o en las propias lecturas que suele hacer el Tribunal a partir de la narración propuesta por las partes). El Tribunal ha encontrado, en más de una ocasión, una pretensión distinta o, en algunos casos, incluso ha podido "convertir" un proceso de cumplimiento en amparo a efectos de dar "una mejor protección" al recurrente [STC, expediente n.º 4080-2004-PC/TC].[84]

En otra ocasión, el Tribunal Constitucional invocó su autonomía procesal a efectos de ir determinando aquellos aspectos del recurso de agravio constitucional que no fueron intencionalmente regulados por el legislador y que son necesarios para llevar a cabo sus fines constitucionales.

Se trata de la sentencia recaída en el expediente n.º 2877-2005-PHC, en que el Tribunal admitió la importancia de implementar disposiciones en su reglamento normativo que, sin vulnerar los principios procesales generales que se desprenden de la

---

[82] STC, expediente n.º 1417-2005-AA/TC, fundamento 37.
[83] Ibídem, fundamento 48.
[84] STC, expediente n.º 4119-2005-PA/TC, fundamento 38.

Constitución y las leyes, regulen la procedencia del recurso de agravio constitucional de manera más efectiva.[85]

La novedad de incorporar la autonomía procesal del Tribunal Constitucional yace en que, a diferencia de los jueces ordinarios del Poder Judicial —que se encargan, en principio, solo de aplicar la ley a través de subsumir el hecho en una norma y su independencia está garantizada por su subordinación a la ley—, en los procesos constitucionales los jueces especiales y en última instancia el Tribunal Constitucional se encargan de controlar a la ley y darle el sentido interpretativo, inaplicarla o dejarla sin efectos de manera particular o general, conforme a la norma suprema. Esto solo es posible en la medida en que la autonomía procesal le otorga al Tribunal Constitucional la capacidad para crear normas procesales, vía su reglamento y/o sentencias vinculantes, para la consecución de los fines de los procesos constitucionales.[86]

## 7. Límites a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional

Si bien la denominada *autonomía procesal* le confiere al Tribunal Constitucional un importante grado de libertad en el momento de definir su derecho procesal, se debe tener presente que toda libertad —que no es autarquía— debe ser ejercida en el marco de ciertos límites que garanticen su legitimidad.

Los límites pueden ser de dos tipos: formales y materiales. Los límites formales están establecidos en el derecho objetivo, es decir, en las normas jurídicas; mientras que los límites materiales se expresan en la jurisprudencia constitucional en la medida en que desarrolla los vacíos procesales de las normas. Por tanto, es posible afirmar que *prima facie* los límites materiales se encuentran en función de los límites formales.

### 7.1. Límites formales

#### *7.1.1. La Constitución y las leyes*

Si bien la autonomía procesal le permite al Tribunal Constitucional integrar los vacíos o deficiencias que presenta la normatividad que regula los procesos constitucionales, dicha autonomía no supone ampliar las competencias que le han sido constitucional y legalmente conferidas reformándolas o contradiciéndolas, por cuanto ello es tarea soberana del legislador.

Este límite ha sido concebido como una manifestación del principio de separación de poderes, toda vez que el Tribunal no podrá interferir, en el ejercicio de su autonomía procesal, en la esfera de competencias de otro órgano o poder del Estado, en particular del Poder Legislativo, lo cual:

---

[85] STC, expediente n.º 2877-2005-PA/TC, fundamento 22.

[86] Mijail Mendoza: "La autonomía procesal constitucional", en *Justicia Constitucional,* año II, n.º 4, julio-diciembre, Lima, 2006, p. 99.

> […] le obliga, en el ejercicio de su función jurisdiccional, a una autocontención también en el campo procesal, equiparable a la que ha de practicar respecto a las cualidades constitucionales materiales.[87]

En consecuencia, el Tribunal Constitucional no podrá apartarse de aquellas normas constitucionales y legales en que se han establecido los principios fundamentales de los procesos constitucionales, como son el artículo 200.º de la Constitución, el Código Procesal Constitucional —ley n.º 28237— y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —ley n.º 28301—, pero sí interpretarlas e integrarlas si es necesario.

### *7.1.2. Los tratados internacionales*

Los tratados expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional y han sido reconocidos como fuentes normativas porque la Constitución así lo dispone: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (artículo 55.º de la Constitución). Sin embargo, en materia de derechos humanos, la Constitución establece un tratamiento diferenciado a través de 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.

Como puede apreciarse, la Constitución reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar derechos y libertades que han sido reconocidos constitucionalmente.[88] En tal medida, los tratados internacionales son también una fuente del derecho procesal constitucional, principalmente en tanto reconocen el derecho a un "recurso efectivo" frente a las violaciones de derechos humanos. Así, el artículo 25.º inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Al respecto, la exigencia de interpretar las normas que reconocen, regulan o limitan derechos fundamentales, de conformidad con los tratados suscritos por el Perú en

---

[87] Rodríguez-Patrón: o. cit., p. 149.

[88] Al respecto, véase expediente n.º 0047-2004-AI/TC, fundamentos 18 al 22; STC, expediente n.º 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 25 al 34, asimismo, STC, expediente n.º 0033-2005-AI, fundamento 6 (entre otros).

materia de derechos humanos, deriva no solo de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional.

En consecuencia, en ejercicio de su autonomía procesal, el Tribunal Constitucional no está facultado para limitar o restringir el alcance que los tratados internacionales reconocen a los procesos constitucionales, sino, por el contrario, para cumplirlos y desarrollarlos en caso de vacío o deficiencia de sus disposiciones y resoluciones. En particular, las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, como lo es el de acceder a un recurso sencillo y rápido para la tutela de derechos fundamentales, constituyen también un parámetro de interpretación que deberá observar el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

### *7.1.3. La vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución: artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional*[89]

El ejercicio de la autonomía procesal por el Tribunal Constitucional no puede desarrollarse al margen de los fines constitucionales que este órgano está llamado a garantizar. Por ello, y en aras de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar que la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución no cedan ante la ausencia o la deficiencia de normas procesales.

Es así que el sustento de la institución opera también como su límite, puesto que el Tribunal Constitucional está obligado a expresar las razones que justifican, en el marco de un caso concreto, la necesidad de recurrir al principio de autonomía procesal, con lo cual debe poner en evidencia los valores y principios constitucionales que orientan y legitiman su labor. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado:

> Este "sacrificio de las formas procesales" solo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los jueces.[90]

[89] Artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

[90] STC, expediente n.º 4119-2005-PA/TC, fundamento 38.

### *7.1.4. El reconocimiento de los principios procesales: artículo III del Título preliminar del Código Procesal Constitucional*[91]

Este límite ha sido recogido en una de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional (resolución de admisibilidad recaída en el expediente n.º 020-2005-AI, de fecha 8 de agosto de 2005). En dicha resolución se afirma "[…] la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan" (fundamento 3).

Al respecto, es importante señalar que la especial naturaleza del derecho procesal constitucional, en tanto derecho constitucional concretizado, justifica la aplicación de los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación, socialización procesales y antiformalismo (artículo III del Título preliminar del Código Procesal Constitucional), que trascienden a los que son tradicionalmente invocados en el marco de un proceso ordinario. De lo contrario, los procesos constitucionales correrían el riesgo de ser sometidos a un positivismo jurídico procesal basado en la ley, que no se condice con los fines constitucionales que estos procesos están llamados a tutelar.

## 7.2. Límites materiales

### *7.2.1. El principio de subsidiariedad*

Sobre este principio, cabe señalar que en caso de detectar lagunas procesales legales, el Tribunal Constitucional puede integrarlas empleando para ello determinadas instituciones procesales, sin que ello implique, evidentemente, trasladar dichas instituciones mecánicamente.

Tal es el caso de la resolución de admisibilidad recaída en el expediente n.º 020-2005-AI, de fecha 8 de agosto del 2005, en que el Tribunal Constitucional reconoció la figura del litisconsorte facultativo y señaló, además, que la gama de instituciones procesales aplicables a los procesos constitucionales puede ser bastante amplia; por ejemplo, en lo referido a plazos, notificaciones, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, "no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su *praxis* jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto".[92]

---

[91] Artículo III del Título preliminar del Código Procesal Constitucional: "Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales".

[92] Resolución de admisibilidad recaída en el expediente n.º 020-2005-AI, de fecha 8 de agosto de 2005, fundamento 3.

### *7.2.2. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad*

En el Estado constitucional de derecho, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el artículo 200.º de la Constitución, son aplicables a todo el ordenamiento constitucional[93] y, por ende, limitan también la autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

Dichos principios exigen que la configuración autónoma del proceso se justifique plenamente en los fines que el Tribunal Constitucional persigue garantizar, y presuponen para dicho órgano constitucional la necesidad de evaluar: a) si la aplicación del principio de autonomía procesal es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si existe una auténtica necesidad de aplicar dicho principio, y c) si el grado de libertad que asume el Tribunal Constitucional en la configuración de su derecho procesal es proporcional a los fines que persigue.[94]

### *7.2.3. El principio de interdicción de la arbitrariedad*

Si bien la Constitución no ha establecido expresamente este principio, bien puede desprenderse de su artículo 45.º, que señala:

> El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Asimismo, este artículo ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de proscribir los excesos de poder por los órganos del Estado, que deben actuar legítimamente en el marco de las atribuciones que les han sido constitucional y legalmente conferidas. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que dicho principio tiene un doble significado:

> […] a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.[95]

En consecuencia, en ejercicio de su autonomía procesal, el Tribunal Constitucional debe ejercer una labor acorde con los fines de los procesos constitucionales, cuidando de motivar adecuadamente sus resoluciones y procurando que estas sirvan como referente para los futuros procesos que deberá resolver.[96]

---

[93] STC, expediente n.º 0006-2003-AI/TC, fundamento 8.

[94] César Landa Arroyo: *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima: Palestra, 2004, pp. 237 ss.

[95] STC, expediente n.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 12.

[96] Rodríguez-Patrón: o. cit, p. 155-156.

Son estos los principales límites que, a nuestro juicio, debe respetar el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su autonomía procesal.

## 8. Conclusión

Si el constituyente ha incorporado en la Constitución de 1993 normas regla pero sobre todo normas de principio, a través de conceptos jurídicos indeterminados o abiertos como el debido proceso, la tutela judicial o la dignidad humana, es indudable que la justicia constitucional para adquirir certeza y predictibilidad en sus decisiones requiere de normas procesales con dos condiciones: una, que sean adecuadas a dichos principios-derechos y, dos, que sean afines a los procesos constitucionales que los tutelan. Ello requiere constitucionalizar las normas procesales en un sentido institucional —ni formal ni funcional—, valorando a la Constitución como norma jurídica pero también como norma política democrática.

Más aún, con la restauración del Estado constitucional y democrático de derecho a partir del 2001, el Tribunal Constitucional ha empezado a desarrollarse en libertad, a través de una jurisprudencia creativa fundada en valores y principios. Por ello, ante la existencia de vacíos o deficiencias en las normas procesales constitucionales, la autonomía procesal se ha configurado como una necesidad inexorable del Tribunal Constitucional, que a través de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica integra y concretiza las disposiciones constitucionales a fin de asegurar los fines esenciales de los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional).

Es propia del renacimiento de la justicia constitucional a partir del Código Procesal Constitucional del 2004 la existencia de cierta fragilidad conceptual de sus nuevas instituciones procesales, que demandan desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales que los vertebren y les otorguen coherencia práctica en los procesos constitucionales. Esta es la justificación o legitimidad que adquiere el uso de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, en tanto instrumento perfectible para el desarrollo de los principios y las reglas constitucionales que configuran el derecho procesal constitucional.[97]

Dicha autonomía procesal es titularizada por el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, motivo por el cual es importante tener presente que el ordenamiento jurídico-constitucional lo ha configurado como un órgano constitucional, jurisdiccional y político; de ahí que su autonomía procesal deba ser ejercida con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Se trata, en consecuencia, de una potestad que admite límites formales y materiales en su ejercicio. Tal como se ha señalado, los primeros han sido establecidos en el derecho objetivo, es decir, en las normas jurídicas; mientras que los segundos se expresan en

[97] César Astudillo: "Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional", en *Justicia Constitucional,* año II, n.º 4, Lima, julio-setiembre del 2006, pp. 153 ss.

la jurisprudencia constitucional, en la medida en que esta suple y desarrolla los vacíos procesales de las normas jurídicas.

En el Perú, el Tribunal Constitucional se ha encontrado en más de una ocasión frente a situaciones que han sido reguladas de manera insuficiente o que carecen de regulación positiva, como es el caso de los tipos de sentencia de inconstitucionalidad de una norma legal y la figura del *partícipe* en el proceso de inconstitucionalidad. Es en este tipo de supuestos que la aplicación del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional se justifica plenamente, frente a la necesidad del Tribunal de no dejar de impartir justicia ante los vacíos o defectos de la legislación procesal.

Del mismo modo, esta vez aludiendo al Reglamento normativo del Tribunal Constitucional, este órgano tiene la facultad (artículo 2.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) de reordenar y mejorar aspectos jurisdiccionales a fin de que los procesos constitucionales puedan ser resueltos de manera rápida y efectiva.

Todas estas consideraciones dan cuenta de la necesidad del Tribunal Constitucional de ejercer un mayor grado de libertad a la hora de configurar su derecho procesal, lo cual, ciertamente, conlleva una importante responsabilidad, que el Tribunal deberá garantizar —a través de una labor de autocontención— no se torne en autarquía. De ahí la importancia de la especial calificación académica y democrática de sus magistrados y el respeto a los límites de la autonomía procesal de dicho órgano.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 311-328, ISSN 1510-4974

**Jânia Maria Lopes Saldanha* e Angela Araújo da Silveira Espindola** (Brasil)**

# A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo***

## RESUMO

**Com a finalidade de garantir a conformidade entre a legislação e a Constituição, a jurisdição constitucional, plenamente considerada, apresenta intenso potencial para um começo de quebra da visão tradicional de processo civil. Dada sua perspectiva publicista e coletiva na sua forma direta e concentrada, ultrapassa as limitações impostas pelo individualista modelo de processo atual. Do mesmo modo, a sua abertura à sociedade aumenta o seu grau de legitimidade e concretiza os valores da democracia direta.**

**Palavras-chave: processo constitucional, jurisdição constitucional, tribunais constitucionais, controle de constitucionalidade, legislação civil, Brasil.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Zur Gewährleistung der Übereinstimmung von Gesetzgebung und Verfassung verfügt die im umfassenden Sinne verstandene Verfassungsgerichtsbarkeit über das erforderliche Potenzial, um die traditionelle Sichtweise des Zivilprozesses allmählich aufzubrechen. Angesichts ihrer direkt und konzentriert auf die Öffentlichkeit gerichteten kollektiven Perspektive überwindet sie die mit dem heutigen individualistischen Prozessmodell verbundenen Einschränkungen. Mit ihrer Öffnung gegenüber der Gesellschaft steigert sie zudem ihre Legitimität und verwirklicht die Werte einer direkten Demokratie.**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsprozess, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Normenkontrolle, Zivilgesetzgebung, Brasilien.**

---

* Doutora em Direito (UNISINOS). Mestre em Integração Latino-Americana (UFSM). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do curso de Direito da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos e da UFSM – Universidade Federal de Santa Maria. Advogada. ‹janiasaldanha@gmail.com›

** Doutora e Mestre em Direito (UNISINOS). Professora do Curso de Direito da UNISINOS. Advogada. ‹aaes@uol.com.br›

*** Resultado parcial da pesquisa "O Sistema Autônomo de Solução de Controvérsias do Mercosul e as Cortes Supremas de Justiça dos seus Países-membros: Direitos Humanos e perspectivas para a consolidação da cidadania", financiada pelo CNPq, desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisas "Cidadania, Multiculturalismo, Poderes e Processos de Integração".

**ABSTRACT**

**For the purpose of assuring accordance between legislation and Constitution, the constitutional jurisdiction, fully considered, shows high potential in order to break the old traditional view of the civil process. Given the publicist and collective perspective in its concentrated and direct style, it goes beyond the limitations of the usual individualistic model of process. Besides, its opening to society increases the legitimacy and accomplishes the values of the direct democracy.**

**Keywords: Constitutional process, constitutional jurisdiction, constitutional courts, constitutionality control, civil law, Brazil.**

*O legislador não deve perder de vista que as leis são feitas para os homens, e não os homens para as leis; que devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo para o qual são feitas…*
*Portalis*

## 1. Introdução

Para a comunidade jurídica brasileira, o dia 20 de abril de 2007 teve uma significativa importância. Durante dez horas, pela primeira vez na sua história o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, abriu suas portas para ouvir segmentos da sociedade relacionados ao tema objeto da demanda que é a constitucionalidade do artigo 5º da Lei da Biossegurança.

Minuto a minuto, desde a abertura desse encontro para o diálogo da Justiça com a sociedade, foi possível acompanhar o desenrolar dos atos processuais em que o STF, numa atitude de humildade e sabedoria, calou para ouvir a sociedade, com o claro objetivo de construir coletivamente a futura decisão que deverá proferir.

A história do Direito demonstra muito bem que, ao lado dos mimetismos intelectuais que permitiram a importação para o sistema jurídico brasileiro de instituições comparadas afastadas da realidade político-social e da cultura do Brasil, existem, por outro lado, inovações no campo jurídico afinadas com as exigências dessa mesma sociedade. Surgem, assim, legitimidades que se constroem com o uso. Esse é o caso da previsão de realização de audiência pública nos processos de controle de constitucionalidade, cuja eficiência, para o processo, somente será comprovada com o seu exercício.

Pensar um novo modelo de jurisdição e de processo, abertos à cooperação e ao diálogo, exige espíritos livres que estejam preparados para as eventuais derivas que venham a seguir. Talvez essa, ao primeiro olhar, seja uma perspectiva inquietante, mas não menos interessante para todos aqueles que se dediquem a pensar profundas mudanças no sistema da prestação da Justiça.

Romper com o perfil privado e individualista de processo não favorece a seguridade intelectual que ele, ao menos no plano teórico, sempre proporcionou, ainda que com sacrifício da sua democratização (Parte 1). Mas é o próprio objeto abordado – o processo – que exige transgressão nas suas bases fechadas ao caráter repressivo da jurisdição, reduzida às partes individuais. O movimento à abertura que a constitucionalização do processo imprime pode bem mostrar o deslocamento importante do modelo de processo de perfil liberal para o modelo social, comprometido com os valores democráticos e republicanos. A audiência pública referida constitui-se num bom exemplo disso (Parte 2).

## 2. A Jurisdição constitucional e o modelo individualista de processo: fechamento à democratização

O apelo, cada vez mais freqüente, à jurisdição constitucional, na sua feição direta e concentrada, indica um sintoma e um efeito. O sintoma é de dupla face. De um lado, quanto mais o Tribunal encarregado de controlar a constitucionalidade das leis é chamado, mais evidente resta que o legislador poderá estar fazendo uso de suas competências, tanto formais quanto materiais, ao arrepio da Carta Constitucional. Por outro, indica que os legitimados a provocar a jurisdição constitucional, no caso restrito do controle direto e concentrado, estão atentos à força normativa da Constituição e que o respeito a ela é condição de sobrevivência do regime democrático. O efeito, ao menos no plano teórico, é que quanto mais a jurisdição constitucional se abre à sociedade, mais legitimidade tende a agregar à sua atividade e, com isso, maior grau de confiabilidade e respeito poderá obter do meio social.

O processo constitucional, nesse sentido, inova, porque rompe com o modelo tradicional de processo individualista e porque repousa sob a perspectiva de resultado mais amplo sob o ponto de vista dos atingidos pela decisão (1.1). Não apenas isso: provoca abertura da jurisdição constitucional à sociedade, tudo em contrário ao fechamento democrático que as estruturas ordinárias de processo conformam (1.2.)

### 2.1. A jurisdição constitucional e a constitucionalização do processo: Novos feitios, novos desafios

Recém iniciado, o Século XXI tem apresentado surpresas em várias esferas. No plano das relações internacionais, o mundo nunca mais foi o mesmo depois do 11 de setembro. No âmbito das relações supranacionais a União Européia tem-se mostrado como um grande laboratório onde frutificam as aspirações pela harmonização dos marcos normativos e das atuações das instituições comunitárias, sobretudo com as promessas de construção de uma comunidade unida por laços cada vez mais estreitos e que busca forjar um destino comum.[1] Os Estados-nacionais, embora vivamente atuantes no

[1] Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: ‹http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12004V/htm/C2004310PT. 01000301.htm›. Acesso em 03 de maio de 2007.

cenário internacional, perderam, paulatinamente, seu papel de protagonistas. Nada que deva causar surpresa ou estranheza.

O inexorável aumento da complexidade das relações no mundo contemporâneo tem fomentado um jogo cruzado entre os vários níveis, em cujo contexto o modelo estatal é apenas mais um. De todo modo, se cada vez mais o velho Estado-Nação se abre ao internacional, também este muito tem a aprender com ele. Se a sua re-fundação[2] é uma proposta aberta diante da pluralidade de fontes, de poderes e de valores, o contexto regional, então caracterizado por processos de integração, e o contexto internacional, então caracterizado por relações entre atores com vocação universal, podem valer-se do ensinamento de experiências nacionais com vocação para a democracia e para o respeito dos direitos humanos.

O caso do constitucionalismo, nesse sentido, é emblemático, uma vez que agregou valores universais[3] no espaço puramente estatal. Nesse sentido, as Constituições de inúmeros Estados do mundo ocidental, aos poucos, como resultado de um mesmo processo de transformação que teve início na segunda metade do Século XX, trouxeram elementos novos para reger a vida intra-estatal, influenciadas que foram pelos movimentos em favor da democracia e pelo fim de qualquer tipo de totalitarismos, tão presentes na recente história daquele Século.

Não só pela idéia grega de Justiça e Ética há muito relatada na Ética a Nicômaco de Aristóteles, e tampouco peloos princípios em favor da igualdade, liberdade e fraternidade, legados pela Revolução Francesa, mas também pela influência mais recente da Declaração Universal dos Direitos do Homem datada de 1948, é que as Constituições passaram a garantir um conjunto de direitos e princípios protetivos dos direitos do homem. Nada menos do que a expressão das aspirações e conquistas de cada povo.

O surgimento da jurisdição constitucional ocorreu ao mesmo tempo em que se estabelecia a garantia daqueles direitos. Não seria mesmo possível que as Constituições estabelecessem valores para reger a vida em sociedade e não estabelecessem minimamente condições de acesso à sua efetivação e respeito. O chamado ao juiz seria inevitável, uma vez que para garantir a inteireza da Constituição se tornava necessário dotar o julgador de poder suficiente para afastar qualquer inconstitucionalidade ou ameaça de inconstitucionalidade.

O direito processual, em vista disso, foi elevado à categoria constitucional na maioria das Cartas Constitucionais, seja porque inúmeros princípios de processo foram inseridos no conjunto dos direitos fundamentais, como o direito de acesso à Justiça, em processo público, conduzido por juízes imparciais e independentes, seja porque

---

[2] Uma estratégia prescritiva, nesse sentido, pode ser encontrada em Nicolás María López Calera. *Yo, el Estado.* Madrid: Editorial Trotta, 1992, p. 81-116. Também em Manuel García Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid: Alianza Editorial, 1982.

[3] É disso que trata Peter Haberle quando se refere à Constituição como cultura, como um arquétipo que traz como elementos fundamentais a dignidade humana e a soberania popular. *In: Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.* Madrid: Tecnos, 2000, p. 33.

um conjunto de direitos garantidores das liberdades públicas poderia ser invocado em Justiça por meio de ações apropriadas ao seu melhor exercício.[4]

Não era, porém, suficiente. Fazia-se necessário que as Cartas Constitucionais previssem como e por quais caminhos procedimentais os seus juízes realizariam a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos dos legisladores e dos administradores, no jogo cruzado de competências muito próprio dos sistemas federativos à moda montesquiana. A resposta, no caso brasileiro, foi dada pela adoção do sistema misto de controle da constitucionalidade[5] que atribui aos juízes poderes de realizar esse controle tanto em casos concretos, quanto diretamente, num processo dito objetivo, porque ausente o interesse individual e o litígio, ambos signos da matriz clássica de processo.

No entanto, se os juízes nacionais são encarregados de realizar o controle da eficácia da Constituição, ainda permanecem atrelados ao modelo liberal-individualista de processo que, baldados os esforços reformistas da última década, continua a moldar um tipo de jurisdição inefetiva e burocrática, refém da limitação subjetiva, da restrição da prova e da extensão da coisa julgada, como abaixo será analisado.

## 2.2. O modelo individualista de processo como retrato do modelo de Estado: Fechamento à democratização

Por certo que para além de prever um caminho – o controle da constitucionalidade – no corpo das Cartas Constitucionais, fazia-se necessário identificar-se antes quem é o Estado, qual o seu perfil, quais seus objetivos e qual a sua função no contexto de uma determinada sociedade. Ou antes: eleger um tipo de Estado que se pretende coerente com as exigências de um novo século e com a emergência de uma nova sociedade. Daí a acuidade da observação de Mirjan Damaska ao afirmar que "la pregunta no es sólo qué tipo de procedimiento queremos, sino tambiém qué tipo de organización del Estado poseemos".[6]

Deste modo, antes de investigar sobre que tipo de Jurisdição ou de Processo Judicial se pretende para uma determinada sociedade, é inevitável observar qual o perfil do Estado. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição, e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle da constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais que estão sempre por trás de toda e qualquer lei. Nesta perspectiva, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o judiciário, papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição. Resta,

---

[4] No caso brasileiro, os princípios constitucionais processuais e as ações constitucionais para a garantia das liberdades públicas estão inseridos no artigo 5º da Constituição Federal.

[5] Veja-se Lenio Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 225-282.

[6] Mirjan Damaska. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000.

portanto, a conclusão de que a função nitidamente jurisdicional não se contenta com o modelo de solução de controvérsias – de cariz eminentemente privado, individualista –, mas ultrapassa-o para atender aos valores constitucionais. Identificado o Estado que se possui, só então é possível fazer as opções. E a opção feita, num curto prazo, tem sido pela reforma legislativa e não pela refundação do processo (ou do Estado), o que tem corroborado aquela matriz clássica do processo.

Ora, o Estado, no contexto brasileiro, é um Estado que se diz "democrático de direito" (assim consta no prefácio da Constituição Federal), porém comporta-se como um "liberal de direito" (assim é extraído do seu texto legal e das suas preocupações iminentemente individualistas ou reféns da *lex mercatoria*). Porém, esse Estado que se diz democrático, mas se comporta como liberal, padece as crises de um Estado social sem nunca ter alcançado o conteúdo deste.

A preocupação exclusiva com as normas de direito processual, desconectada da perspectiva histórica e cultural, fez com que durante muito tempo fossem desconsiderados três elementos: o aumento de bens a serem tutelados, o aumento dos sujeitos de direito e a ampliação do tipo de *status* dos sujeitos.[7] Esses três elementos forjaram o desvelamento de novos direitos (em especial aqueles direitos sociais, direitos de solidariedade, os direitos transindividuais, a questões relativas à bioética e ao biodireito, os direitos advindos da realidade virtual…), carentes não só de um amparo legal, de eficácia jurídica, mas sobretudo, carentes de eficácia social, ou seja, de efetividade diante da sua violação ou da ameaça de sua violação. Em suma, seja na órbita do direito nacional, regional ou internacional, os problemas jurídicos exigem respostas democráticas que considerem a emergência dos novos direitos; porém as respostas colocadas à disposição são aquelas de ordem individualista, de perfil liberal-normativista. Configura-se, assim um profundo descompasso entre os desejos e possibilidades. O aparato posto à disposição para solucionar, por exemplo, uma lesão a direitos coletivos ainda está atrelado à matriz clássica do direito processual, caricaturada no Código de Processo Civil,[8] ignorando o próprio sentido da Constituição e a aproximação recíproca dos ordenamentos (e culturas) jurídicos.

---

[7] Uma exploração mais cuidadosa sobre o assunto, afirmando os direitos como classe variável, portanto, não a-histórica ou a-temporal, pode ser encontrada na obra, já clássica, de Norberto Bobbio (A era dos direitos). Já não é possível negar que os direitos se modificam e continuam a modificar-se com a mudança das condições históricas (direitos que foram considerados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas), e o direito processual necessariamente deverá mostrar-se impactado, sensibilizado, diante dessa dinamicidade do direito e da realidade social.

[8] Atento a essa problemática e sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, tem-se trilhando um novo caminho na ordem nacional e regional, com vistas a criar um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamento ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa: o Código de Processo Civil Coletivo, inspirado no Código Tipo Ibero-americano. Nestes moldes, não há uma característica exclusivamente nacional, mas um verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que assume como desafio a transformação de um processo individualista num processo social. Nesse sentido, é imperioso examinar o texto do anteprojeto de lei do CPC Coletivo Brasileiro, bem como o Código Geral de Processo do Uruguai (1989), o Código Civil e Comercial da Nação, da Argentina, de 1993 (bem como sua Constituição, de 1994). No direito lusitano, caminhando nesse mesmo sentido, tem-se a Lei da Ação Popular, com a proteção dos direitos

Nesse mesmo sentido situam-se os estudos que Owen Fiss realiza no contexto da tradição jurídica da *Common Law*. Embora seus estudos sejam realizados em um sistema jurídico distinto, não se pode negar a (re)aproximação que se tem verificado entre as tradições jurídicas ocidentais da *common law* e a romano-canônica. Ademais, parece ser pertinente a abordagem que Owen Fiss faz, bem como compatível com os anseios (e problemas) da sociedade moderna, guardadas as diferenças entre as tradições jurídicas. Owen Fiss afirma, com propriedade, que "the function of a judge is to give concrete meaning and aplication to our constitucional value",[9] ou seja, ao judiciário incumbe a atribuição de sentido e significado aos valores constitucionais ("give meaning to our public value"). Não se trata, por óbvio, de tornar o judiciário parte ativa na política de grupos de interesse ou o advogado das minorias, mas também, não há que se imaginar um judiciário silente, "neutro" perante ameaças a valores constitucionais.[10] A tarefa da jurisdição não é declarar o 'certo' ou o 'errado', ou simplesmente atribuir significado à lei, mas realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição.

Trilhando caminho semelhante, adverte Castanheira Neves que assumir a jurisdição na perspectiva da implementação dos valores constitucionais para além do modelo de solução de controvérsias (arraigado a uma visão individualista), é refutar o modelo do normativismo-legalista, bem como o modelo do funcionalismo jurídico,[11] em nome de uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como iuris-prudentia. Daí falar-se da importância do papel e da atuação do juiz para a concretização dos valores constitucionais.

De outro modo, é necessário considerar que a atividade da jurisdição é ainda predominantemente marcada pela decidibilidade. Nesse sentido é irrenunciável a lição de François Ost de que decidir é produzir tempo. E se a jurisdição decide por meio do direito processual, é vital reconhecer que esse requer uma nova programação para adequar-se às exigências contemporâneas,[12] o que perpassa minimamente: *a*- por uma revisão dos princípios da demanda e dispositivo; *b*- por uma revisão da clássica noção

---

individuais homogêneos (1995), as ações inibitórias para a defesa dos interesses dos_consumidores (1996). Também na Espanha, desde a reforma processual civil de 2000, há uma preocupação intensa com a defesa de direitos transindividuais. Celso Anicet A. Lisboa. "Aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos Códigos-modelo: algumas tendências do processo civil brasileiro moderno. In: *Revista de Processo*, nº 116. São Paulo: RT, pp. 231-247.

[9] Owen Fiss. "The forms of justice". *Harvard Law Review* 1, v. 93, 1979, p. 4.

[10] Reproduzindo Owen Fiss, tem-se que "judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. They too can make a contribution to the public debate and inquirity." Owen Fiss. "The forms of justice". *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, p. 2.

[11] Sobre a crítica ao funcionalismo, ver Antonio Castanheira Neves. "Entre o 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema': os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito". In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, n. 74 (1998) – separata.

[12] Nesse sentido os "quatro tempos do Direito" de François Ost são significativos. Quando esse autor estabelece a teia jurídica que envolve a "memória, o perdão, a promessa e o requestionamento", os tempos do Direito, é possível compreender que também no campo do processo não só as mudanças do texto processual exigem transformação mas, antes, imprimem um mal-estar que somente poderá ser superado na medida em que o jurista reconhecer que a mudança não se

de parte processual associada apenas aos envolvidos na lide descrita para o juiz, com restrita possibilidade de ampliação, tanto do pólo ativo quanto passivo, às hipóteses de intervenção de terceiros; *c*- por uma nova leitura do princípio da iniciativa probatória, ainda preponderantemente restrita à iniciativa da parte, embora o sistema processual confira iniciativa probatória ao julgador e; *d*- por uma crítica profunda ao sistema da coisa julgada interpartes.

Trata-se, em verdade, de provocar um verdadeiro exercício de tradução intertemporal que exige do jurista o alargamento de seus campos de mentalidade para acolher um processo diferente em que a decisão a ser dada seja resultado de uma construção. A jurisdição constitucional proporciona essa possibilidade. É do que trata o próximo item.

## 3. Jurisdição constitucional e o modelo coletivo de processo: o caso da ADI 3510 e a prática da democracia direta

Falar de jurisdição constitucional em sua perspectiva coletiva é, desde logo, falar de um outro modelo de jurisdição, seja quanto à sua estrutura de atuação, seja quanto à competência de seus juízes, seja quanto ao seu sentido.

Quanto à sua estrutura de atuação, difere do processo civil clássico porque marcada, sobretudo, pela competência colegiada para decidir ações originárias, à exceção das hipóteses em que o Relator, isoladamente, pode responder pelo destino do processo.

No que se refere à competência, o modelo transgride as matérias comuns que a jurisdição está habituada a enfrentar, para deparar-se com temas de significativa repercussão social e de envergadura política, muito próprios dos casos em que o Supremo Tribunal Federal é provocado para decidir acerca do respeito à Constituição. Justamente por isso é que a jurisdição constitucional está aberta à sociedade, permitindo seu ingresso, por meio de representantes, no processo de controle direto.

Por fim, no que diz com seu sentido, é preciso reconhecer que somente por intermédio dessa jurisdição aberta à sociedade é que o processo responderá às exigências republicanas de seu exercício democrático, enquanto poder do Estado que tem por finalidade maior concretizar os valores constitucionais.

Assim, o processo constitucional, do qual as ações de controle concentrado da constitucionalidade são apenas uma parcela, implica em pensar a jurisdição, o processo e – por que não? – o direito processual, sob a perspectiva publicista, afinada em boa medida mais com a origem do modelo processual da tradição comum do que com o modelo de processo próprio da tradição civil, do qual o processo brasileiro é herdeiro.[13] O primeiro, tendo por esteio o papel da jurisprudência e dos precedentes. O segundo, ainda comprometido com o legiscentrismo. O primeiro, de perfil coletivo, do qual são exemplo as *class action* do direito americano, com extensão da coisa julgada

---

dá no vazio, mas no quadro de uma reforma de paradigmas, que envolve um repensar filosófico, sociológico e político. *In:* François Ost. *O tempo do Direito.* Lisboa: Piaget, 2004.

[13] Sobre o tema, consulte-se: John Henri Merryman. *La tradición jurídica romano-canónica.* México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

*erga omnes* ou *ultra partes*. O segundo, de perfil individualista, cujo paradigma é o processo de conhecimento de rito ordinário, com limitação da coisa julgada às partes individuais da ação.

Mas a jurisdição constitucional brasileira, no que diz respeito ao controle concentrado, abre a via à perspectiva coletiva de processo, seja pelos entes legitimados à propositura da ação, seja pelos efeitos das decisões que profere (2.1). Tal publicismo, porém, não se esgota nessas possibilidades. A abertura do processo à participação de outros sujeitos para além das partes do processo ou no máximo, para as figuras interventivas clássicas, inaugura uma nova fase, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, através do processo, traduzindo-se em verdadeiro exercício de democracia direta (2.2).

## 3.1. Jurisdição constitucional e o modelo coletivo de processo: abertura à democratização

Como referido, a Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema misto de controle da constitucionalidade das leis no Brasil. A via difusa, que permite a qualquer juiz inaplicar uma lei que considere contrária à Constituição, cuja apreciação final poderá ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário, agora com as vias estreitadas em razão da imposição da justificativa da repercussão geral da matéria constitucional suscitada, tal como estabelece o seu artigo 102, § 3º, inserido por meio da EC/45-2004. A via concentrada, instrumentalizada por intermédio de ações específicas para tal, também previstas no mesmo dispositivo, sendo elas a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação por descumprimento de preceito fundamental, respectivamente inseridas no inciso I, "a" e § 1º.

Para os limites deste trabalho interessam alguns aspectos concernentes às ações de controle concentrado, especificamente no que diz às leis que regulamentam o seu processo perante o único juízo competente que é o Supremo Tribunal Federal. Nesta esteira, a Lei 9868/99 regulamenta o processo das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, bem como a Lei 9882/99 regulamenta o processo da ação por descumprimento de preceito fundamental.

As Leis citadas, ao estabelecerem o processo das ações de controle da constitucionalidade expressam, de certa forma, a marca da jurisdição constitucional brasileira nesse aspecto,[14] que é a de agir em um processo objetivo, sem as tradicionais partes dos processos de natureza individualista e que, por isso, geram uma outra e inusitada espécie de eficácia das decisões proferidas.[15] O rompimento com o perfil individualista

[14] Essa ressalva é necessária pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal não pode ser considerado uma Corte Constitucional "pura" nos moldes europeus, uma vez que possui competência bem mais ampla do que as Cortes Constitucionais européias, porquanto o art. 102 da Constituição Federal lhe atribui competência para o processamento e julgamento de pessoas e matérias que escapam à natureza da matéria constitucional.

[15] Como por exemplo, a declaração de nulidade parcial de uma lei infraconstitucional, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, a interpretação conforme a Constituição.

e privado de processo[16] cedeu passo a um processo de natureza coletiva, uma vez que as pessoas e entes legitimados pelo artigo 103 da Constituição Federal e repetidos nos artigos 2º das Leis 9868/99 e 9882/99, embora ajam em nome próprio, o fazem defendendo, invariavelmente, direito de toda a sociedade; daí projetarem para o exterior da demanda efeitos *erga omnes* e vinculantes para todos.

Obviamente, a existência de um eficiente sistema de controle da constitucionalidade das leis infraconstitucionais atende aos reclamos sociais de que o Poder Judiciário esteja alinhado e comprometido com os mínimos padrões democráticos preconizados pelos Estados contemporâneos. Não só isso: ao abrir a possibilidade para que um grupo restrito de pessoas tenha legitimidade para provocar a jurisdição constitucional, delega às mesmas a responsabilidade de cuidar, de certa forma, para que o respeito aos princípios democráticos seja, em primeiro lugar, cumprido pelas casas legislativas. Por outro lado, constitui um novo modelo de jurisdição, muito distante das teorizações de Chiovenda, que via a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, e de Carnelutti, que a reduzia a atuar apenas diante de uma lide, afinado agora com a concretização dos valores que a Carta Constitucional prevê e assegura.[17]

Não só isso. Se a regra é que o Supremo Tribunal Federal no exercício da tarefa de controlar a constitucionalidade formal e material das leis é chamado a proferir decisões que repercutirão em toda a sociedade, em incontáveis situações chama mais a atenção, não a suscitação da inconstitucionalidade/constitucionalidade em si mesma, mas muito mais em razão da natureza da matéria levada à apreciação, que exige dos julgadores o escape da análise tão só jurídica, pelo fato de possuir natureza interdisciplinar.

Nesse particular é que se faz necessário ponderar acerca da falibilidade e limitação do conhecimento jurídico puro. Se por um lado tal conhecimento é sempre necessário, por outro nem sempre será suficiente para balizar de forma razoável o julgamento. Desse ponto de vista, por mais elementos probatórios documentais que o processo de controle da constitucionalidade tenha e por mais conhecimentos inter/transdisciplinares[18] que os julgadores possuam, nem sempre reunirão em si conhecimento suficiente para decidir, com base em critérios argumentativos razoáveis, a matéria posta.

---

Consulte-se sobre esse tema Gilmar Ferreira Mendes. "As decisões de controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos". *Revista da Escola Nacional da Magistratura.* Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007, pp. 21-88.

[16] Análise crítica sobre o perfil privado de processo pode ser encontrada em, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica.* 2.ª ed. São Paulo: RT, 1998. Jânia Maria Lopes Saldanha. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: Uma tentativa de substancialização do direito processual civil.* Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

[17] Owen Fiss, a propósito dessa compreensão renovada da jurisdição indica que a sua função é atribuir significado concreto aos valores constitucionais. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* São Paulo: RT, 2004, p. 36. Do mesmo modo consulte-se: Luiz Guilherme Marinoni. "A jurisdição no Estado contemporâneo". In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.) *Estudos de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2005, p. 13-66.

[18] Se o tema da interdisciplinaridade é relativamente novo na formação do jurista, há muito tem sido objeto de análise dos educadores. A vasta obra de Edgar Morin é um norte para que seja compreendida a necessidade de o pensador, sobretudo da área das humanidades, na qual o Direito está inserido, pensar e compreender o mundo não mais no horizonte da linearidade, mas

Se o processo civil tradicional, expresso na triangulação autor, juiz e réu, mantém o monopólio da decisão nas mãos do segundo, ainda que autor e réu devam contribuir para a sua formação, no âmbito de um processo que se pode reputar de cooperativo,[19] a Lei 9868/99 inova sensivelmente nesta questão ao prever a possibilidade de manifestação no processo de outros órgãos e entidades. Insere-se no processo judicial, pela primeira vez, a figura do *amicus curiae* do direito norte-americano, conforme prevê o seu artigo 7º, § 2º, para o caso específico da ação direta de inconstitucionalidade.

Ambas as Leis avançam ainda mais ao abrirem definitivamente o processo de controle direto da constitucionalidade à participação da sociedade. Tanto o artigo 9º, § 1º, relativo à ação direta de inconstitucionalidade, quanto o artigo 20, § 1º, que se refere à ação declaratória de constitucionalidade, ambos da Lei 9868/99, bem assim como o artigo 6º, § 1º, da Lei 9882/99 que regula o processo da ação por descumprimento de preceito fundamental, atribuem ao Relator da ação o poder de requisitar informações adicionais, nomear peritos ou comissões de peritos para o fim de emitirem pareceres sobre a questão ou, ainda, designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Trata-se do reconhecimento legislativo do que há muito se discute em sede doutrinária, ou seja, de que o julgador do presente deveria abrir-se à sociedade para, junto dela, buscar subsídios à formação do seu convencimento, o que poderia constituir em fator ainda maior de legitimidade do próprio Poder.

Para as duas ações de controle a que se refere a Lei 9868/99 o legislador previu outra inovação digna de nota: a possibilidade de realização efetiva daquilo que Mireille Delmas-Marty[20] denomina de coordenação por entrecruzamento. Os artigos 9º, § 2º e 20, § 2º, prevêem que o Relator da ação poderá solicitar informações junto aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Federais e estaduais acerca da aplicação da norma questionada, o que sem dúvida fomenta e enriquece o necessário diálogo que deve realizar-se entre os juízes com vistas à melhoria da prestação jurisdicional.

Nesse quadro, recentemente o Supremo Tribunal Federal realizou a primeira audiência pública para ouvir a sociedade no contexto da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510, por meio da qual se invocou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei da Biossegurança. É dessa experiência que brevemente se tratará na seqüência.

---

da complexidade, essa sim a exigir conxões e interconexões com outras áreas do conhecimento humano. Veja-se: Edgar Morin. *Ciência com consciência.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

[19] Tanto a noção de diálogo como a de consenso afinam-se com a compreensão de processo cooperativo. Sobre esse tema consultar: Carlos Alberto Alvaro Oliveira. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista AJURIS,* nº 90. Porto Alegre, 2003.

[20] *In: Les forces imaginatives du droit (II). Le pluralisme ordonné.* Paris: Seuil, 2006, pp. 39-68. A autora insere a coordenação por entrecruzamento no âmbito do que denomina de processos de interação que ocorrem entre diversas esferas de poderes decisórios. No caso específico da coordenação por entrecruzamentos diz que pode ocorrer entre órgãos jurisdicionais nacionais ou não, destituídos de hierarquia entre si. Segundo a autora, trata-se do reconhecimento da necessária interdependência que existe entre vários conjuntos de ordens normativas e decisórias que acaba por exigir o estabelecimento de um diálogo permanente entre elas, o que torna qualquer pretensão de isolamento impossível e gera, por isso, a chamada "internormatividade de fato", uma vez que as instâncias decisórias acabam por imitar uma às outras, fomentando uma "fertilização recíproca" em razão das influências cruzadas.

## 3.2. O caso da ADI 3510: a abertura à democracia direta

Entre o sonho da Justiça perfeita e aquela que de fato existe, é que a criatividade humana frutifica e faz surgir, aos poucos, novos instrumentos processuais para atribuir mais eficiência à tutela jurisdicional, tentando aproximar-se do mito daquela perfeição. O caso da ação direta de inconstitucionalidade nº 3510 é um bom exemplo dessa busca.

Trata o caso da argüição de inconstitucionalidade do artigo 5º[21] da Lei de Biossegurança que permite a utilização de células tronco embrionárias para fim de pesquisa e terapia. A ação data do ano de 2005 e foi proposta pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fontelles.

A matéria objeto do processo é daquelas que, reconhecidamente, carregam em si característica transdisciplinar, porque perpassam o jurídico, o religioso e o científico e suscitam vivo debate, de um lado, sobre o início da vida humana e, de outro, sobre os limites que se pretende impor à ciência no marco de disciplinas que até tempo não longínquo eram totalmente desconhecidas da comunidade jurídica, como a bioética e o biodireito.

O Relator do processo – Ministro Carlos Brito –, como se pode ver do histórico da ação disponibilizado no sítio do Supremo Tribunal Federal, após ter oportunizado o debate entre as partes, em atenção ao princípio do devido processo legal, dando concretude ao artigo 9º, § 1º, da Lei 9868/99 abriu as portas daquele Tribunal à sociedade, designando audiência pública para manifestação de entidades e categorias ligadas ao tema em discussão em decisão publicada no dia 19.12.2006.

A referida audiência pública realizou-se no dia 20 de abril de 2007[22] e dela participaram vinte e duas pessoas, representando entidades da sociedade civil, entre elas setores religiosos, científicos, categorias e agrupamentos sociais[23] que se fizeram ouvir

---

[21] Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já estejam congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Teor disponível em: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm›. Acesso em 09 de junho de 2007.

[22] O sítio do STF indica que foi dada ampla publicidade à audiência, com transmissão ao vivo de todos os atos pela TV Justiça e pela Rádio Justiça. O procedimento adotado pelo Relator para a realização da audiência foi aquele previsto nos artigos 255 a 258 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aplicado analogicamente ao processo judicial, uma vez que o Regimento Interno do STF não possui previsão relativa à audiência pública. Consulte-se: ‹http://www.stf.gov.br/›. Acesso em 09 de junho de 2007.

[23] O STF convidou 18 pessoas, sendo elas: 1- Mayana Zatz, geneticista, professora-titular da Universidade de São Paulo e presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular; 2- Lygia da Veiga Pereira, biofísica, professora associada da Universidade de São Paulo, com experiência em genética humana; 3- Rosália Mendes Otero, médica pesquisadora, professora-titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; 4- Stevens Rehen, neurocientista, presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento e professor da UFRJ; 5- Antonio Carlos Campos

pelos onze Ministros da Corte Suprema, expondo seus pontos de vista favoráveis ou contrários ao teor do artigo 5º da Lei da Biossegurança.

Desse modo, indaga-se se a audiência pública se tornou, assim, símbolo da prática de Justiça aberta à sociedade por ter sido a primeira ou, ainda mais do que isso, porque agregou um sentido profundamente democrático à jurisdição, viabilizando a aproximação do processo coletivo de controle da constitucionalidade com a sociedade, no marco da efetivação de alguns princípios processuais conhecidos, mas que até então repousavam no campo restrito dos processos de natureza individualista?

---

de Carvalho, médico, doutor em Ciências Biológicas pela UFRJ. Coordenador de pesquisa do Instituto Nacional de Cardiologia Laranjeiras e professor visitante do Albert Einstein College of Medicine, EUA; 6- Luiz Eugenio Araújo de Moraes Mello, médico, pró-reitor de Graduação da Unifesp, vice-presidente da Federação das Sociedades de Biologia Experimental; 7- Drauzio Varella, médico, dirige, ao longo do Rio Negro, um projeto de bioprospecção de plantas brasileiras para testar no combate a células tumorais malignas e a bactérias resistentes a antibióticos; 8- Oscar Vilhena Vieira, advogado especialista em direitos humanos, professor da Escola de Direito da FGV e da PUC-SP e diretor-executivo da Conectas Direitos Humanos; 9- Milena Botelho Pereira Soares, bióloga, ligada à Universidade Estadual de Feira de Santana, à Fiocruz/BA e à Fundação Oswaldo Cruz; 10- Ricardo Ribeiro dos Santos, médico, pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz e coordenador científico do Hospital São Rafael (BA); 11- Esper Abrão Cavalheiro, pesquisador, ex-presidente do CNPq e da CTNBio, é professor-titular da Universidade Federal de São Paulo; com estudos sobre epilepsia e neurologia experimental; 12- Marco Antonio Zago, médico, diretor da Fundação Hemocentro de Ribeirão Preto, professor da USP e membro da Academia Brasileira de Ciências; 13- Moisés Goldbaum, médico, professor do departamento de Medicina Preventiva da USP; 14- Patrícia Helena Lucas Pranke, farmacêutica, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da PUC-RS, além de presidente do Instituto de Pesquisa com Célula-Tronco; 15- Radovan Borojevic, biólogo, professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; 16- Tarcisio Eloy Pessoa de Barros Filho, médico, chefe do Departamento de Ortopedia e Traumatologia da USP; 17- Débora Diniz, antropóloga, diretora-executiva da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) e professora da Universidade de Brasília (UnB); 18 - Júlio César Voltarelli, professor titular do Departamento de Clínica Médica da FMRP-USP, coordenador da Divisão de Imunologia Clínica, do Laboratório de Imunogenética (HLA) e da Unidade de Transplante de Medula Óssea do HCFMREP-USP. A Procuradoria Geral da República convidou 11 pessoas. São elas: 1- Alice Teixeira Ferreira, professora associada da Unifesp; 2- Cláudia Batista, professora da UFRJ; 3- Elizabeth Kipman Cerqueira, médica ginecologista, coordenadora do Centro de Bioética do Hospital São Francisco de Jacareí (SP); 4- Lilian Piñero Eça, pesquisadora em biologia molecular, integrante do Instituto de Pesquisa com Células-Tronco (IPCTRON); 5- Herbert Praxedes, professor da Faculdade de Medicina da UFF (RJ); 6- Antonio José Eça, diretor de Recursos Humanos do CAS (Células Tronco Centro de Atualização); 7- Lenise Aparecida Martins Garcia, professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília; 8- Marcelo Paulo Vaccari Mazzetti, vice-presidente do Instituto de Pesquisa de Células-Tronco; 9- Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de São Paulo, Professor de Bioética da USP e membro do Núcleo Interdisciplinar de Biotética da UNIFESP; 10- Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina; 11 - Rogério Pazetti, graduado em Biologia pela Universidade Mackenzie e Doutorado em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP. A Conferência nacional dos Bispos do Brasil convidou Rodolfo Acatauassú Nunes, Mestre e Doutor em cirurgia geral pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Livre docente em cirurgia geral torácica pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. A Presidência da República convidou 4 pessoas: 1 - Lucia Braga, presidente e diretora-executiva da Rede Sarah; 2 - Móisés Goldbaum, professor do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; 3 - Patrícia Helena Lucas Pranke, diretora presidente do Instituto de Pesquisa com Célula Tronco e Diretora do Banco de Sangue Cordão Umbilical do Ministério da Saúde; 4 - Ricardo Ribeiro dos Santos, foi professor titular da FMRP/USP. Atualmente é pesquisador titular da Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: ‹http://www.stf.gov.br/›. Acesso em 09 de junho de 2007.

Sem dúvida, no que diz respeito à democratização do processo, essa ação oferece significativa lição. O artigo 9º, § 1º, não impõe ao Relator a obrigação de ouvir a sociedade. Trata-se apenas de uma permissão. Assim, o simples fato de o Relator do processo ter usado da prerrogativa que a Lei 9868/99 lhe atribui, mostra que agiu com ousadia a coragem, uma vez que optou, de forma consciente, por enfrentar o desafio – como tudo que é novo provoca – de colher elementos junto aos segmentos da sociedade para a formação do convencimento dos julgadores.

Por que ousadia e coragem? Porque o exercício da democracia carrega em si mesmo o risco do erro e da ilusão, uma vez que é por natureza diversidade e divergência. Em um tempo em que se pretende seja o processo rápido, informal e simples, aumentar o número de sujeitos que dele participam imprime um movimento contrário às aspirações contemporâneas de Justiça, porque agrega maior complexidade ao ato de julgar.

Mas talvez seja preciso reconhecer que a cultura da urgência e da virtualização substituída pelo inusitado do encontro e da oralidade, permite que seja prestada uma Justiça com mais qualidade e maior comprometimento social. È que a virtualização, segundo Benasayag,[24] e a rapidez que a ela está associada é, invariavelmente, o mundo do impalpável. O real é o inoportuno, o opaco, o que inquieta justamente por clamar um lugar na cultura da transparência. Mas é justamente esse lugar ao real que foi dado pelo STF ao permitir que a sociedade, por diversos representantes, pudesse falar no processo, tornando-o, com isso, o espaço da reflexão e do pensamento.

De outro modo, a experiência da ADI 3510 revigora um valioso princípio processual que é a oralidade, previsto em inúmeros dispositivos do Código de Processo Civil[25] e tão pouco exercido, devido ao modelo de processo caracterizado pela hegemonia da linguagem escrita que as escolas de Direito se tem encarregado de perpetuar, entregando à sociedade uma legião de profissionais hábeis no silêncio da comunicação por meio do papel e ao mesmo tempodele reféns e, por isso, incapazes de reconhecer a importância da oralidade. Como se sabe, a tradição oral, se não impede, dificulta a elaboração científica, na medida em que se prende à experiência singular de um lugar, de um meio e de um caso em sua singularidade. E sendo assim, inverte a tradição escrita e sua lógica da conservação e da normalização. Daí a resistência a ela.

O mesmo pode ser dito das formas procedimentais que ocorrem no âmbito do Poder Judiciário – como as experiências dos Juizados Especiais, que têm na oralidade um princípio significativo e que, de certo modo, prestigia a verossimilhança. A pouca atração dessas experiências está diretamente associada não só a sua estrutura *pós-burocrática*[26] de solução de conflitos, já que conta com a participação de outros atores

---

[24] Miguel Benasayag. *La fragilité.* Paris: La Découverte/Poche, 2007, p. 12.

[25] Como por exemplo nos artigos 125, IV; 331; art. 447 e 448.

[26] Sobre isso consultar Jânia Maria Lopes Saldanha; Joséli Fiorin Gomes. *A luta entre Zeus e os Titãs: um olhar sobre o enfrentamento da morosidade e da inefetividade no processo civil brasileiro a partir do uso e desenvolvimento do Direito Responsivo na experiência do Juizado Especial Cível de Santa Maria - RS*. Estudo realizado no ano de 2004 no âmbito da pesquisa intitulada "A experiência do Juizado Especial Cível de Santa Maria: tornando prática o Direito Responsivo e garantindo o Acesso à Justiça", financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.

além do juiz, mas de igual modo, com a informalidade de seu ritual que relativiza as formas e prioriza o consenso. Como o mito de Sísifo, a tensão entre o que é *normal* e o que é *patológico* parece não ter fim ou, se o tem, longe está de acabar.

A dificuldade de atribuir valor a esse Judiciário pós-burocrático traz à lembrança a lição de Vittorio Denti[27], quando afirmou que a burocratização da função judiciária atende a "um programa político de racionalização do *modus operandi* dos órgãos judiciários, que é um dos aspectos fundamentais do iluminismo".

Não é ilusório pensar-se que a história do Século XX é a história da burocratização em todos os campos organizacionais, inclusive o da atuação estatal e, particularmente, do Poder Judiciário. Esse não é um fenômeno restrito aos limites do estado brasileiro, mas muito mais vasto e que acompanhou o desenvolvimento do mundo ocidental.[28] Assim, a participação das 22 pessoas representantes da sociedade na ADI 3510 deu às mesmas a oportunidade de demonstrarem suas razões acerca de tema tão polêmico no âmbito da sociedade brasileira. Trata-se de reconhecer, de certo modo, toda a falibilidade da democracia representativa, uma vez que nem sempre o produto final do processo legislativo pode chegar simplesmente à sociedade. Além disso, as discussões que o processo legislativo oportuniza, por vezes, não serão suficientes para afastar a dúvida da constitucionalidade da lei.

Nesse sentido, o Judiciário, chamado a agir, tradicionalmente tem dado a última palavra relativamente à manutenção ou não no sistema jurídico de dispositivo legal acusado de violar a Constituição. E o tem feito usando das prerrogativas processuais que tradicionalmente estão previstas nas leis processuais, sendo a principal delas a garantia do contraditório às partes.

A possibilidade de "ouvir" segmentos da sociedade que a audiência pública oportuniza no âmbito das ações de controle direto e concentrado da constitucionalidade, quebra a cadeia de formas e atos que burocratizam a relação processual. Ao mesmo tempo dá a essa última a necessária dutilidade para acolher outras pessoas que não reúnem em si a condição de partes, tampouco de terceiros intervenientes, mas que se encontram numa posição fático-jurídica que lhes permite participar "sem ser partes", pelas condições que reúnem de influenciar na formação do convencimento de quem deverá julgar. É que a realidade social a ser analisada hoje, e que clama por reformas, é infinitamente mais complexa do que aquela do tempo em que foram construídos e codificados os principais institutos de direito processual. Desse modo, parecia inevitável e desejável mesmo que chegasse o tempo em que o Poder Judiciário reconhecesse suas limitações e se voltasse para a sociedade para com ela construir a decisão.

---

[27] Vittorio Denti. *Un progetto per la giustizia civile.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1982. p. 101. Outros autores italianos, como Michele Taruffo, demonstram a preocupação com a eficiência da Justiça arraigada à ordinariedade. O processualista lembra que o controle burocrático da Justiça responde a uma finalidade inerente à estrutura autoritária do Estado e ao ordinário funcionamento da atividade decisória. *In:* Michelli Taruffo. "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo". *In: Rivista di diritto processuale.* Milão, 1974. pp. 276 e segs.

[28] Consultar FISS, Owen. *Um novo processo civil…,* pp. 163-203.

É justamente dessa possibilidade que se forja o que se pode denominar de processo pós-burocrático. Pressupondo a limitação cognitiva de quem julga, abre-se à sociedade trazendo democratização ao processo, mas ao mesmo tempo mantém a obrigação de o julgador manter-se engajado no diálogo processual, ouvindo não só as partes do processo, mas outros interessados para fundamentar sua decisão final, assumindo a responsabilidade coletiva pela decisão.

No âmbito da ADI 3510 não se pode imaginar qual será o teor da decisão a ser proferida, ante a natureza profundamente polêmica do tema envolvido. Para o efeito deste trabalho, o mérito na verdade não é o que está em questão, mas a riqueza da experiência realizada, que permite que se dirija um novo olhar ao processo e ao papel que deve desempenhar para a concretização dos valores democráticos.

## 4. Considerações finais

A proposta lançada não é exatamente um convite à exploração de vias inéditas, mas antes um olhar inédito para questões que já de longa data clamam por uma atenção especial e por um compromisso entre o possível e o ideal, como refere Lipovetsky. Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. Assim, a passagem do Estado absoluto para o Estado liberal, com a formação de um Estado de Direito, significou não só uma profunda alteração na roupagem do Estado, mas também implicou transformações nas concepções de direito e de jurisdição.[29]

A matriz individualista precisa ceder ante as exigências de solidariedade e democracia participativa, e a atuação jurisdicional não pode manter-se alheia a esse novo palco. A indagação sobre os contornos da justiça e sobre o funcionamento dos tribunais perpassa a humanidade desde a Grécia Antiga, conforme se observa na comédia de Aristófones "As Vespas". Igualmente, o desencanto e o descrédito no juiz-vespa se projeta na atualidade. Porém, é preciso encontrar uma alternativa entre o dogmatismo e o ceticismo, assumindo para tanto que o jurista detém a condição de sujeito da História das instituições jurídicas, entre elas a jurisdição e o processo.

[29] Veja nesse sentido, Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de derecho". In: Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Trotta, 2003. Também publicado em *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 17, Madrid, 2001, pp. 31-46.

## Referências bibliográficas

### Doutrina

Baptista Da Silva, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica.* 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

Benasayag, Miguel. *La fragilité.* Paris: La Découverte/Poche, 2007.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

Brasil, Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Lei de Biossegurança. Disponível em ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm›. Acesso em 09 de junho de 2007.

Calera, Nicolás María López. *Yo, el Estado.* Madrid: Trotta, 1992.

Castanheira Neves, Antonio. "Entre o 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema': os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito". In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998.

Damaska, Mirjan. Las caras de la justicia y el poder del Estado. 1.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginatives du droit (II). Le pluralisme ordonné.* Paris: Seuil, 2006.

Denti, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1982.

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho". In: Miguel, Carbonell. *Neo constitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

Fiss, Owen. "The forms of justice". *Harvard Law Review. 1.* v. 93, 1979.

— *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* São Paulo: RT, 2004.

García-Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid: Alianza Editorial, 1982.

Häberle, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura.* Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

Lisboa, Celso Anicet. "A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos Códigos-modelo: algumas tendências do processo.civil brasileiro moderno". In: *Revista de Processo* n.º 116. São Paulo: RT, 2004

Marinoni, Luiz Guilherme. "A jurisdição no Estado contemporâneo". *In: Estudos de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2005.

Mendes, Gilmar Ferreira. "As decisões de controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos". In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura.* Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007.

Merryman, John Henri. *La tradición jurídica romano-canónica.* México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

Morin, Edgar. *Ciência com consciência.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Oliveira, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre, n.º 90, 2003.

Ost, François. *O tempo do Direito.* Lisboa: Piaget, 2004.

Saldanha, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: Uma tentativa de substancialização do direito processual civil.* Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

Saldanha, Jânia Maria Lopes; Joséli Fiorin, Gomes. *A luta entre Zeus e os Titãs: um olhar sobre o enfrentamento da morosidade e da inefetividade no processo civil brasileiro a partindo uso e desenvolvimento do Direito Responsivo na experiência do Juizado Especial Cível de Santa Maria - RS*. Santa Maria, 2004.

Streck, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Taruffo, Michelli. "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo". *In: Rivista di diritto processuale.* Milão, 1974.

Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: ‹http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12004V/htm/C2004310PT.01000301.htm› Acesso em 03 de maio de 2007.

## *Sites* consultados

‹http://eur-lex.europa.eu›
‹http://www.planalto.gov.br›
‹http://www.stf.gov.br›

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 329-348, ISSN 1510-4974

**Angela Cristina Pelicioli (Brasil)***

# A sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira

## RESUMO

**O texto versa sobre a sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira, que consiste na decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à sua jurisdição, cria norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.**

**Palavras-chave: direitos fundamentais, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, sentença normativa, efeito vinculante, jurisprudência comentada, Brasil.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Beitrag befasst sich mit der normierenden Rechtsprechung in der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit, die sich aus Plenumsentscheidungen des Obersten Bundesgerichtshofs ableitet, mit denen über die Lösung von konkreten zur Entscheidung vorgelegten Streitfällen allgemein gültige, abstrakte Normen geschaffen werden, über die der Getzestext oder normierende Akt mit dem Ziel einer Konkretisierung der Verfassung transformiert, angepasst, abgeändert oder integriert wird.**

**Schlagwörter: Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, normsetzendes Urteil, verbindliche Wirkung, kommentierte Rechtsprechung, Brasilien.**

## ABSTRACT

**The paper deals with rule setting judgments in Brazilian constitutional jurisdiction, which are joint decisions of the Supreme Federal Court that, solving conflicts submitted to its jurisdiction, create a general and**

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Subcorregedora de Autarquias e Fundações Públicas da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina. Procuradora do Estado de Santa Catarina. ‹angela@pge.sc.gov.br›

**abstract rule, transforming, adjusting and integrating the legal text or regulatory act, with the purpose to concretely apply the Constitution.**

**Keywords: fundamental rights, constitutional jurisdiction, constitutionality control, rule setting judgments, binding effect, annotated jurisprudence, Brazil.**

## 1. Introdução

Nos Estados Democráticos de Direito, a Constituição encontra-se acima de qualquer lei e os Tribunais Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, têm o dever de defendê-la, transformando-se em um poder independente, desvinculado de todos os demais Poderes e, como tal, garantidor de sua concretização.

Nos Estados Democráticos de Direito a pessoa humana e sua intrínseca dignidade são a razão de ser da vida política. Assim, não apenas os direitos fundamentais de defesa, mas também os direitos fundamentais de prestação devem ser concretizados, pois os direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, são o conteúdo essencial da Constituição.

Nada justifica a não efetividade dos direitos fundamentais e a violação sistemática dos valores e princípios constitucionais por parte dos titulares dos poderes políticos. No entanto, são os próprios Poderes Executivo e Legislativo, representantes da maioria, aqueles que mais violam e deixam de implementar os direitos fundamentais. Quanto ao Poder Executivo, as razões são várias, dentre elas: a falta de competência do administrador público, a falta de organização de receitas e despesas, a falta de prioridade nos planos de governo e, conseqüentemente, a falta de orçamento do ente público. Quanto ao Poder Legislativo, os motivos são: a omissão em legislar infraconstitucionalmente como devem ser concretizados os direitos fundamentais, assim como o fato de legislar, em muitos casos, contrariamente a esses direitos. Com isso, ao Poder Judiciário passou a ser reconhecida uma função de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo.

A sentença normativa, fenômeno recente na jurisdição constitucional, demonstra o aspecto mais sedutor, e certamente o mais problemático, do fenômeno da falta de efetividade constitucional dos direitos fundamentais, que é justamente o encontro entre os Poderes Legislativo e Judiciário e suas funções: "o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz".[1]

---

[1] Mauro Cappelletti. *O Controle Constitucional de Constitucionalidade no Direito Comparado.* Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 26.

## 2. As funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro

O Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, deve zelar para que a Constituição de 1988 seja concretizada em seu objetivo principal de implementação dos direitos fundamentais, pois estes estão em todo momento à mercê da "tirania da maioria".[2] Deve assegurar também a observância do "sistema no qual a Constituição seja dificilmente modificada e a divisão dos poderes não comporte recíproca impermeabilidade dos atos de quaisquer poderes por parte dos outros".[3] Como já sabido, a ordem constitucional não é garantida pela harmonia entre os Poderes, mas pelo seu conflito, razão por que a própria Constituição garante o controle jurisdicional das leis e atos normativos dos poderes políticos. O Supremo Tribunal Federal se torna, então, de certa forma, o centro de convergência dos Poderes Executivo e Legislativo, atuando, em última instância, como efetivo defensor dos direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, para efetivar sua função de guardião da Constituição exerce, além da função jurisdicional, comum a todo o Poder Judiciário, a função de controle de constitucionalidade, a função de interpretação com efeito vinculante e a função normativa.

Não se diga que os Poderes estão vinculados materialmente a uma única atribuição na sociedade moderna, de modo que a cada órgão corresponda uma função, ou seja, para os órgãos do Poder Executivo, a função executiva; para os órgãos do Poder Legislativo, a função legislativa; para os órgãos do Poder Judiciário, a função judiciária.[4] Na atualidade, as funções estatais foram significativamente redimensionadas e redistribuídas.[5]

A Constituição nos Estados Democráticos de Direito, quando sustenta expressamente a separação dos poderes, o faz em uma perspectiva apenas aparente. Um exemplo desta aparência é a função legislativa que "é distribuída entre vários órgãos, mas somente a um deles é dado o nome de órgão 'legislativo'. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida".[6]

Desse modo, para que o Supremo Tribunal Federal cumpra com seu papel de Tribunal Constitucional, que consiste em ser o centro de convergência dos poderes políticos, agindo como efetivo defensor dos direitos fundamentais, é necessária a prática de mais de uma função pela jurisdição constitucional; e assim deve ser, a despeito da persistente incompreensão, em muitos setores, acerca do real sentido do princípio da separação dos poderes na atualidade.

---

[2] Giorgio Rebuffa. *La Funzione Giudiziaria*. 3ª. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 37.

[3] Ibidem, p. 37.

[4] Aristóteles. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 93.

[5] Cristina M. M. Queiroz. *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 99.

[6] Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 266.

## 2.1. A função de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade[7] é "um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criado a título mais ou menos específico para tal fim."[8] Este controle é um mecanismo, previsto na própria Constituição, que, através de uma ação política ou jurisdicional, garante a primazia da mesma.

A natureza do controle de constitucionalidade, em certo sentido, é política, porque este controle, como ensina Jorge Miranda, "recai sobre atos ou sobre omissões, sobre comportamentos certos e individualizados ou individualizáveis"[9] de autoridades políticas. O controle de constitucionalidade é efetivado por meio de outro órgão, que não seja o autor da lei, como é o caso do Conselho Constitucional da França,[10] ou, ainda, mediante órgãos jurisdicionais.[11]

Por outro lado, o controle de constitucionalidade também possui natureza jurídica, já que para sua existência devem concorrer os seguintes pressupostos: a) a Constituição rígida, ou seja, a super lei, que possui um procedimento especial de votação e de reforma; b) o órgão de controle independente, que não pode ser o Parlamento, pois foi este órgão que emitiu a lei e, em razão disto, "é o menos apropriado para converter-se em defensor da Constituição. Não se pode esperar da Assembléia, ou da maioria de seus membros, que se corrija a si mesma";[12] c) a definitividade e a irreversibilidade das decisões do controle de constitucionalidade, além da vinculatividade em relação a todos os governantes e governados; d) um pressuposto ponderável diz respeito à legitimação ativa do controle de constitucionalidade, que a doutrina entende deva ser reconhecida a todos os cidadãos, para ser mais democrática. No entanto, em vários países, inclusive no Brasil,[13] Peru[14] e Colômbia, restringe-se a legitimação ativa a determinadas autoridades públicas; e, por fim, e) a submissão ao controle de constitucionalidade de

---

[7] O controle de constitucionalidade pode ser chamado também de fiscalização de constitucionalidade e está previsto na Parte IV, Título I, da Constituição portuguesa (arts. 277 a 283).

[8] Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição.* Tomo VI. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 51.

[9] Ibidem, p. 50.

[10] O Conselho Constitucional francês, previsto na Constituição francesa de 1958, é órgão que desenvolve uma espécie de controle externo quanto ao órgão competente, mas interno ao procedimento legislativo. É anterior à entrada em vigor da lei. Tem como objetivo indicar ao parlamento os casos nos quais a lei possui conteúdo incompatível com a Constituição.

[11] Gustavo Zagrebelsky. *La Giustizia Costituzionale*. 1ª. ed. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 19.

[12] Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 317.

[13] Constituição Federal de 1988 – "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

[14] Neste país, a legitimação ativa para a ação popular condiciona-se à presença de cinco mil assinaturas de cidadãos comprovadas pelo Jurado Nacional de Eleições.

toda a atividade estatal, que consiste em englobar qualquer resolução, ato ou omissão da autoridade pública.[15]

### *2.1.1. Os sistemas de controle de constitucionalidade*

Existem organizados nos Estados Democráticos de Direito dois sistemas de controle: o controle político e o controle jurisdicional. O controle jurisdicional, por sua vez, se subdivide em dois: o sistema de controle difuso (modelo americano) e o sistema de controle concentrado (modelo europeu).

2.1.1.1. O controle político de constitucionalidade

Em determinados países existe um controle de constitucionalidade que é essencialmente político, realizado por um órgão não integrante do Poder Judiciário.

As características do controle político de constitucionalidade são:

a. o órgão encarregado deste controle tem uma composição política, resultante da eleição parlamentar, e seus membros não necessitam de qualificação técnico-jurídica;
b. o controle é preventivo, uma vez que se concretiza antes da entrada em vigor da lei;
c. o efeito da decisão do órgão, que exerce este controle, não é vinculante, possui efeito consultivo.[16]

O exemplo, mais freqüentemente citado, do sistema de controle político de constitucionalidade é o da França, com o Conselho Constitucional, que possui várias funções, entre elas, a de controle de constitucionalidade das leis.

2.1.1.2. O controle jurisdicional de constitucionalidade

O controle jurisdicional de constitucionalidade será feito por meio do aspecto "subjetivo ou orgânico",[17] ou seja, por meio dos órgãos que realizam efetivamente este controle. Para tanto, distinguem-se dois sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso (modelo norte-americano) e o concentrado (modelo europeu).

2.1.1.2.1. O controle difuso de constitucionalidade: via incidental

O controle difuso de constitucionalidade é aquele em que todos os juízes, exercendo, incidentalmente, este controle, têm a obrigação de aplicar a Constituição

---

[15] Nestor Pedro Sagüés. *Derecho procesal constitucional*. 2ª. ed. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 21.

[16] José A. Rivera Santiváñez. "Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad". In: Susana Ynes Castañeda Otsu (org). *Derecho procesal constitucional,* tomo I, 2ª. ed. , Lima: Jurista Editores, 2004, p. 59.

[17] Mauro Cappelletti. *O Controle Constitucional de Constitucionalidade no Direito Comparado.* p. 66.

preferencialmente às leis.[18] É preciso esclarecer que o juiz constitucional não declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas deixa de aplicar a lei e/ou o ato normativo quando os considerar inconstitucionais.

As características do controle difuso são:

a. todos os órgãos jurisdicionais inferiores, superiores, estaduais e federais, podem e devem pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos perante eles invocada;
b. deve ser alegada de forma incidental e não direta;
c. a legitimação para argüir inconstitucional uma lei ou ato normativo é das partes em conflito, que pretendem a desaplicação da suposta norma inconstitucional, e dos juízes, que poderão alegá-la ex officio[19];
d. os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão limitados ao caso concreto, uma vez que a lei ou o ato normativo será considerado nulo somente entre as partes.[20]

2.1.1.2.2. O controle concentrado: via direta

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade se caracteriza por ser um processo principal de inconstitucionalidade, ou processo por via de ação, que "tem por objeto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas. É um processo de controle de normas, destinado, de forma abstrata, a verificar a conformidade formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição". [21] Além desta característica, citem-se as seguintes:

a. o procedimento para o requerimento do controle de constitucionalidade se dá através do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade;
b. a legitimação é concedida a determinados órgãos e pessoas com certas restrições e obedecendo a certas limitações;
c. os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, contrariamente ao controle difuso, são gerais ou "erga omnes", determinando a in validade de uma lei ou ato normativo.

---

[18] Francisco Fernández Segado. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 1036.

[19] "[…] 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. […]." (STF. RE-ED n.º 219.934/SP, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13/10/2004, publicado no D.J. de 26/11/2004 e RT, v. 94, n.º 835, 2005, pp. 151-155).

[20] José A. Rivera Santiváñez. "Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad". p. 60.

[21] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 873.

## 2.2. A função interpretativa com efeito vinculante

Se a função de interpretação das leis e atos normativos é comum a todas as jurisdições, a função de interpretação com efeito vinculante é restrita à jurisdição constitucional.

### *2.2.1. Considerações históricas*

No Brasil, a primeira previsão de efeito vinculante na função interpretativa consta do art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a chamada representação interpretativa (art. 119, I, "l" da Constituição de 1967, introduzido pela Emenda n. 7, de 13/04/77).[22]

Já sob a égide da Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/93, foi criado o efeito vinculante nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, acrescendo-se o § 2º ao art. 102, da Constituição.[23]

A partir da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 28, parágrafo único,[24] o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal, foi estendido para além da ação declaratória de constitucionalidade, alcançando a ação direta de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, constitucionalizou a matéria, concedendo o efeito vinculante às ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, "relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".[25]

Igualmente, a Emenda Constitucional n. 45/04 acresceu o art. 103-A à Constituição de 1988, instituindo a súmula vinculante, com "efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas

---

[22] Emenda Constitucional n. 7/77 – "Art. 119 – l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;"

[23] Emenda Constitucional n. 3/93 – "Art. 102 – […] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

[24] Lei n. 9.868/99 – "Art. 28. […] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição, e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

[25] Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 - "Art. 102 - § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

federal, estadual e municipal".[26] A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando o art. 103-A da Constituição de 1988, acresceu os arts. 56, § 3º, 64-A e 64-B à Lei n. 9.784, de 29 de maio de 1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal –, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

### *2.2.2. O conceito de efeito vinculante*

Preliminarmente, importa distinguir a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante nas decisões em sede de controle concentrado abstrato. A esse respeito, o voto de Gilmar Mendes, quanto à eficácia *erga omnes*, esclarece que:

> […] os processos "sem partes formais" somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos. Alguns autores chegam a sustentar que a eficácia *erga omnes* constitui apanágio dos processos objetivos. Esse parece ser, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que desde 1977 vem afirmando a eficácia geral da decisão proferida em representação de inconstitucionalidade.[27]

Sobre o efeito vinculante, o voto de Gilmar Mendes elucida:

> […] o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal […] Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. [28]

Portanto, a eficácia *erga omnes* está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão, enquanto que o efeito vinculante se prende aos limites objetivos da decisão, isto é, qual parte da decisão deverá ser respeitada pelo poder público.

No que diz respeito ao efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo no sentido de empregá-lo de acordo com o instituto desenvolvido no direito

---

[26] Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 - "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

[27] STF. Recl. n. 2.256-RN, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 11/09/03 e publicado no D.J. de 30.04.04.

[28] Ibidem.

processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões daquela Corte Constitucional, estendendo a obrigatoriedade não só à parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes da decisão.[29] A reclamação n. 1.987-0[30] é exemplo, dentre tantos,[31] de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece o efeito vinculante, com transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão na ação direta de inconstitucionalidade n. 1662-7,[32] "uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades administrativas, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional".[33]

---

[29] Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 339.

[30] "Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI n. 1662-SP. Seqüestro de verbas públicas. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento. Emenda Constitucional 30/00. Parágrafo 2° do artigo 100 da Constituição Federal. […] Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação." (STF. Recl. n. 1.987-DF, rel. Maurício Corrêa, julgamento em 01/10/03, publicado no D.J. de 21/05/04).

[31] STF. Recl. 2.126-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no D.J. de 19/08/02; STF. Recl. 1.169-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento de 06/03/02, publicado no D.J.de 31.05.02; STF. Recl. 2.363-PA, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática de 23/10/03, publicado no D.J. de 01/04/05; STF. Recl. n. 2.256-RN, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 11/09/03, publicado no D.J. de 30/04/04.

[32] Esclarecendo o caso: A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 1662-7 foi proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, em 1997, tendo por objeto a Instrução Normativa n. 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho, que cuida da uniformização dos "procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitas em julgado contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações". Neste ato normativo impugnado houve a equiparação à hipótese de preterição do direito de precedência, prevista no art. 100, § 2°, da Constituição de 1988, a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente público devedor e a de pagamento inidôneo (a menor ou realizado fora do prazo), de modo a permitir, nesses casos, o seqüestro de verbas públicas para a quitação de dívidas judiciais trabalhistas. Contra essa autorização se insurgiu o autor da ação direta de inconstitucionalidade. No julgamento cautelar da ADI n. 1662, o Supremo Tribunal Federal determinou que "o constituinte de 1987-1988 não foi pródigo na autorização de seqüestros, ao prever a sua efetivação exclusivamente para o caso de preterimento do direito de precedência". Além do que, suspendeu os efeitos dos itens III e XII, da IN 11/97, sob o argumento de que "tanto a não-inclusão no orçamento da verba necessária ao pagamento dos precatórios como o seu pagamento a menor, por não estar atualizado ou porque feito fora do prazo, constituem-se em evidente descumprimento de ordem judicial, sujeitando o Estado infrator à intervenção federal, como expressamente prevê o inciso VI, do art. 34, da Constituição". Constou também da ementa do julgado que "a equiparação promovida pela norma impugnada à hipótese de quebra da ordem cronológica 'cria, na verdade, nova modalidade de seqüestro, além da única prevista na Constituição (parte final do § 2°, do art. 100).' Adotou-se, portanto, a exegese de que, tratando-se de débitos trabalhistas, de evidente natureza alimentar, somente se admite o saque forçado de verbas públicas na hipótese de comprovada preterição do direito de precedência." (STF. Voto do Min. Maurício Corrêa, na Recl. 1.987-DF, rel. Maurício Corrêa, decisão de 01/10/03, publicado no D.J. de 21.05.04).

[33] STF. Recl. n. 1.987-DF, rel. Maurício Corrêa, decisão de 01/10/03, publicado no D.J. de 21.05.04.

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662-0, também o fez mediante o reconhecimento de que o efeito vinculante alberga os motivos determinantes dos precedentes da Corte:

> […] em substância, deu exegese ao artigo 100 da Constituição, assentando que somente na situação de preterição, e em nenhuma outra, é lícito o seqüestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado de débito judicial trabalhista. A decisão impugnada, ao reverso, vislumbrando a possibilidade de saque forçado no caso de vencimento do prazo para satisfação do crédito, deferiu a ordem. Independente de inexistir invocação ao ato normativo invalido pelo STF, o fato incontestável é que a determinação de seqüestro desobedece ao *conteúdo essencial* do julgado desta Corte. […] A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (Recl 2126, DJ de 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segundo a qual a '*eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros', exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.*[34]

Assim, no ordenamento jurídico nacional é admitido o fenômeno da "*transcendência dos motivos determinantes que embasaram a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*", em processo de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, de modo que o efeito vinculante se refere também à própria razão de decidir. Em outras palavras, "a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas se refere, também, aos fundamentos do julgado que o Supremo Tribunal proferir em sede de controle abstrato".[35]

Prevalecendo no Supremo Tribunal Federal a orientação no sentido de reconhecer que o efeito vinculante também alcança as razões de decidir, não se pode deixar de constatar que, reflexamente, o Supremo Tribunal Federal estará agindo como legislador positivo, pois em toda decisão que reconhecer a vinculatividade dos motivos

---

[34] STF. Voto do Min. Maurício Corrêa, na Recl. 1.987-DF, decisão de 01/10/03, publicado no D.J. de 21.05.04.

[35] "Fiscalização abstrata de constitucionalidade. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade constitucional da legislação do Estado do Piauí que definiu, para os fins do art. 100, § 3º da Constituição, o significado de obrigação de pequeno valor. Decisão judicial, de que ora se reclama, que entendeu inconstitucional legislação, de idêntico conteúdo, editada pelo Estado de Sergipe. Alegado desrespeito ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Adi 2.868 (Piauí). Exame da questão relativa ao efeito transcendente dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. Admissibilidade da reclamação. Medida cautelar deferida. (STF. Recl-MC 2.986-SE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11/03/05. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 379).

determinantes se estará, como preliminar, proferindo uma sentença normativa. E por que é assim? Pela simples razão de que a decisão que estende o efeito vinculante aos motivos determinantes recria, com caráter geral e abstrato, o texto normativo do art. 28, *caput*, da Lei n. 9.868/99, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, além de recriar, com as mesmas características, o texto normativo do art. 10, § 3°, da Lei n. 9.882/99, reguladora do procedimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.[36]

Tais dispositivos determinam que o Supremo Tribunal Federal, dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão – no caso do art. 28, da Lei n. 9.868/99 – e a partir do trânsito em julgado da decisão – no caso do art. 10, § 3°, da Lei n. 9.882/92 –, fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União "a parte dispositiva do acórdão". O que significa dizer que para o Poder Legislativo ordinário, segundo se infere das Leis n° 9.868/99 e 9.882/99, somente a parte dispositiva das decisões no controle concentrado abstrato vinculava o poder político, não sua razão de decidir, já que apenas àquela era dada publicidade.

À parte as divergências doutrinárias, cumpre reconhecer que o fenômeno da transcendência reflete uma preocupação jurisprudencial com a *força normativa da Constituição*, cuja preservação não prescinde do reconhecimento de que a eficácia vinculante se estende também aos fundamentos determinantes da decisão proferida pela Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade.[37]

Deve-se ressaltar, por outro lado, que tanto a eficácia *erga omnes* quanto o efeito vinculante, em sede de controle abstrato, se configuram, simultaneamente, apenas em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal não se sujeita ao efeito vinculante, podendo rever suas decisões, se assim entender necessário. Igualmente o Poder Legislativo não é alcançado pelo efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que poderá editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.[38]

Além de nas decisões proferidas em sede de controle abstrato, vislumbra-se, como possibilidade futura, o aprofundamento das implicações da função de interpretação com eficácia vinculante na edição de súmulas vinculantes.

### *2.2.3. Súmula vinculante*

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, acresceu-se o art. 103-A à Constituição de 1988, criando a súmula vinculante, *in verbis*:

---

[36] Além da recriação dos dispositivos, suso mencionados, também se entende que a decisão que estende o efeito vinculante aos motivos determinantes recria o art. 469, I, do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;"

[37] STF. Recl-MC 2.986-SE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11/03/05. Informativo n. 379, do Supremo Tribunal Federal.

[38] STF. Recl-AgR n. 2.617-MG, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23/02/05, publicado no D.J. de 20/05/05.

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O art. 1º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regula a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, determina que o alcance subjetivo da súmula ressalva o próprio Supremo Tribunal Federal – resguardando a evolução da jurisprudência – e o Poder Legislativo.

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.[39]

A súmula vinculante é a síntese de decisões reiteradas sobre um determinado caso, tendo por fim a uniformização da interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria constitucional.

A súmula vinculante de matéria constitucional (Streck, 1998, p. 241):

> [...] representa a condição de validade das normas constitucionais às quais ela (a Súmula) se refere. Dito de outro modo, vai ser norma constitucional (ou vai ser o sentido da norma) aquilo que a Súmula determinar que seja. O *entendimento sumulado é, assim, uma Constituição imanente, ou seja, é o sentido das normas constitucionais.* [...] Desnecessário frisar que aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, não é a lei, mas sua particular interpretação, fruto da (re) definição do intérprete, até porque o texto normativo – como diz Müller – não contém imediatamente a norma; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito.

Com a súmula vinculante o que há é a realização da função interpretativa, ainda que com efeito vinculante, pois o Supremo Tribunal Federal, para sua edição, nada mais faz do que uniformizar sua jurisprudência.[40]

---

[39] Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 – Art. 1º.

[40] As súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal são: Súmula vinculante n.1: "Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001" (DJ de 06.06.07); Súmula vinculante n. 2: "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consór-

Portanto, diferentemente da função normativa em que a atuação do juiz constitucional é de legislador positivo, criando norma não existente no ordenamento jurídico, a súmula vinculante é função interpretativa com eficácia vinculante, em que o juiz constitucional aplica norma já existente, apenas padronizando seu sentido. Não é porque há efeito vinculante na súmula que ela corresponde ao exercício de função normativa. Para que exista a função normativa na jurisdição constitucional, deve haver a criação de norma geral e abstrata, não pelo legislador ordinário, mas sim pelo juiz constitucional.

## 2.3. A função normativa

De modo geral, pode-se dizer que, "quando uma lei é interpretada, o verdadeiro legislador não é aquele que, originalmente, fez a lei; o verdadeiro legislador é o intérprete".[41]

Não obstante as potencialidades da função interpretativa, a função normativa é um avanço funcional em relação a ela. Daí a razão pela qual esta, e não aquela, é considerada a mais nova função da jurisdição constitucional. E é nova em termos de jurisdição constitucional, porquanto, desde os editos dos magistrados judiciários romanos, a função normativa não é estranha à atividade jurisdicional.

No Brasil, os precedentes da função normativa exercida pelos tribunais datam desde o final do século XIX, por meio de seus regimentos internos e, posteriormente, por meio das instruções e resoluções dos tribunais eleitorais e, ainda, pela via da sentença normativa da jurisdição do trabalho.

É na função normativa do Supremo Tribunal Federal que se verifica o fenômeno da sentença normativa, que surge através da possibilidade da integração judicial do ordenamento consistente na criação judicial de norma geral e abstrata pela ausência de lei provocada pelos poderes políticos e pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração de inconstitucionalidade. A função normativa do Supremo Tribunal Federal evoca manifestação paradoxal: a uma, no sentido de que as intervenções do Tribunal Constitucional se concretizam em razão de sua força jurídico-política; e a duas, porque devem existir limites estreitos e certos entre os Poderes, sendo que o Poder Judiciário não é legitimado para, ao mesmo tempo, legislar e executar a lei. No entanto, é meramente aparente o paradoxo com que se ocupam as sentenças da Corte Suprema, pois o juiz

---

cios e sorteios, inclusive bingos e loterias" (DJ de 06.06.07); Súmula vinculante n. 3: "Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão" (DJ de 06.06.07); Súmula vinculante n. 4: "Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial" (DJ de 09.05.08); súmula vinculante n. 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição" (DJ de 16/05/08); Súmula vinculante n. 6: "Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial" (DJ de 16/05/08).

[41] Francis Hamon, Michel Troper, Georges Burdeau. *Direito Constitucional*. Tradução de Carlos Souza. 27ª. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 61.

deve não só aplicar a justiça dos códigos e processos, mas deve estar inserido em uma cultura de princípios de liberdade e de justiça, e estes princípios, uma vez que entrem em contato com os casos da vida, devem orientar a aplicação da lei, e a atividade das partes e dos juízes, de modo que a missão do Poder Judiciário não seja apenas de "boca da lei", mas de garante da supremacia dos valores e princípios constitucionais.[42]

Pode-se perguntar: de onde provém a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo? Esta legitimidade advém da defesa dos direitos fundamentais; isto porque a Constituição no Estado Democrático de Direito possui não só forma, mas conteúdo. Não é processo sem produto, não é atividade sem forma de atividade: é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida.[43] Como os direitos fundamentais representam a vida do indivíduo na Constituição, os poderes políticos não podem deles dispor a seu bel prazer, por conveniência política ou como mercadoria nas prateleiras de um supermercado.

O Supremo Tribunal Federal, assinalado pela Constituição de 1988 como defensor e garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, coroa sua legitimidade democrática, não em decorrência da democracia política, vinculada aos Poderes Executivo e Legislativo e à vontade das maiorias, em que sua representatividade está no seu caráter de escolha por meio de eleições, mas por meio da democracia substancial vinculada à intangibilidade dos direitos fundamentais.

Igualmente, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo surge da existência de um segundo poder constituinte originário.

As decisões da Corte Suprema, como segundo poder constituinte originário, atualizam e rejuvenescem a Constituição, observando as modificações da realidade social.[44] Sem este segundo poder constituinte originário, a Constituição estagnaria no tempo, pois a forma silenciosa como atua só é possível de se perceber quando se constatam as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.

## 3. A sentença normativa na jurisdição constitucional

Amparada, portanto, na legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo surge a sentença normativa na jurisdição constitucional.

Pela natural preocupação em garantir o rigor terminológico do objeto da investigação em curso, impõe-se definir a sentença normativa como um tipo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, dentre outras características, possui eficácia *erga omnes*. Mesmo sabendo-se que no ordenamento jurídico brasileiro as decisões proferidas pelos Tribunais são denominadas de acórdãos, conforme determina o art. 163 do Código de Processo Civil, o termo sentença normativa aqui designa as decisões colegiadas do

---

[42] Gustavo Zagrebelsky. "Il giudice per diritto ad per rovescio". In: *La Stampa*. ‹http://www.Lastampa.it/redazione› (26/03/2003).

[43] Hermann Heller. *Teoría del Estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 268.

[44] Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à sua jurisdição, criam norma geral e abstrata com o objetivo de concretizar a Constituição de 1988.

Esta sentença normativa possui o "efeito de 'fazer dizer' a norma referida na sentença alguma coisa diferente, e frequentemente alguma coisa a mais, em relação àquilo que era seu significado original",[45] ou melhor, àquilo que era seu texto original. O juiz da Corte Constitucional, ao proferir sentença normativa, cria norma geral e abstrata a partir de um texto pré-existente, construindo "uma entidade normativa qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração àquele texto".[46] Em suma, sentença normativa é o termo que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.

A sentença normativa já é praticada pelo Supremo Tribunal Federal quando se trata da edição de uma lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade, em que a Corte, para manter seu texto, evitando um vazio normativo: a) modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo pré-existente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, ou a partir de momento que definir para que esta produza efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito[47]; b) interpreta conforme a Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso

---

[45] Vezio Crisafulli. "Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo." In: *Stato, Popolo, Governo – Illusioni e Desilusioni Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 239.

[46] Gaetano Silvestri. "Le Sentenze Normative della Corte Costituzionale". In: *Scritti su La Giustizia Costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli*. Padova: CEDAM, 1985, p. 757.

[47] "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Redefinição dos limites territoriais do município do Conde. Desmembramento de parte de município e incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe, tudo sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações de ambas as localidades. Ofensa ao art. 18, § 4º da Constituição Federal. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja, o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da Constituição Federal substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/96. Precedentes: ADI 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e ADI 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, informativo STF 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta corte, o exercício do poder constituinte deferido aos estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela constituição federal. Precedente: ADI 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. Precedente: ADI 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição Estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos ex nunc, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99." (STF. ADI n. 3.615-PB, rel. Min. Ellen Grazie, julgamento em 30/08/06, publicado no DJ de 08/09/06).

daquele originariamente determinado no texto da lei ou ato normativo;[48] e c) declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme a Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipótese anterior.[49] Além destes casos, pode ser verificada a sentença normativa na

[48] "Inconstitucionalidade. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estadutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da justiça comum. Interpretação do art. 114, I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. (STF. ADI-MC n. 3.395-DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 05/04/06, publicado no DJ de 10/11/06).

[49] A Corte Suprema julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946, sem redução de texto, para dar ao art. 14, da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, interpretação conforme à Constituição com redução teleológica. Trata-se de sentença normativa que exclui do limite máximo para os benefícios pagos pela previdência social as mulheres trabalhadoras em licença-maternidade. Determina o art. 14, da Emenda Constitucional n. 20/98, que: "O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 1.200, 00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social." Na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar conforme à Constituição com redução teleológica, criou norma geral e abstrata excludente das mulheres trabalhadoras com direito à licença-gestante do limite previdenciário, pois estas, por força da sentença proferida, continuarão a receber por parte do empregador idêntico salário, mesmo que excedente a R$ 1.200, 00 (um mil e duzentos reais), sendo este ressarcido integralmente pela Previdência Social. Entendeu a Corte que: "[…] o legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada 'na forma desta Constituição', ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: 'licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias'. Diante deste quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. n. 20/98 conteria referência expressa a respeito. *E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14, da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R$ 1.200, 00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a* discriminação *que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão,* por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F/88), *proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R$ 1.200, 00, para não ter de responder pela diferença.* Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos expressamente, não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade." (STF. ADI n. 1.946-DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 03/04/03, publicado no D.J. de 16/05/03).

jurisdição constitucional: a) na declaração de inconstitucionalidade por omissão relativa, quando houver infringência ao princípio da igualdade, quando "o legislador, ao realizar a norma para obedecer o mandato constitucional, favorece certos grupos e esquece de outros ou acerta vantagens a uns que não são dispensadas a outros";[50] e b) no mandado de injunção coletivo com efeito erga omnes.[51]

Os requisitos da sentença normativa são: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, obedecidos os critérios estabelecidos pelas Leis n° 9.868 e 9.882, ambas de 1999; e b) a observância da realidade história e do resultado possível. A reserva do possível não pode ser uma objeção ao Supremo Tribunal Federal para proferir sentenças normativas que possam gerar despesas públicas; se as sentenças normativas são o resultado de uma imposição direta da Constituição, não são discricionárias, mas tornam-se um dever.[52] No entanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não desconsidere a reserva do possível, cercando-se de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Estes cuidados se dariam por meio da análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos elaborados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, estes dois últimos nos casos que envolvam os direitos à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, valendo-se a Corte, para tanto, inclusive de audiência pública (art. 9°, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99).

---

[50] Víctor Bazán. "La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano". In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12º Ano. Tomo I. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 479.

[51] A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Ellen Grazie) decidiram, no Mandado de Injunção n. 712-PA, que os dispositivos da Lei n. 7.783/99, que regem o exercício de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, valem, também, para as greves no serviço público. O caráter do julgamento neste mandado de injunção foi normativo, uma vez criada norma regulamentadora para suprir a omissão legislativa para além das partes envolvidas no processo, isto é, os efeitos desta decisão são *erga omnes*. Neste caso, o Mandado de Injunção n. 712-PA, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) contra o Congresso Nacional, foi julgado procedente declarando-se a ausência da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição de 1988, e determinou-se, para o impetrante e para todos os casos de greve de servidores públicos, a legislação vigente para os trabalhadores celetistas, com algumas adaptações. Aqui, os ministros do Supremo Tribunal Federal normatizaram o direito de greve dos servidores públicos e, ao mesmo tempo, determinaram que este julgamento tenha efeitos *erga omnes*, ou seja, criaram norma geral e abstrata. (STF. MI n. 712-PA, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.10.07, publicado no D.J. de 23.11.07. No mesmo sentido: M.I. n. 670-ES, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.07, publicado no D.J. de 06.11.07; MI n. 708-DF, rel. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.07, publicado no D.J. de 06.11.07).

[52] Gustavo Zagrebelsky. "Problemi in Ordine ai Costi delle Sentenzze Costituzionali". In: *Corte Costituzionale – Le Sentenze della Corte Costituzionale e L'art. 81, U.C., della Costituzione. Atti del Seminário Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 111.

## 4. Conclusões

O caráter inovador da sentença normativa tem como fundamento material o compromisso da jurisdição constitucional com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal se fundamenta formalmente na teoria dos poderes implícitos, pois a quem se atribui a função de guardião da Constituição devem ser conferidos os meios para guardá-la tanto formal quanto materialmente. Em consequência, caso os Poderes Executivo e Legislativo violem a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está autorizado, em princípio, a proferir sentença normativa para guardar a ordem constitucional.

Exemplo contundente é a sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar na Adin n. 3.854-1,[53] por meio de interpretação conforme à Constituição, mediante redução teleológica, tendo sido excluída a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, previsto no art. 37, inc. XI e § 12 da Constituição de 1988, o primeiro dispositivo inserido pela Emenda Constitucional n. 41 de 19 de dezembro de 2003, e o segundo, introduzido pela Emenda Constitucional n. 47 de 05 de julho de 2005.

Nesta sentença normativa o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento do caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, especialmente no que toca à estrutura nacional da remuneração dos magistrados, prevista no inciso V do art. 93 da Constituição de 1988, não se limitou a encontrar e explicitar uma norma já existente no ordenamento, mas utilizou-se do material normativo do inc. XI do art. 37 para construir uma norma qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração à existente, qual seja, "a prevalência como teto máximo da remuneração da magistratura os subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal". A sentença, neste caso, transforma-se de ato substancialmente jurisdicional em ato substancialmente normativo, com caráter geral e abstrato. Verifica-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, neste caso específico, utilizou-se da legitimidade democrática da sentença normativa, não com o objetivo de concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição, mas para assegurar interesses corporativos.

Fato inconteste é que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo, através da sentença normativa, mas oculta este fato, quando confrontado a respeito.[54]

A sociedade, por sua vez, precisa saber que a Corte Suprema assim atua, até para que se justifique racionalmente este procedimento e se possam distinguir as possibilidades e os limites desta atuação. É preciso ter em mente que os juízes "não são os senhores do direito no mesmo sentido em que não o era o legislador do século

---

[53] Adin-MC n. 3.854-DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28/02/07, publicado no D. J. de 08/03/07.

[54] Exemplo disto, dentre tantos, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.459-6, do Rio Grande do Sul, de 24/08/2005, em que foi decidido que: "Uma vez surgindo, como conseqüência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao Crivo da Casa legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica." (Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 24/08/2005, publicado no Diário da Justiça em 07/04/2006).

xix. São mais exatamente os garantes da complexidade estrutural do direito no Estado Democrático de Direito, isto é, os garantes da necessária e serena coexistência entre lei, direitos e justiça".[55]

## Bibliografia


Aristóteles. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

Bazán, Víctor. "La Inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano". In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano.* 12º Ano. Tomo I. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Cappelletti, Mauro. *O Controle Constitucional de Constitucionalidade no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

Crisafulli, Vezio. "Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo". In: *Stato, Popolo, Governo – Illusioni e Desilusioni Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1985.

Fernandez Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997.

Hamon, Francis; Michel Troper; Georges Burdeau. *Direito Constitucional*. Tradução de Carlos Souza. 27ª. ed. São Paulo: Manole, 2005.

Heller, Hermann. *Teoria del Estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

Martins, Ives Gandra da Silva; Gilmar Ferreira Mendes. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição.* Tomo VI. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Queiroz, Cristina M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o Problema do Controle Jurídico do Poder.* Coimbra: Almedina, 1990.

Rebuffa, Giorgio. *La Funzione Giudiziaria*. 3ª. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. 2ª. ed. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1989.


[55] Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992, p. 213.

Santiváñez, Rivera, José A. "Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad". In: Susana Ynes Castañeda Otsu (org). *Derecho procesal constitucional*. Tomo I. 2ª. ed. Lima: Jurista Editores, 2004.

Schimitt, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2ª. Ed. Tradução de Manule Sanchez Sarzo. Madrid: Tecnos, 1998.

Silvestri, Gaetano. "Le Sentenze Normative della Corte Costituzionale". In: *Scritti su La Giustizia Costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli*. Padova: CEDAM, 1985.

Streck, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Zagrebelsky, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 1ª. ed. Bologna: Il Mulino, 1977.

— Il giudice per diritto ad per rovescio. In: *La Stampa*. ‹http://www.Lastampa.it/redazione› (26/03/2003).

— "Problemi in Ordine ai Costi delle Sentenzze Costituzionali". In: *Corte Costituzionale – Le Sentenze della Corte Costituzionale e L'art. 81, U.C., della Costituzione. Atti del Seminário Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano: Giuffrè Editore, 1993.

— *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 349-365, ISSN 1510-4974

**Lautaro Ríos Álvarez (Chile)***

# Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado

## RESUMEN

**Este artículo pone en relieve la incoherencia consistente en exigir, como requisito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad, la declaración previa de inaplicabilidad de la norma cuestionada. Ambas acciones pertenecen a esferas distintas del control de constitucionalidad de la ley y tienen fundamentos, finalidades y efectos diferentes. Ni en el derecho constitucional americano ni en el europeo se supedita aquella acción a la estimación previa de esta. Se concluye la necesidad de independizar ambas acciones dando a cada una su perfil propio.**

**Palabras clave: proceso constitucional, control de constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, inaplicabilidad por inconstitucionalidad, derecho comparado, Chile.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Artikel befasst sich mit der Inkoheränz, die darin besteht, als Bedingung für die Zulässigkeit einer Normenkontrolle die vorherige Erklärung der Unanwendbarkeit der in Frage stehenden Norm zu verlangen. Die beiden Aktionen gehören zu unterschiedlichen Sphären der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes und haben unterschiedliche Grundlagen, Zielsetzungen und Wirkungen. Weder im amerikanischen noch im europäischen Verfassungsrecht hängt die genannte Aktion von einer vorherigen Beurteilung ab. Daraus folgt die Notwendigkeit, die beiden Aktionen voneinander zu trennen und ihnen jeweils ein eigenes Profil zu geben.**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsprozess, Verfassungsklage, Normenkontrolle, Unanwendbarkeit wegen Verfassungswidrigkeit, Rechtsvergleichung, Chile.**

---

*Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Profesor extraordinario de la Universidad Católica del Norte de Tucumán. Miembro correspondiente de las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional. ‹estudiorios@entelchile.net›

**ABSTRACT**

**This paper highlights the inconsistency of demanding, as a necessary requirement for the unconstitutionality action, the previous declaration of inapplicability of the questioned provision. Both actions belong to different spheres of the control of constitutionality of the law, and their foundation, purpose and effect are also different. Neither the American nor the European constitutional law establishes the condition for such action to a previous evaluation of the provision. The conclusion reached is the need to separate and make both actions mutually independent, giving each one its proper profile.**

**Keywords: Constitutional process, constitutionality control, unconstitutionality plea, inapplicability by reason of unconstitutionality, comparative law, Chile.**

## 1. Fundamento de la acción de inconstitucionalidad de la ley

Esta acción hunde sus raíces en el principio capital, puesto en relieve por el constitucionalismo norteamericano, consistente en la supremacía de la Constitución.[1]

Nunca hubiera imaginado sir William Blackstone que algún día un órgano —ni siquiera electivo— echaría por tierra su soberbia convicción de que lo que decide el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo.[2]

La Carta Fundamental no es solo la malla de reglas básicas sobre las cuales se elabora el tejido normativo del Estado. Esas reglas básicas son el receptáculo de los valores vigentes en una sociedad, y contienen también la nervadura —necesariamente polarizada y armónica— de los principios orientadores del resto del ordenamiento jurídico.

De allí que si en la cultura jurídica de un pueblo existe la convicción y el respeto por la supremacía de la Constitución, de sus valores, de sus principios y de sus reglas, la consecuencia necesaria es controlar la coherencia de las normas que se dictan con su matriz y evitar que junto con esta puedan coexistir preceptos opuestos o incompatibles con ella.

Con razón el juez Marshall, presidiendo la Suprema Corte Federal de Justicia de los Estados Unidos, pudo sentenciar lo siguiente:

> Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentra en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces una disposición legislativa que se oponga a la Constitución no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas resultarían ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia es ilimitable.[3]

---

[1] Véase Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid: Civitas, 1982, p. 123.

[2] William Blackstone (1723-1780): *Comentario de las Leyes de Inglaterra,* libro I, cap. II.

[3] Véase fallo *Marbury vs. Madison* en Richard B. Morris: *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de Norteamérica,* México: Limusa, pp. 134 ss., 1986.

## 2. Finalidad de esta acción

La acción de inconstitucionalidad —como se ha expresado gráficamente— tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquella norma vigente que sea contraria a la Carta Fundamental, en virtud de la supremacía normativa de esta y en resguardo de la coherencia con ella del resto del universo preceptivo que —por las mismas razones— debe estarle subordinado.

La acción de inconstitucionalidad controla y preserva el "ADN" de la Constitución en relación con su descendencia legítima. Y procura restablecerlo cuando detecta preceptos espurios cuya identidad no exhibe el debido parentesco con la Carta Fundamental.

Esta tarea no es sencilla. Hay ocasiones en que lo esencial de la norma cuestionada —el precepto per se— no es contrario a la Constitución, sino que lo es el efecto que produce su aplicación a un caso particular. Entonces estamos en presencia de una situación de *inaplicabilidad* de la norma legal a ese caso concreto, pero no frente a una incompatibilidad abstracta y general de dicha norma con la Carta Fundamental.

El fallo de inconstitucionalidad rol n.º 681/2006 del Tribunal Constitucional (TC) contiene valiosas indicaciones acerca del examen de la norma legal impugnada, que es prudente hacer antes de declarar su inconstitucionalidad.[4]

Además del resultado previsto cuando se acoge una acción de inconstitucionalidad, es oportuno señalar que, tanto en ese evento como cuando la acción resulta rechazada, la decisión robustece la certeza jurídica en el orden legal y —por ende— despeja la incertidumbre que provoca la vigencia de ciertas normas de trayectoria fronteriza con la inconstitucionalidad.

Otro efecto no desdeñable de la acción de inconstitucionalidad es que su sola presencia desalienta las iniciativas legales contrarias a la Constitución.

## 3. La acción de inconstitucionalidad en el derecho constitucional chileno

Esta acción constituye un avance cualitativo de importancia trascendental en nuestro sistema jurídico.

En primer lugar, porque otorga el máximo grado de eficacia al principio de supremacía de la Constitución tan vigorosamente formulado en su artículo 6.º. La Carta Fundamental ya no solo vincula directamente a todos los órganos del Estado, incluidos el juez y el legislador, sino que también elimina del universo legislativo los preceptos dictados en contravención a ella.

[4] Véanse considerandos 8.º al 10.º del fallo rol 681/06 del TC sobre inconstitucionalidad, en *Diario Oficial* (DO) del 29.3.2007. Sentencia redactada por la ministra doña Marisol Peña Torres.

En segundo lugar, dota al TC —llamado a ser, en feliz expresión, el supremo guardián de la Constitución— del arma más poderosa de su arsenal de atribuciones destinado a defenderla de agresiones normativas.

Y en último término —aunque no en un lugar subalterno— otorga a los gobernados un excelente instrumento de participación en defensa de la supremacía de la Constitución, mediante el ejercicio de esta acción pública.

No obstante estas alentadoras circunstancias, a tres años de su instauración por la reforma constitucional del 2005, esta acción casi no ha sido utilizada; no porque no existan normas legales de dudosa constitucionalidad, sino tal vez por no hallarse todavía regulado su procedimiento, como habría sido de esperar.

## 4. Requisitos de procedencia y de estimación de la acción de inconstitucionalidad

Para que proceda la acción de inconstitucionalidad —o su declaración de oficio— en nuestro sistema constitucional, es necesario que concurran copulativamente los siguientes requisitos: a) que se impugne, por ser contraria a la Constitución, una norma de rango legal en sentido amplio; b) que dicha norma haya sido previamente declarada inaplicable por sentencia ejecutoriada del Tribunal Constitucional; c) aunque este requisito no está establecido en la Constitución, nos parece coherente con la lógica del sistema que dicha inaplicabilidad se haya declarado por idéntico motivo por el que se cuestiona la inconstitucionalidad de la norma, y d) que ejercite la acción una persona capaz de comparecer en juicio, toda vez que se trata de una acción pública.

Ahora bien, para que la acción sea acogida se requiere: a) que haya sido, en su oportunidad, declarada admisible; b) que se hayan cumplido todos los trámites procesales preceptivos propios de esta acción;[5] c) que la impugnación del precepto legal por su inconstitucionalidad se funde razonablemente en la incompatibilidad per se entre dicho precepto y la(s) norma(s) de la Carta Fundamental que se pretende(n) infringida(s) por aquel,[6] y d) que la inconstitucionalidad sea pronunciada por la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio del TC reunido en pleno, es decir, por no menos de ocho de sus miembros.

## 5. Incoherencia entre el requisito de inaplicabilidad del precepto legal y la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad de este

Como se sabe, es requisito esencial para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal que este haya sido previamente declarado inaplicable en un asunto

[5] Resulta sorprendente que a más de tres años transcurridos desde la reforma constitucional de la ley n.º 20050, del 26.8.2005, aún el Congreso Nacional no apruebe la necesaria reforma de la LOC del TC, cuyo texto vigente no contempla el procedimiento de esta acción (artículo 93, inciso 12.º, oración 2.ª, CPR).

[6] Véase el fallo del TC citado en la nota 4, considerados 22.º al 26.º

sometido a la decisión de un tribunal ordinario o especial (artículo 93, n.º 7, del CPR). Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad de una norma legal pertenece a una órbita distinta de su juicio de inconstitucionalidad.

En primer lugar, la inaplicabilidad de un precepto legal se plantea necesariamente en el plano judicial, pues es allí donde se plantean o discuten derechos subjetivos. En cambio, bien puede ocurrir que un precepto legal, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, no sea susceptible de generar un conflicto de esa índole o sea difícilmente justiciable. Existen —a modo de ejemplo— normas legales orgánicas de servicios del Estado o atributivas de facultades, que jamás serán puestas en tela de juicio ante un tribunal ordinario o especial, no obstante contravenir la Constitución, por no afectar derechos subjetivos. ¿Cómo impugnar la inconstitucionalidad de tales normas que nunca pasarán por el cedazo judicial de su inaplicabilidad?

Por otra parte, la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal está prevista para el caso concreto y particular en que su aplicación a ese caso resulte contraria a la Constitución. De allí que también su efecto sea interpartes, para el caso o situación en que ella se declara. De allí también que este efecto restringido no vulnere el principio de igualdad. Por todo ello, esta acción pertenece a la rama del *control concreto* de constitucionalidad.

En cambio, la declaración de inconstitucionalidad *carece de relación necesaria con un caso particular sometido a un tribunal de justicia.* Está prevista para examinar la norma cuestionada sin respecto a situación particular alguna, esto es, en su generalidad y abstracción, frente a la abstracción y generalidad de la Constitución. Por eso esta acción se inscribe en la esfera del *control abstracto* de constitucionalidad.

No existe, pues, una paridad de situaciones que justifique que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal deba constituir un requisito de procesabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de la misma norma.

Agrava esta incoherencia la circunstancia de que, si bien la acción de inaplicabilidad requiere la existencia de un caso judicializado con respecto al cual ella se declare, la inconstitucionalidad de una norma no requiere referente judicial alguno, sino solo de un tribunal competente para declararla cuando ello proceda.

## 6. Los requisitos de la acción de inconstitucionalidad en el derecho constitucional comparado

Ya que la acción de inconstitucionalidad se ha ido extendiendo, tanto en América como en Europa, resulta pertinente examinar si en alguno de los estados que la contemplan se exige el curioso requisito de la declaración previa de inaplicabilidad de una norma a un caso particular para poder avanzar hacia su expulsión del universo legislativo debido a su inconstitucionalidad.

Como se sabe, en el continente americano existen cuatro países —además de Chile— dotados de tribunales constitucionales, con los cuales efectuaremos la comparación, de modo que esta se verifique sobre un mismo riel. Estos países son Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador.

En Europa hemos seleccionado los casos emblemáticos de Austria —creadora del primer TC en el mundo—, Alemania, Italia, Portugal y España.

## 6.1. La acción de inconstitucionalidad en el derecho constitucional americano

### *6.1.1. La acción de inconstitucionalidad en el Perú*

El TC peruano fue instituido por la Constitución de 1993, en sustitución del Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la de 1979, que alcanzó a funcionar durante una década: 1982-1992.[7]

Dice el artículo 202 de la Carta vigente:

> Corresponde al Tribunal Constitucional:
> 1. Conocer, en instancia única, *la acción de inconstitucionalidad.*[8]

El artículo 200.4 especifica que dicha acción "procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

El artículo 203 regula la legitimación activa para ejercerla del modo siguiente:

> Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:
> 1. El Presidente de la República;
> 2. El Fiscal de la Nación;
> 3. El Defensor del Pueblo;
> 4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
> 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
> 6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provisionales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
> 7. Los colegios profesionales en materias de su especialidad.

El artículo 204 regula los efectos de la sentencia estimativa. Dice así:

---

[7] Perú cuenta con el primer Código Procesal Constitucional de Sudamérica, contenido en la ley n.º 28237, del 31.5.2004, cuyo título VIII regula el proceso de inconstitucionalidad.

[8] Cursivas añadidas. La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la n.º 28301 y entró en vigencia junto con el Código Procesal Constitucional, el 31.11.2004.

> La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.
>
> No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Resulta extraordinariamente relevante el artículo 205, el cual, internacionalizando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dice así:

> 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 de los que el Perú es parte.[9]

### *6.1.2. La acción de inconstitucionalidad en Bolivia*

El TC boliviano fue incorporado a la Carta Fundamental por la Ley de Reforma Constitucional n.º 1585, del 12.8.1994. Aunque es un tribunal "independiente y estar sometido solo a la Constitución" (artículo 119), forma parte del Poder Judicial, conforme a su artículo 116.

El artículo 120, que precisa su competencia, dice en lo pertinente a este estudio:

> Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver:
>
> 1.ª En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto o remedial, solo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.

El artículo 121 regula los efectos de sus sentencias del siguiente modo:

> I. Contra las sentencias y autos del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno.
>
> II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

---

[9] Véanse Francisco Eguiguren Praeli: "Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú", en *Ius et Praxis,* año 4, n.º 1, 1998, p. 61; Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional,* Bogotá: Temis, 2001; ídem: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional,* Lima: Grijley, 2003; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso,* Lima: ARA, 2003; ídem: *Código Procesal Constitucional,* Lima: Palestra, 2004; Castañeda, Espinosa-Saldaña, Carpio y Sáenz: *Introducción a los procesos constitucionales,* Lima: Jurista, 2005.

> III. Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad. La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada.
>
> IV. La Ley reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos.[10]

### *6.1 3. La acción de inconstitucionalidad en Colombia*

La Corte Constitucional de Colombia tiene su origen en la Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la Carta vigente, promulgada en la *Gaceta Constitucional* n.º 114, del 7 de julio de 1991.

La acción de inconstitucionalidad —conforme al artículo 40, n.º 6, del Código Político— "se vincula expresamente con el *derecho de todo ciudadano* de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político". Con ese propósito se otorga al ciudadano la facultad de "interponer *acciones públicas* en defensa de la Constitución y de la ley".[11] Por tratarse de una acción de naturaleza política y fundamento participativo, no pueden intentarla las personas jurídicas; pero sí el gobierno (artículo 241, n.º 8), ciertos órganos del Estado como el procurador de la Nación (artículo 242, n.º 2) o el defensor del Pueblo (Corte Constitucional, auto acordado 014/95).

Dice el artículo 241 de la Carta —en relación con el control abstracto y remedial que venimos tratando— lo siguiente:

> A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
>
> 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquier que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
>
> [...]
>
> 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
>
> 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentaren los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

---

[10] Véanse Benjamín M. Harb: "La jurisdicción constitucional en Bolivia", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid: Dyckinson, 1997, pp. 335 ss., y Edgar Montaño P.: "Corte Suprema y Tribunal Constitucional bolivianos: competencias y relaciones", en *Ius et Praxis,* año 4, n.º 1, 1998, p. 121.

[11] Cursivas añadidas. Véase Eduardo Cifuentes Muñoz: "La jurisdicción constitucional en Colombia", en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 473 ss.

> […]
> 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dice el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución [estados de excepción constitucional].

Con respecto a la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte, el artículo 243 prescribe:

> Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
> Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

### *6.1.4. La acción de inconstitucionalidad en el Ecuador*

La Constitución de este país hermano, aprobada por referéndum en 1978 y que rige desde el 10 de agosto de 1979, sustituyó —luego de sucesivas reformas, que culminaron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1997, clausurada en Riobamba en 1998— al Tribunal de Garantías creado originalmente en la Carta de 1945 y dio origen al actual Tribunal Constitucional, ubicado en el título XIII de la Carta Política que lleva por epígrafe "De la Supremacía, del Control y de la Reforma de la Constitución".[12]

El artículo 276 dispone —en lo que concierne al control abstracto y correctivo de normas— lo siguiente:

> Competerá al Tribunal Constitucional:
> 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

En cuanto a la legitimación activa para esgrimir esta acción, el artículo 277 dispone:

> Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por:
> 1. El Presidente de la República, en los casos previstos en el número 1 del Artículo 276.
> 2. El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, en los casos previstos en los números 1 y 2 del mismo artículo.[13]

---

[12] Véase Hernán Salgado Pesantes: "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 575 ss.

[13] El número 2 del artículo 276 atañe a la inconstitucionalidad de actos administrativos.

> 3. La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos descritos en los números 1 y 2 del mismo artículo.
>
> 4. Los consejos provinciales o los concejos municipales, en los casos señalados en el número 2 del mismo artículo.
>
> 5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo.

Los efectos de las sentencias estimatorias del TC están previstos en el artículo 278, que dice así:

> La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Interesa destacar la solución dada por la Carta Política de Colombia, la que otorga a todos los ciudadanos —reconociéndoles el derecho de *participar* en la conformación, el ejercicio y el control del poder político— las acciones públicas en defensa de la constitucionalidad de la ley.

Cabe recordar también que —en el caso de Ecuador— puede accionar la inconstitucionalidad *cualquiera persona,* con el único requisito de obtener previamente el informe favorable del defensor del Pueblo acerca de la procedencia de la acción.

Se trata, pues, de dos casos ejemplares de participación ciudadana en defensa de la supremacía de la Constitución.

Podemos constatar —con lo dicho hasta aquí— que entre los cinco países de Sudamérica que cuentan con un Tribunal Constitucional, Chile es la única república que supedita el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a la dictación de una sentencia previa declaratoria de la inaplicabilidad de la misma norma cuestionada.

## 6.2. La acción de inconstitucionalidad en el mundo europeo

En Europa existen tribunales que ejercen un control preventivo de constitucionalidad —como el Consejo Constitucional francés—; otros que solo ejercen potestades correctivas —como el TC Federal austríaco, el alemán o el español—, y otros, en fin, que efectúan tanto el control preventivo como el correctivo de constitucionalidad de las normas y pueden ejercer tanto el control abstracto de normas como el control concreto en casos particulares —como ocurre con el TC portugués.[14]

En este trabajo nos limitaremos a revisar la acción de inconstitucionalidad, de carácter abstracto y correctivo, de la que conocen los TC de Austria —patria del primer

[14] Véase el Informe general introductorio de Louis Favoreu en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Tribunal Constitucional, creado en Europa en 1926—, de Alemania, de Italia, de Portugal y de España.

### *6.2.1. La acción de inconstitucionalidad en Austria*

Félix Ermacora ha dicho:

> La gran novedad que el control de constitucionalidad aportó en [la Carta de] 1920 consiste en que dicho control *recae sobre las leyes,* control que no era posible bajo el régimen monárquico.[15]

La Ley Constitucional Federal de Austria,[16] en su artículo 140.1, dice:

> El Tribunal Constitucional conocerá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia o de una Sala independiente de lo Contencioso-Administrativo, así como de oficio, cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente. Conocerá asimismo de la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales a instancias, en su caso, de un Gobierno Regional, de un tercio de los diputados al Consejo Nacional o de la tercera parte de los miembros del Consejo Federal. Se podrá disponer por ley regional constitucional que tenga también este derecho a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de leyes regionales una tercera parte de los miembros de la Dieta Regional. El Tribunal Constitucional conocerá también de la presunta inconstitucionalidad de las leyes a instancias de toda persona que afirme haber sido directamente lesionada en sus derechos por esa inconstitucionalidad, en el supuesto de que la ley haya surtido efecto sobre esa persona sin necesidad de que se dictase sentencia por un tribunal o acto administrativo alguno […].

En relación con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el artículo 140.5 dispone:

> El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como inconstitucional, obligará al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación […]. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiere fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de dieciocho meses.

---

[15] Véase Félix Ermacora: "El Tribunal Constitucional austríaco", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales,* o. cit. (nota 14), pp. 267 ss.

[16] La Constitución austríaca fue promulgada el 1.º.10.1920. Fue profundamente revisada por ley de reforma del 7.12.1929. Fue anulada en 1934 al abolir el canciller Dolfuss el sistema parlamentario, y fue restablecida el 1.º.5.1945 por ley constitucional, días antes de la capitulación del III Reich.

Agrega el artículo 140.6:

> Anulada por el Tribunal Constitucional una ley como inconstitucional, volverán a entrar en vigor el día mismo en que surta efecto la derogación, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales derogadas por la ley que el tribunal haya declarado inconstitucional. Se especificará, además, en la publicación relativa a la anulación de la ley, si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal, y en caso afirmativo, cuáles.

### *6.2.2. La acción de inconstitucionalidad en la República Federal de Alemania*

Ha dicho el Prof. Klaus Schlaich:

> La Constitución Federal ha adquirido […] la cualidad de una ley:
> – que prevalece sobre las restantes leyes (supremacía de la Constitución);
> – que puede ser directamente aplicable para la solución de un caso concreto;
> – y para la garantía de la cual se ha establecido una jurisdicción particular: la Jurisdicción Constitucional o *Verfassungsgerichtsbarkeit.*[17]

El artículo 93.1 de la Constitución Federal alemana prescribe que el TC Federal decidirá:

> 2) En los casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y material del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a petición de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal; […].

Por su parte, el artículo 94.2 precisa:

> Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del Tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía judicial, así como prever un procedimiento especial de admisión de los asuntos.

La Ley del Tribunal Constitucional Federal es la de 11 de agosto de 1993.

---

[17] Klaus Schlaich: "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales,* o. cit. (nota 14), p. 133 ss.

### *6.2.3. La acción de inconstitucionalidad en Italia*

Según Alessandro Pizzorusso:

> El control de constitucionalidad de las leyes fue introducido en Italia por primera vez de forma explícita por la Constitución de la República que entró en vigor el 1.º de enero de 1948; sin embargo, el Tribunal Constitucional no pudo comenzar a funcionar hasta ocho años más tarde, cuando una ley de 1953 estableció las disposiciones complementarias de puesta en práctica de las normas constitucionales.[18]

La Corte Costituzionale italiana está ubicada en el título sexto de la Carta Fundamental que trata "De las Garantías Constitucionales".

El artículo 134 prescribe:

> La Corte Constitucional juzgará:
> – las disputas sobre legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones; […].

Por su parte, el artículo 136 dispone:

> Cuando la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de algún acto con rango de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia.
>
> La resolución del tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales afectados a fin de que, si lo consideran necesario, provean conforme a las formalidades establecidas en esta Constitución.

El artículo 137 señala:

> Se establecerán por ley constitucional las condiciones, formas, plazos de interposición de los recursos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia de los jueces.

La ley que regula los procesos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia de la Corte es la del 9 de febrero de 1953.

El inciso final del artículo 137 dispone:

> No se dará recurso alguno contra las resoluciones de la Corte Constitucional.

---

[18] Alessandro Pizzorusso: "El Tribunal Constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales,* o. cit. (nota 14), pp. 233 ss.

### *6.2.4. La acción de inconstitucionalidad en Portugal*

La Constitución Política portuguesa de 1976 definió, en su artículo 223, al Tribunal Constitucional como "el tribunal al que compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional".

Más adelante, en la parte cuarta, que trata "De la garantía y revisión de la Constitución", ella se refiere al "Control de constitucionalidad".

El artículo 277.1 prescribe:

> Serán inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios establecidos en ella.

El artículo 281 se refiere a la "Fiscalización abstracta de la constitucionalidad y la legalidad", en los siguientes términos:

1. El Tribunal Constitucional examinará y declarará con fuerza general de obligar:
   a. La inconstitucionalidad de cualesquiera normas.
   b. La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en actos legislativos, basada en violación de una ley de valor reforzado.
   c. La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en un texto regional, basada en la violación del Estatuto de la región o de una ley general de la República.
   d. La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en un texto emanado por los órganos de soberanía, por razón de que han violado los derechos de una región consagrados en su Estatuto.

El artículo 281.2 se refiere a la legitimación para accionar. Dice así:

> Podrán recurrir al Tribunal Constitucional para que dicte declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad, con fuerza general de obligar:
> a. El Presidente de la República
> b. El Presidente de la Asamblea de la República
> c. El Primer Ministro
> d. El Defensor del Pueblo
> e. El Fiscal General de la República
> f. Una décima parte de los Diputados a la Asamblea de la República
> g. Los Ministros de la República, las asambleas legislativas regionales, los presidentes de las asambleas legislativas regionales, los presidentes de los gobiernos regionales o un décimo de los diputados a la respectiva asamblea regional, cuando la solicitud de declaración de inconstitucionalidad se base en una violación de los derechos de las regiones autónomas o la solicitud de declaración de ilegalidad se funde en una violación del Estatuto de la respectiva región o de una ley general de la República.

El artículo 282 regula los efectos de la sentencia estimativa, del siguiente modo:

> 1. La declaración de inconstitucionalidad con fuerza general de obligar surtirá efecto desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y llevará aparejado el restablecimiento de las normas eventualmente derogadas por aquella.
>
> 2. Si se trata, sin embargo, de inconstitucionalidad o bien de ilegalidad por infracción de norma constitucional o legal posterior, la declaración solo surtirá efecto desde la entrada en vigor de esta última.
>
> 3. Se exceptúan los casos ya juzgados, salvo decisión contraria del Tribunal Constitucional, cuando la norma se refiera a materia penal, disciplinaria o de simple ilícito administrativo y sea de contenido menos favorable al imputado.
>
> 4. Cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o un interés público de excepcional importancia, que deberá ser motivado, podrá el Tribunal Constitucional fijar los efectos de la inconstitucionalidad o de la ilegalidad con un alcance más restringido que el previsto en los apartados 1 y 2.[19]

### *6.2.5. La acción de inconstitucionalidad en España*

La Constitución española de 1978 estableció un modelo de Tribunal Constitucional cuya conformación tripartita —al decir del Prof. Pablo Lucas Verdú— fue "importada de Italia" y cuya función —definida por el mismo tribunal— consiste en ser "intérprete y guardián de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico" (STC n.º 78, del 9.7.1984).[20]

La competencia de control abstracto y correctivo de constitucionalidad está contenida en el artículo 161.1, letra *a,* de la Carta Fundamental, que dice:

> El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

El párrafo 2 del mismo artículo establece:

> El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

---

[19] Véase Jorge Moura Loureiro de Miranda: "Controlo da constitucionalidade em Portugal", en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 855 ss.

[20] Véase García de Enterria: o. cit. (nota 1). También Francisco Fernández Segado: "La jurisdicción constitucional en España", en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 625 ss.

> La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

La legitimación activa en esta materia está regulada en el artículo 162.1, que dice:

> Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

Los efectos de las sentencias están regulados en el artículo 164, que dice:

> 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos.
> 2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

La ley orgánica n.º 2/1979, del 3 de octubre, regula el Estatuto de los miembros del Tribunal Constitucional y el procedimiento y las condiciones para el ejercicio de las acciones a que se refiere el artículo 165 de la Constitución española (BOE n.º 239, del 5.10.1979).

Nuevamente se constata, de la sucinta revisión hecha del panorama europeo, que ninguna Constitución condiciona el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a la decisión jurisdiccional previa de la inaplicabilidad del mismo precepto legal.

La posición solitaria que —a este respecto— exhibe el ordenamiento constitucional chileno amerita el análisis crítico de ella, acerca del cual ya expresamos nuestro veredicto.

## 7. Conclusiones

**7.1.** Hemos descrito el fundamento de la acción de inconstitucionalidad de la ley, que no es otro que el resguardo efectivo del principio de supremacía de la Constitución.

**7.2.** Hemos señalado que la finalidad de esta acción —así como su declaración de oficio— consiste en eliminar del ordenamiento legal aquellos preceptos que no guardan coherencia ni se subordinan a los valores, principios y normas de la Carta Fundamental.

**7.3.** Hemos intentado señalar las diversas manifestaciones del progreso cualitativo que esta acción ha generado en el derecho constitucional chileno. También hemos procurado identificar los requisitos de procedencia de la acción de inconstitucionalidad, así como aquellos indispensables para su estimación.

**7.4.** Entre los requisitos de procedencia de la acción de inconstitucionalidad figura la declaración previa de inaplicabilidad de la norma legal cuestionada, efectuada por el TC. El acento crítico de este estudio se centra en la incoherencia de este requisito como paso previo y necesario para declarar la inconstitucionalidad de la misma norma. Se trata de dos acciones que corresponden a sistemas diferentes de control de constitucionalidad; la inaplicabilidad pertenece a la esfera del control concreto y —por ende— necesitado de intervención judicial decisoria; en cambio, la inconstitucionalidad se sitúa en la esfera del control abstracto y no requiere de la judicialización previa de caso alguno para operar.

**7.5.** Hemos practicado la revisión comparativa de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en el mundo americano, examinando su situación en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador. Hemos hecho similar examen en las constituciones europeas de Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. Y en ninguna de las regulaciones constitucionales de estos Estados hemos podido encontrar la exigencia de un requisito tan insólito y confuso como el que impera en el caso chileno, cual es la declaración previa de inaplicabilidad de la norma cuestionada.

**7.6.** Estas consideraciones, así como el examen del derecho comparado, permiten concluir que nuestro sistema vigente en materia de acción de inconstitucionalidad no merece subsistir con el impropio requisito de procedencia señalado. Se hace necesario independizar la acción de inaplicabilidad de la acción de inconstitucionalidad, por pertenecer ambas a diferentes esferas de control de constitucionalidad.

**7.7.** Es cierto que la acción de inconstitucionalidad no puede quedar desprovista de limitaciones razonables en su ejercicio, ya que la ausencia de estos llevaría inevitablemente al eventual colapso del TC y —en todo caso— a la banalización de un instrumento tan serio e importante de control de constitucionalidad.

**7.8.** La manera de acotar el ejercicio de la acción tiene que buscar el camino señalado por la experiencia universal en el sentido de identificar clara y precisamente a qué órganos del Estado se legitima para el ejercicio de esta acción y —en el caso de abrir su ejercicio a la participación ciudadana— señalar qué instituciones o qué número de personas quedarán habilitadas para ejercitarla, sin descartar la posibilidad de mantener su carácter de acción pública acentuando los requisitos de admisibilidad.

Nunca es tarde para remediar una determinación apresurada.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 367-383, ISSN 1510-4974

**Daniel Ustárroz (Brasil)***

# A experiência do amicus curiae no direito brasileiro

## RESUMO

**O trabalho analisa a recepção e o desenvolvimento da figura do amicus curiae no direito brasileiro. A fim de permitir ao leitor estrangeiro a compreensão do papel atribuído ao amigo da Corte, são destacadas ao longo do texto particularidades do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e de organização do Poder Judiciário. Apresentam-se, ainda, as últimas e mais importantes reformas de direito processual, que expressamente acolheram o amicus curiae e redefiniram o papel do Supremo Tribunal Federal. São destacados, também, os principais precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.**

**Palavras-chave: processo constitucional, recurso extraordinário, controle de constitucionalidade, amicus curiae, legislação civil, Brasil.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die Arbeit geht auf die Aufnahme und Anwendung der Figur des Amicus Curiae im brasilianischen Recht ein. Um dem ausländischen Leser das Verständnis der dem "Freund des Gerichts" zugewiesenen Rolle zu erleichtern, werden die Besonderheiten des brasilianischen Systems bei der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit sowie der Organisation der Justiz im Text besonders hervorgehoben. Vorgestellt werden darüber hinaus die wichtigsten Reformen des Prozessrechts aus jüngster Zeit, die den Amicus Curiae ausdrücklich integriert und die Rolle des Obersten Bundesgerichtshofs neu definiert haben. Auf die wichtigsten Präzedenzfälle in der Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs wird besonders aufmerksam gemacht.**

**Schlagwörter: Verfassungsprozess, ausserordentliche Beschwerde, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, amicus curiae, Zivilgesetzgebung, Brasilien.**

## ABSTRACT

**This paper discusses the acceptance and development of the institution called *amicus curiæ* in Brazilian law. In order to allow foreign readers to understand the role played by the "friend of the court", a few peculiarities of the Brazilian system for the control of constitutionality and the organization of the Judiciary**

---

* Advogado no Brasil. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Civil da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). ‹ustarroz@terra.com.br›

**are highlighted along the paper. The latest amendments in procedural law are also shown, which have expressly introduced the concept of *amicus curiæ* and have re-defined the role of the Federal Supreme Court. The main precedents of the Federal Supreme Court are likewise highlighted.**

**Keywords: constitutional process, extraordinary appeal, constitutionality control, amicus curiae, civil law, Brazil.**

## 1. Introdução

O presente estudo analisa a recepção da figura do amicus curiae no direito brasileiro, enfocando as normas legais que o disciplinam e a respectiva interpretação jurisprudencial. Embora recente o surgimento do instituto na experiência nacional, já se observa sua importância no aprimoramento e na democratização dos provimentos judiciais, o que motiva pesquisar seus contornos e suas potencialidades dentro do sistema.

A compreensão do papel do amicus curiae (amigo da Corte) passa pelo reconhecimento de que o processo não é apenas um "instrumento meramente técnico para o cumprimento formal dos preceitos jurídico-substanciais". Muito mais do que um mero "instrumento técnico", o processo é um "instrumento ético de participação política, de afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens".[1] Um sistema processual que almeje cumprir com as promessas constitucionais deve propiciar meios efetivos para que os cidadãos participem da elaboração dos provimentos judiciais. Ampliando o acesso à justiça e fortalecendo o contraditório, o direito processual realiza o ideal de cidadania. Como lembra José Joaquim Calmon de Passos, é o princípio democrático que deve ditar as regras do processo civil, visto que

> [...] direito é decisão; destarte a participação no processo decisório, em todos os seus pressupostos e fases, revela-se um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão e um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação, indispensáveis para haver real cidadania. Digo mais: é a única forma de realizar os direitos fundamentais, bem como os que deles decorrem como seus desdobramentos, tirando-os do mundo do faz de conta dos enunciados bombásticos para colocá-los no mundo real dos acontecimentos.

O incentivo à participação das pessoas na formação dos provimentos judiciais decorre, como se vê, da aspiração democrática. Contudo, ao lado dessa valiosa justificativa,

[1] Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos Cintra: "incutir na mente do estudioso a idéia de que o processo não é só um instrumento meramente técnico para o cumprimento formal dos preceitos jurídicos-substanciais, mas sobretudo um instrumento ético de participação política, de afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens". Antonio Carlos Sintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2003 (1974), p. 16.

também pode ser tido como fundamental para melhor esclarecer os fatos e o direito da causa (iluminando a complexidade, com os pontos de vista dos atores sociais interessados pelos efeitos da decisão a ser tomada).[2] A sociedade civil auxilia decisivamente o Poder Judiciário, na elaboração de seus provimentos, quando aporta dados e argumentos inéditos nos autos. Surge o amicus curiae, portanto, como um dos remédios adequados para a crise de legitimidade do direito e para a afirmação da cidadania.

Em que pese podermos encontrar antecedentes do amigo da corte em épocas mais antigas, como no período clássico do direito romano, a doutrina costuma apontar o sistema da *common law* britânica como a origem moderna da figura, especialmente após o século XIII.[3] Historicamente, o advogado inglês está habituado a encontrar, ocasionalmente, o Procurador-Geral representando o governo nas causas que possam interessar a soberania.[4] Contudo, embora semeado no sistema inglês, foi na *common law* norte-americana que o amicus curiae encontrou espaço para florescer nos últimos séculos.

Ernest Angell, em interessante estudo publicado em 1967, após avaliar os pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos nos anos anteriores, dividiu os amici curiae em três categorias centrais[5]: (a) os representantes legais do governo (união, estados, municípios, etc.); (b) as organizações privadas de profissionais (sindicatos de empregadores e empregados, associações de classe, etc.) e (c) as associações não-governamentais de defesa de interesses públicos (tribos, igrejas, associações sem fins lucrativos para defesa de direitos das minorias, meio-ambiente, patrimônio público, etc.).[6]

No Brasil, o amicus curiae foi paulatinamente incorporado à ordem processual, a partir de 1976, quando, pela vez primeira, encontrou apoio legislativo na Lei que criou a Comissão de Valores Mobiliários (Lei 6.385/76). Desde então, diversos outros dispositivos legais contemplaram o amigo da Corte e cada qual contribuiu para a sua afirmação. Comparado com outros sistemas, é muito recente a utilização do amicus

---

[2] Como bem anota Paulo Otero, "sem complexidade não se pode dizer que exista direito", pois são contraditórios e conflituosos os interesses da sociedade, "que de forma heterônoma se impõem ao direito, passando este, num segundo momento, enquanto realidade social, a reflectir no seu próprio interior essa mesma complexidade, ocorrendo aqui como que um fenômeno de absorção ou integração no seio do direito da complexidade residente na sociedade, sendo certo que, num terceiro momento, se pode observar que o próprio direito acaba sempre por gerar em si, autonomamente, uma complexidade técnica e axiológica que ultrapassa aquela que ele próprio reflete na sociedade, podendo mesmo entrar em colisão com os interesses existentes nesta última". Paulo Otero: *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, v. I, t. 2, Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1999, p. 260.

[3] Inúmeros autores sustentam que, em realidade, já no direito romano havia um antecedente decisivo, a partir da autorização do "judex" convocar expertos para pedir conselhos ou ajuda. Nesse sentido: Andrés Napoli e Juan Martín Vezzulla: "El amicus curiae en las causas ambientales", em *Fundación Ambiente y Recursos Naturales,* ‹www.farn.org.ar› (08/08/2008).

[4] Ernest Angell: "The Amicus Curiae: American Development of English Institutions". In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, n. 4, Cambridge University Press, 1967, pp. 1067. O mesmo autor destaca que no sistema estadunidense o *leading case* ocorre em 1812, com a admissão pela Suprema Corte da manifestação do *Attorney General of the United States*.

[5] Op. cit. p. 1019.

[6] Já Gregory Caldeira e John Wright, na pesquisa publicada em 1990, identificam 17 categorias de amici curiae, especificando ainda mais o estudo de Ernest Angell. Gregory Caldeira e John Wright: "Amici Curiae before the Supreme Court: Who participates, when, and how much?", in: *The Journal of Politics*, v. 52, n. 3, Cambridge University Press, 1990, p. 782-806.

curiae no direito brasileiro. Esta quiçá seja a principal razão para que, até setembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal tenha analisado o tema em apenas 267 oportunidades.[7] Se comparado com o número de processos analisados anualmente pela Corte (em torno de 110.000 feitos a cada ano), observa-se que ainda não é significativa a utilização da figura do amigo da Corte. Contudo, não há dúvidas de que ele já ocupa lugar de destaque e tende a ampliar significativamente sua atuação. Esta é a evolução que objetivamos destacar, apresentando o tema ao leitor estrangeiro.

## 1. Uma primeira experiência: a Lei 6.385/76

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), criada pela Lei nº 6.385/76, consagrou, em seu art. 31, a intervenção deste órgão nos processos judiciários "que tenham por objetivo matéria incluída na competência" do ente.[8] Dentre as atribuições da Comissão, encontram-se os objetivos de

> [...] assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e de balcão; proteger os titulares de valores mobiliários contra emissões irregulares e atos ilegais de administradores e acionistas controladores de companhias ou de administradores de carteira de valores mobiliários; evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários negociados no mercado; assegurar o acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e companhias que os tenham emitido; assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários; estimular a formação de poupança e sua aplicação em valores mobiliários; promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas.[9]

No plano processual, portanto, a CVM possui a missão de servir de elo entre o mercado e o Poder Judiciário, auxiliando este a definir os litígios que possam, por via

---

[7] Foram 41 acórdãos (decisões colegiadas), 209 decisões monocráticas, 14 decisões da Presidência e 3 vezes a partir de questões de ordem. Nos Tribunais de Apelação, a figura é ainda mais rara, sendo quase inédita na primeira instância, em face da cultura processual brasileira.

[8] Assim reza o dispositivo: "Nos processos judiciários que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. § 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. § 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subseqüentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forenses ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. § 3º - À comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram. § 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato àquele em que findar o das partes.

[9] Todas as atribuições conforme lei e expressamente anunciadas no site oficial, ‹www.cvm.gov.br.›

direta ou reflexa, repercutir nas relações das companhias abertas.[10] Em face da natural dificuldade do órgão judicial lidar com matéria eminentemente técnica, o auxílio da CVM mostra-se fundamental como meio de aproximar a realidade do mercado à tranqüilidade dos gabinetes e tribunais, para proteger interesses da sociedade civil (consumidores, meio-ambiente, acionistas, saúde pública, etc.).

Em que pese a previsão legal, porém, não se observou grande desenvolvimento da intervenção no dia-a-dia do foro, quiçá em razão da cultura do próprio povo brasileiro, pouco acostumado a valorizar o papel da Bolsa de Valores, e da doutrina elaborada a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, nascido em período autoritário e preocupado em tratar – quase que exclusivamente – das demandas individuais.

## 2. O amicus curiae no sistema de controle de constitucionalidade

No ordenamento brasileiro, convivem os controles difuso, realizado por qualquer magistrado e em todo caso concreto, e concentrado, através do Supremo Tribunal Federal (no caso das normas federais, estaduais e municipais frente a Constituição Federal) e dos Tribunais de Justiça dos Estados (hipótese do conflito entre normas municipais e Constituições destes Estados). Originalmente, com a Constituição de 1891, se adotou o controle difuso; porém, ao longo do século XX floresceu a fiscalização concentrada, que é, inclusive, tida por predominante na Constituição de 1988, por alguns respeitáveis autores. O Judiciário brasileiro, portanto, está acostumado a realizar debates em abstrato e em concreto. Historicamente, o produto de um debate in abstrato, na via concentrada, seria a eficácia erga omnes da decisão, ao passo que a pronúncia diante de um caso concreto, via controle difuso, atingiria apenas as partes.[11] Atualmente, porém, a doutrina está revisando esses conceitos e trabalhando para permitir que as conquistas de um modelo sejam recepcionadas pelo outro.

---

[10] Osvaldo Hamilton Tavares: "A CVM como Amicus Curiae", in: *Revista dos Tribunais*, n° 690, São Paulo, 1993, p. 286. Sublinha o autor que "o juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente conseguiria após um ingente esforço. Embora não fique o juiz adstrito ao parecer e aos esclarecimentos da CVM, podendo dela divergir, o certo é que a opinião do técnico do Mercado de Capitais é essencial ao esclarecimento dos fatos e forma um contingente imprescindível para a boa compreensão das questões postas ao debate". (Op. cit. p. 287).

[11] O presente parágrafo de forma alguma pretende discorrer sobre o rico sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mas apenas destacar, para o leitor estrangeiro, o panorama geral. Para uma visão mais aprofundada, remetemos o leitor para duas obras que trabalham perspectivas distintas, porém complementares: Gilmar Ferreira Mendes: *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha,* São Paulo: Saraiva, 2005 (1996); Lenio Luiz Streck: *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito,* Rio de Janeiro: Forense, 2004 (2002).

Foi justamente na tarefa confiada ao Judiciário, de fiscalizar a constitucionalidade de normas e atos, que foi consagrada a intervenção do amicus curiae no sistema brasileiro. Com efeito, a lei que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Pretório Excelso (Lei 9.868/99), autorizou, em seu art. 7º, §2°, o Ministro Relator, "considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes", a admitir "a manifestação de outros órgãos ou entidades".[12] Abriu-se espaço, desta forma, para que terceiros – "alheios" à relação processual estabelecida – pudessem também participar da formação do provimento.

É certo que a vagueza do enunciado ocasionou, inicialmente, alguns empecilhos para sua concretização. Mas, por outro lado, permitiu que a jurisprudência atuasse ativamente na consagração de uma nova forma de intervenção de terceiros. Entre as omissões legislativas se encontram a possibilidade ou não de sua aplicação analógica para as outras demandas que permitem diretamente o controle de constitucionalidade, o momento adequado para a solicitação do terceiro e os seus poderes. A jurisprudência da Corte vem admitindo o amicus curiae em todo o processo de controle concentrado de constitucionalidade, pela identidade das demandas. E, após inicialmente fixar um prazo muito exíguo para a admissão, revisou sua jurisprudência para acatar os requerimentos fundamentais até o início do julgamento, pelo interesse público reconhecido. Quanto aos poderes, na Corte, além dos memoriais ("briefs"), vem sendo admitida a sustentação oral.[13]

No direito brasileiro, o grande precedente remonta à Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2130/SC, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Em decisão proferida em 2000 (o que denota o recente desenvolvimento do instituto), o Supremo Tribunal Federal considerou que

> [...] no estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do amicus curiae (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A finalidade da intervenção é apreendida no seguinte trecho:

> [...] a admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sem-

[12] Art. 7º: "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. […] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

[13] Ministro Celso de Mello, na MC/ADI 2130.

> pre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Após identificar que a histórica orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido da vedação da intervenção de terceiros, derivava da natureza dos processos de controle concentrado (objetivos), o Ministro Celso de Mello teve presente a regra "inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade".

Com apoio na doutrina de Paolo Bianchi, sublinhou que

> [...] a admissão do terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Em conclusão, apontou que, ao admitir os amigos da Corte,

> [...] o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo - como o de controle abstrato de constitucionalidade - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

A lição influenciou os julgados sucessivos e bem apreendeu o significado político e constitucional da intervenção.[14]

---

[14] Outras decisões relevantes para o desenvolvimento do instituto são as seguintes monocráticas: ADI 3259/PA, Rel. Min. Grau, j. 27/10/2004; ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.10.2004; ADI 3268MC/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.10.2004; ADI 2039/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.10.2004; ADI 3045/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05.10.2004; ADI 2825AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30/09/2004; ADI 2746/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 08.09.2004; ADI 3019/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.05.2004; ADI 2961/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa,

## 3. Dois requisitos para a admissão do amicus curiae perante o Supremo Tribunal Federal

### 3.1. Representatividade do postulante e sua idoneidade

O requisito para se admitir a manifestação de terceiros reside na representatividade adequada do postulante. Ou seja, inexiste autorização constitucional para que toda e qualquer pessoa participe do debate constitucional travado nas relações processuais.[15] É imprescindível, portanto, identificar o melhor porta-voz da sociedade civil.

Em linha de princípio, o amigo da corte será uma pessoa jurídica que reúna contingente significativo de membros e simpatizantes. Sem olvidar os tradicionais representantes que ostentam legitimidade para defraudar o processo de fiscalização de normas, o papel pode ser desempenhado por Organizações Não Governamentais, Universidades, Fundações, Sindicatos, Escolas, Associações, Federações e tantos outros entes que, no seio da sociedade, desfrutem de prestígio em razão da excelência de seu trabalho. Episodicamente, o amigo da Corte poderá ser uma pessoa física, ouvida pela Corte *sponte sua* com o objetivo de alertá-la para a realidade da causa e os efeitos da decisão. Representatividade, no ponto, é um conceito que liga umbilicalmente com idoneidade.

Deverá existir, logicamente, pertinência temática entre a matéria discutida no processo e os fins institucionais do amicus curiae. Cada setor da sociedade intervém nas demandas que lhe dizem respeito, não se justificando a utilização da figura para satisfazer curiosidade ou capricho. A ideologia do amigo da Corte, em que pese o interesse em eventualmente direcionar o provimento, não serve de abrigo para manifestações intransigentes e parciais, próprias de autor e réu dos processos subjetivos.

Como se observa, o fundamental é que o postulante seja reconhecido no seio da sociedade por sua atuação, conservando uma biografia digna de respeito.

### 3.2. Relevância da fundamentação (intensificação do contraditório)

A segunda exigência a ser superada pelo postulante deriva da finalidade da intervenção, qual seja a intensificação do contraditório. Mediante a introdução de dados e argumentos, o terceiro permite que a Corte medite sobre a realidade subjacente à causa e os efeitos da decisão. O amicus curiae, por sua atuação pretérita, invariavelmente possui ampla experiência para aportar aos autos indicativos seguros acerca da cinzenta realidade discutida.

Nessa medida, o trabalho do terceiro auxilia a Corte na difícil missão de encontrar a interpretação constitucional mais adequada para as normas discutidas. Atualmente, encontra-se consagrada, no plano científico, a exigência de uma interpretação valorativa,

---

j. 24.03.2004; ADI 3028/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.11.2003; ADI 2999/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30.10.2003. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.07.2004.

[15] Seria deveras utópico (e inconveniente) imaginar a intervenção individual de milhares de cidadãos, aproximando o processo judicial de uma assembléia popular.

a partir da análise globalizada do sistema (jamais isolada de normas).[16] As "possíveis dimensões de sentido das normas constitucionais" dependem fundamentalmente do contexto histórico em que são debatidas. O fenômeno – altamente complexo, por englobar o confronto entre idéias radicalmente distintas – demonstra a necessidade de se facilitar a entrada no processo das diversas posições dos membros da sociedade.

A vinculação entre o amicus curiae e a garantia constitucional do contraditório é nítida. Nesse ponto, convém relembrar sua perspectiva metodológica, bem apreendida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando afirma que, na sociedade atual, em permanente mudança,

> [...] ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, que se sujeitem passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples "objeto" de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.[17]

Com efeito, a aproximação da sociedade civil do processo judicial atenua o risco de preconceitos na aplicação do direito e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. Isso sem contar que, no Brasil, existem dezenas de milhares de normas em vigor, sendo digno de registro que a Constituição de 1988 possui nada menos do que 250 artigos e outros 95 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentro desse contexto de complexidade fática e mesmo jurídica, parece indiscutível que a ampliação do debate fornece aos julgadores dados mais precisos para a elaboração dos votos e para a discussão colegiada. O sistema é forjado para viabilizar o ingresso de outros argumentos, na maioria das vezes até desconhecidos pelo requerente.

---

[16] Paulo Bonavides realça a previsão da Constituição de 1948 da então Tchecoslováquia, no sentido de que "a interpretação das diversas partes da Constituição deve inspirar-se no seu conjunto e nos princípios gerais sobres os quais se alicerça". E, ato contínuo, irá destacar a importância de se reconhecer um sistema axiológico-teleológico. Paulo Bonavides: *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo: Malheiros, 2003 (1982), p. 129-132.

[17] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "A Garantia do Contraditório", em *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, ‹www.abdpc.org.br› (20.08.2008).

Por conseguinte, inexiste sentido em se admitir a participação de um representante da sociedade que não possui condições de aportar dados novos ao debate processual.[18]

## 4. A "súmula vinculante" e o amicus curiae (art. 3, §2°, da Lei 11.417/06)

Recentemente, a partir da Emenda Constitucional n° 45/2004, o Supremo Tribunal Federal foi autorizado a atribuir efeito vinculante frente à Administração Pública e aos órgãos inferiores do Judiciário, das suas pronúncias em sede de controle difuso. Dentro do sistema brasileiro, com profundas raízes de *civil law*, a "inovação" gerou intensos debates na doutrina e na jurisprudência; afinal, em linha de princípio, na cultura constitucional brasileira os efeitos erga omnes e a vinculação aos precedentes ocorriam especialmente no controle concentrado-abstrato de constitucionalidade. Nos casos repetitivos, em que figurassem autor e réu, o Supremo Tribunal Federal não poderia emitir provimento que atingisse terceiros, em razão do "ineditismo do caso concreto".

O art. 103-A, introduzido por aquela Emenda, permitiu ao Supremo, pelo voto de dois terços de seus 11 membros, atribuir efeito vinculante para prevenir insegurança grave na aplicação do direito. A partir de sucessivos julgamentos sobre o mesmo tema constitucional, o Supremo Tribunal Federal editaria enunciados para vincular os órgãos inferiores e a Administração. O procedimento preconizado pela Constituição Federal, no seu art. 103-A e na Lei n° 11.417/06, salienta que

> o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento.

Não é todo o cidadão que ostenta legitimidade para instaurar o procedimento, mas apenas: (I) - o Presidente da República; (II) – a Mesa do Senado Federal; (III) – a Mesa da Câmara dos Deputados; (IV) – o Procurador-Geral da República; (V) – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (VI) – o Defensor Público-Geral da União; (VII) – partido político com representação no Congresso Nacional; (VIII) – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; (IX) – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (X) – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (XI) – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares e (XII) o Município, este último de forma incidental ao curso de processo em que seja parte.

[18] ADI 3311/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

A despeito desse extenso rol de legitimados, a lei ainda autoriza a participação dos amigos da Corte. Com efeito, o art. 3º, § 2º da citada Lei prevê expressamente que no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão. Justifica-se a orientação, novamente, pelo efeito transcendental da orientação sumulada.

Uma vez existente a súmula, o seu não acatamento ou a aplicação equivocada, determina a cassação do provimento, pelo uso da "reclamação", um instrumento constitucional destinado a preservar a autoridade do Supremo Tribunal Federal.

## 5. O amicus curiae no julgamento do Recurso Extraordinário (543-A, §6°, CPC)

Através do Recurso Extraordinário, no direito brasileiro qualquer parte pode levar um processo ao Supremo Tribunal Federal, alegando, grosso modo, que na apreciação de seu caso houve violação a norma constitucional. A Constituição Federal considera o Supremo Tribunal Federal competente para julgar,

> [...] mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (a) contrariar dispositivo desta Constituição; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, CF/1988).

Historicamente, o acesso ao Supremo Tribunal Federal se mostra excessivamente amplo, de sorte que a Corte diuturnamente profere julgamentos não-paradigmáticos, repetitivos, despidos de transcendência, por força de uma legislação constitucional e infra equivocada. O advogado brasileiro, por regra geral, está habituado à plêiade de recursos e à própria demora do processo judicial, de sorte que a restrição ao conhecimento de recursos é usualmente vista como uma medida perniciosa, quando, nanossa opinião minoritária, mostra-se fundamental para realizar a cidadania.

Apenas para ilustração: no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal apreciou, por seus 11 membros, mais de cem mil recursos. Este número, inimaginável para a grande maioria das Cortes Constitucionais, decorre do amplíssimo acesso assegurado pelo recurso extraordinário. A despeito das históricas críticas formuladas pela doutrina, apenas recentemente, com a introdução da repercussão geral, recebeu o Supremo um filtro constitucional para limitar sua atuação às causas transcendentais.

A forma encontrada pela Emenda Constitucional n° 45/2004 para restringir o acesso e propiciar ao Supremo as condições para meditar sobre o significado político e o alcance de suas decisões foi a "repercussão geral", tendo sido acrescido o parágrafo terceiro ao art. 102, nos seguintes termos: "no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso,

nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

O acesso, em linha de princípio, permanece aberto para todos os cidadãos. Todavia, os interessados deverão demonstrar a transcendência do julgamento de seu caso e os reflexos que dele se esperam. Do contrário, a resposta do Tribunal de Apelação se tornará definitiva.

Parece uma constatação óbvia afirmar que o litígio pode nascer de uma iniciativa individual mas assumir relevante interesse público. Efetivamente, não se deve olvidar que, mesmo diante de um litígio *prima facie* estritamente privado, é possível que a atuação judicial em sede difusa, especialmente pela autorização do *judicial review of legislation*, assuma importância vital para o ideal federativo. O problema hoje visualizado com maior nitidez no exemplo brasileiro é histórico em países de tradição mais ativa na fiscalização da constitucionalidade de normas. As observações de Samuel Krislov bem se aplicam à experiência nacional:

> [...] *the problems of representation of third party interests under the common law system were, if anything, exacerbated by the American system. The creation of a complex federal system meant not only that state and national interests were potentially in conflict, but also that an even greater number of conflicting public interests were potentially unrepresented in the course of private suits. Legal doctrines espoused by the Supreme Court also multiplied these problems. The assertion of judicial review and of the Court's role as 'umpire to the federal system' meant that disputes taking the form of litigation between private citizens were in many instances to shape the constitutional contours of the federal system*.[19]

A repercussão geral foi regulada pela Lei 11.418/06. Naquilo que interessa ao presente estudo, é necessário destacar que, diante da existência de diversos recursos extraordinários sobre idêntica matéria, caberia ao Tribunal de Origem selecionar "um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte" (art. 543-B, §1°, CPC).[20] Justifica-se o fenômeno, na medida em que, malgrado a diversidade de sujeitos envolvidos, o debate travado nos feitos é semelhante.

Nesse compasso, caso o Supremo Tribunal Federal não reconheça a repercussão geral do tema constitucional, sob o ângulo dos efeitos econômicos, sociais, políticos ou jurídicos, os recursos sobrestados se considerararão inadmitidos (art. 543-B, § 2°, CPC). A função do amicus curiae nesse debate é, justamente, alertar a Corte para o

[19] Samuel Krislov: "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy", em *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, The Yale Law Journal Company, 1963, p. 697.

[20] No sistema brasileiro, os Tribunais inferiores participam do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários. São os Tribunais de Origem que recebem os recursos e, admitindo sua admissibilidade, os remetem ao Supremo Tribunal Federal, que tem sede na Capital, Brasília.

potencial efeito de seu provimento, que pode atingir importantes relações econômicas, políticas, sociais ou jurídicas.[21]

Quando conhecido (pela presença da repercussão), mas desprovido (com a manutenção da decisão recorrida), os recursos sobrestados são considerados prejudicados (art. 543-B, §3°, CPC). Por fim, caso o recurso paradigma fosse conhecido e provido, então competiria ao Tribunal de origem retratar-se, sob pena do provimento monocrático e liminar de cada impugnação dirigida contra acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, §4°, CPC).

Observa-se, em qualquer destas situações, a potencialidade latente de efeito expansivo no julgado. Ou seja, pessoas que são alheias a relação processual examinada pelo Supremo Tribunal Federal serão fatalmente atingidas pelo resultado do julgamento. Assim, para viabilizar a participação dos cidadãos e legitimar o provimento da Corte, novamente o ordenamento recorre à figura do amicus curiae.[22] Sua participação guiará o Supremo Tribunal Federal também quanto à aferição da verdadeira repercussão do recurso em tela, pela introdução de dados objetivos que envolvem a causa. A experiência do amicus curiae, pelo trabalho social desenvolvido, mostra-se decisiva para auxiliar a análise da própria repercussão geral e da interpretação constitucional dos temas enfocados.

Portanto, os idôneos representantes da sociedade civil estão autorizados a participar do debate dos temas constitucionais relevantes, com o objetivo de convencer o Supremo acerca da existência e da real extensão da repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

## 6. O amicus curiae e o recurso especial repetitivo (543-C, §4ª, CPC)

Uma última norma merece atenção. Em 2008, com a Lei n° 11.672, foi introduzido o art. 543-C, no Código de Processo. A iniciativa partiu de uma realidade insustentável: a situação de cada Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciar, anualmente, número próximo a 50.000 recursos, em sua maioria sobre questões idênticas. A Corte possui 33 Ministros, divididos em 3 Seções, que reúnem, cada qual,duas Turmas com idêntica competência. Ao todo, portanto, são 6 Turmas, além das 3 Seções e da Corte Especial.

---

[21] Concordamos com Gregory Caldeira e John Right quando identificam pela Corte um tácito reconhecimento da relevância da causa, diante da admissão do amicus curiae: "*the Supreme Court continued willingness to receive this rising tide of most briefs from not-so-disinterested third parties is, in our view, tacit recognition that most matters before the justices have vast social, political, and economic ramifications – far beyond the interest of the immediate parties*". Gregory Caldeira e John Right: "Amici Curiae before the Supreme Court: Who participates, when, and how much?", in: *The Journal of Politics*, v. 52, n. 3, Cambridge University Press, 1990, p. 783.

[22] Reza o art. 543-A, § 6º: CPC: "O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

Um dos Tribunais de Cúpula (quase uma Corte de Cassação, o imperador da Lei Federal), que deveria proferir decisões paradigmáticas ("nomofilachia"), encontrava-se e ainda encontra-se abarrotado por recursos que travam a efetividade da jurisdição. O debate sereno e tranqüilo, próprio dos órgãos colegiados, não encontrava e não encontra ainda terreno fértil para florescer. E os provimentos, raramente analisados nos cursos de graduação, ainda mais distantes se encontram da sociedade civil.

No art. 543-C, CPC, é idealizado um procedimento para julgamento de recursos repetitivos.[23] Em linhas gerais, o dispositivo legal preconiza que "quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito", caberá ao presidente do tribunal de origem "admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça" (art. 543-C, §1°). Presente, portanto, a idéia de se restringir a subida de recursos análogos, que aguardam os paradigmas traçados pelo Superior Tribunal de Justiça.

A lei preconiza que, uma vez "publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça"; ou "II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça", segundo § 7°, do mesmo artigo.

A rebeldia do Tribunal inferior na adoção da tese sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça determina o processamento do recurso especial, com o seu exame delegado de admissibilidade e a conseqüente remessa para provimento.

---

[23] Art. 543-C, CPC: "Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º. Não adotada a providência descrita no § 10 deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º. O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º. O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º. Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 40 deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º. Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º. Na hipótese prevista no inciso II do § 70 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º. O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo".

Duas dificuldades práticas merecem especial atenção, em nosso sentir. Inicialmente, será importantíssimo destacar a forma pela qual serão selecionados os recursos representativos da controvérsia, pois eventual incorreção nesta tarefa inibirá já no início o sucesso do procedimento. Ato contínuo, preocupa a forma pela qual a sociedade participará do debate acerca da melhor orientação pretoriana. Se, por um lado, é realmente impossível imaginar o direito de todos os indivíduos interessados peticionarem nos autos do julgamento paradigma, por outro, a vedação não poderá ser absoluta, sob pena de se ofuscar a aplicação democrática do direito. Daí a necessidade de harmonização das duas exigências.

Na interpretação dessas duas imposições (participação política e racionalidade no procedimento) certamente devem ser levados em consideração os princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual, especialmente o acesso à justiça, o contraditório, a duração razoável, a fim de resguardar o devido processo constitucional. Dentro dessa premissa, algumas considerações merecem ser traçadas.

Quanto ao primeiro aspecto, é imperioso que a comunidade participe da eleição dos recursos representativos da controvérsia. Não apenas o Poder Judiciário, como à primeira vista a lei determina, deve participar desse processo, mas também os cidadãos interessados. Uma sugestão será prestigiar o trabalho a ser realizado pela Ordem dos Advogados, que poderá, em cada região onde se visualize matéria repetitiva, constituir grupos de trabalho. Após ampla discussão, inclusive com audiências públicas, poder-se-á apontar determinados recursos que, na visão da classe, melhor trabalham os argumentos.

Em relação ao segundo tópico, acerca da forma de exercício da cidadania no seio do Superior Tribunal de Justiça, a figura do amicus curiae parece ser adequada. A norma não deixa dúvidas quanto à sua admissibilidade, ao prescrever que "o relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia". A omissão na reforma do Regimento Interno, entretanto, não tem o condão de sobrestar a efetividade da norma. Ou seja, ela vige desde logo, por imperativo constitucional de contraditório.

Compete à sociedade civil organizar-se, para, a partir de associações, sindicatos, federações, postular seu ingresso nos procedimentos em tramitação. O Relator, tal como a lei determina, admitirá a participação dessas instituições, desde que sérias e respeitadas pelo corpo social. Novos pontos de vista, inéditos nos autos, muitas vezes antagônicos, serão trazidos para consideração, permitindo a compreensão globalizada da controvérsia.

## 7. Conclusão

Como se vê, em que pese da juventude do instituto no direito brasileiro, ele já exerce o destacado papel de ampliar o acesso à justiça, permitindo que a sociedade civil, por meio dos seus atores idôneos, possa contribuir para a formação dos provimentos judiciais. O seu adequado tratamento representa uma das mais marcantes projeções da

promessa constitucional de livre acesso à justiça, e uma esperança da aplicação judicial democrática no direito brasileiro.[24] O sucesso encontrado pelo amicus curiae nos ordenamentos de *common law* é um indicativo para sua válida aplicação nos sistemas de *civil law*, como o brasileiro. Em ambas as tradições, no atual momento histórico do constitucionalismo existe acentuada preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. Sem a participação dos cidadãos em todas as fases do processo, restrita será a chance de conseguirmos uma aplicação democrática do direito.

[24] Em uma das principais obras do pensamento jurídico, Mauro Cappelletti bem anunciou que "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos". Mauro Cappelletti: *Acesso à Justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

## Referências bibliográficas

Alvaro De Oliveira, Carlos Alberto: "A garantia do contraditório", in: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, ‹www.abdpc.org.br› (20.08.2008)

Angell, Ernest. Ernest Angell: "The Amicus Curiae: American Development of English Institutions", in: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, n. 4, Cambridge University Press, 1967.

Bonavides, Paulo: *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo: Malheiros, 2003 (1982).

Caldeira, Gregory A.; John R. Wright: "Amici Curiae before the Supreme Court: Who participates, when, and how much?", in: *The Journal of Politics*, v. 52, n. 3, Cambridge University Press, 1990

Calmon De Passos, José Joaquim: *Direito, poder, justiça e processo*, Rio de Janeiro: Forense, 2003 (1999).

Cappelletti, Mauro: *Acesso à Justiça,* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Ferreira Mendes, Gilmar: *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 2005 (1996).

Krislov, Samuel. Samuel Krislov: "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy", em *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, The Yale Law Journal Company, 1963.

Napoli, Andrés; Juan Martín Vezzulla: "El amicus curiae en las causas ambientales", in: *Fundación Ambiente y Recursos Naturales*, ‹www.farn.org.ar› (08/08/2008).

Otero, Paulo: *Lições de introdução ao estudo do Direito,* v. I, t. 2, Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1999.

Sintra, Antônio Carlos; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003 (1974).

Streck, Lenio Luiz: *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito,* Rio de Janeiro: Forense, 2004 (2002).

Tavares, Hamilton Tavares: "A CVM como amicus curiae", em *Revista dos Tribunais*, nº 690, São Paulo, 1993.

## III. Derechos y garantías individuales

- Gilbert Armijo (Costa Rica)
  *Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente*

- Emilssen González de Cancino (Colombia)
  *Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina*

- Víctor E. Orozco Solano (Costa Rica)
  *Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva*

- María Sofía Sagüés (Argentina)
  *Luces y sombras en los juicios al terror. El peregrinaje de la Suprema Corte de los Estados Unidos hacia el reconocimiento de la tutela judicial*

- Geovana Tavares de Mattos (Brasil)
  *A inconstitucionalidade da privatização dos presídios*

- Karen van Rompaey (Uruguay)
  *Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 387-404, ISSN 1510-4974

**Gilbert Armijo (Costa Rica)***

# Poder económico y discriminación etaria: la tutela del adulto mayor como derecho humano emergente

## RESUMEN

**El propósito de este estudio es hacer un aporte a la protección constitucional de las personas de la tercera edad, desde la tutela de la dignidad. Se basa en algunos casos que han sido resueltos por la Sala Constitucional de Costa Rica aplicando el principio transversal de la no discriminación de los grupos más vulnerables. Ciertamente, no existe en doctrina un criterio unánime sobre el derecho constitucional de la ancianidad; sin embargo, es indiscutible que este grupo etario es capaz de integrar la categoría jurídica de las minorías económicas, que pueden sufrir la discriminación que les imponen en muchos casos el propio Estado y sus agentes económicos.**

**Palabras clave: derechos fundamentales, derechos emergentes, tercera edad, discriminación económica y social, globalización, acciones positivas, jurisprudencia comentada, Costa Rica.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die vorliegende Untersuchung beabsichtigt, einen Beitrag zum verfassungsrechtlichen Schutz der Rechte älterer Menschen mit Hilfe des rechtlichen Schutzes ihrer Menschenwürde zu leisten. Sie stützt sich auf einige Entscheidungen des Verfassungsgerichts von Costa Rica, in denen das übergreifende Prinzip der Nicht-Diskriminierung von besonders gefährdeten Personengruppen zur Anwendung kommt. Zwar gibt es keine einhellige Lehrmeinung bezüglich der verfassungsrechtlichen Stellung älterer Menschen, doch kann kein Zweifel daran bestehen, dass diese Altersgruppe im rechtlichen Sinn als wirtschaftliche Minderheit eingestuft werden kann, die häufig der Diskrimierung seitens des Staates und seiner Wirtschaftseinheiten ausgesetzt sind.**

**Schlagwörter: Grundrechte, neue Rechte, Alter, wirtschaftliche und soziale Diskriminierung, Globalisierung, Affirmative Action, kommentierte Rechtsprechung, Costa Rica.**

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario de la UCR y UNA. Premio Alberto Brenes Córdoba 1996 por el Colegio de Abogados, Premio Ulises Odio Santos 1998 por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. ‹garmijo@Poder-Judicial.go.cr›

**ABSTRACT**

**The purpose of this paper is to contribute to the constitutional protection of senior adults, by protecting their dignity. It is based on some cases solved by the Constitutional Court of Costa Rica by applying the cross-cutting principle of non-discrimination of the most vulnerable groups. Certainly, there is no unanimous criterion in legal writings on the constitutional right of the elderly; however, it is indisputable that this age group can be a part of the legal category of economic minorities which may suffer discrimination imposed in many cases by the State itself and by State economic agents.**

**Key words: fundamental rights, emerging rights, senior adults, social and economic discrimination, globalization, affirmative action, annotated jurisprudence, Costa Rica.**

## 1. Introducción

El tema de la tercera edad es un tema invisible. Parecería que el envejecimiento, al igual que la muerte, es un problema de otros, nunca nuestro, a tal grado que en nuestra sociedad del siglo XXI existen dos grandes grupos desprotegidos: los niños y los ancianos. Se podría decir que, conforme envejecemos, nuestros derechos constitucionales también tienen fecha de caducidad.

A medida que las canas aparecen, comienzan a desaparecer los derechos mínimos, la libertad ambulatoria, la libertad sexual, y la realidad muestra que los hijos poco a poco asumen el papel de padres y los padres el de hijos.

Por ello es bueno reflexionar sobre si es necesario que exista un derecho especializado que proteja estos derechos. Desde luego, admitirlo implica tácitamente reconocer que los derechos de los que somos destinatarios por nuestra sola existencia ya no son eficaces para este grupo. Debemos preguntarnos qué cambia al cumplir, por ejemplo, sesenta y cinco años, y qué norma dice que a partir de ese momento no solo debemos pensionarnos, sino que nuestros derechos también asisten a su jubilación.[1]

Indudablemente, según pasa el tiempo, el grupo de la tercera edad tiene nuevas necesidades; por ello es preciso que la sociedad le brinde apoyo para solucionar sus problemas, algunos tan simples como una mayor oferta de medicinas, otros tan complejos como la soledad.

Ante esta realidad, diferentes ONG e incluso las Naciones Unidas han mostrado una creciente preocupación por el diseño de una protección internacional especial para este grupo etario. Para algunos esto es inconcebible, pues los derechos humanos no están diseñados para la protección de categorías.[2] Sin embargo, cada vez más asistimos a un replanteamiento de esta vieja tesis, conforme las protecciones específicas

[1] Debemos advertir que el análisis que se hace no es el clásico de los derechos económicos, sociales y culturales.

[2] Categoría que se vuelve minoría económica. Véase Luis Prieto Sanchíz: "Igualdad y minorías", en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas,* n.º 5 año II, julio-diciembre de 1995, p. 120.

se multiplican en favor de los trabajadores, los discapacitados, las mujeres, los niños y los ancianos, sin que por ello se pueda considerar que la tutela de las minorías implica por sí misma una violación al principio de igualdad, precisamente por las necesidades tan especiales que caracterizan a cada grupo.[3]

## 2. Efectos económicos y sociales del envejecimiento en Costa Rica

El envejecimiento no solo tiene efectos personales, como la disminución de las capacidades físicas y psíquicas, sino que también tiene una serie de efectos sociales que han obligado a los Estados a tomar decisiones de políticas públicas.

Solo a modo de ejemplo, citamos un estudio de Pedro Nikken sobre el crecimiento mundial de este grupo. Conforme la sociedad brinda una mayor calidad de vida, las expectativas crecen en igual proyección; por ejemplo, en 1950 las personas mayores de sesenta años eran 200 millones, para 1975 habían aumentado a 350 millones y para el 2025 se espera que existan 1100 millones. Esto significa un aumento del 224% en solo cincuenta años.[4] En la Declaración de Montevideo se hablaba de números igualmente preocupantes para los Estados latinoamericanos y del Caribe, pues la proyección para el año 2000 era que el 8,1% de los habitantes tendrían más de sesenta años (un total de 42 millones de personas), y para el 2020 la proporción habría ascendido al 12,4% de la población total (84 millones de personas).[5]

El tema puede ser abordado desde dos perspectivas: la económica y la social o humanitaria. Las tesis no son necesariamente antagónicas, pero desde luego pueden ser entendidas de esa manera.

### 2.1. La perspectiva económica

Desde el enfoque económico, el envejecimiento se ve como un problema. Implica un cambio de estructuras que conlleva una serie de falencias y dificultades que debe enfrentar el país cuando disminuye la población económicamente activa, entendida como aquella susceptible de producir riqueza mediante el trabajo físico e intelectual. Esto obliga a reformular la planificación para el desarrollo de acuerdo con los nuevos factores demográficos.[6]

---

[3] Sandra Huenchuan y Alejandro Morlachetti: "Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores", en *Notas de Población,* n.º 81, CEPAL, 2003, pp. 50-51.

[4] Pedro Nikken, en *Revista Interamericana de Derechos Humanos,* julio-diciembre 1986, p. 32.

[5] En nuestro caso, la esperanza de vida aumentó de manera extraordinaria: pasó de 42 años en 1930 a 78,5 en el 2008, que es la segunda más alta de América, por debajo únicamente de Canadá, pero por encima de países como Estados Unidos y Cuba. Programa Estado de la Nación (Costa Rica): *Estado de la región en desarrollo humano sostenible: un informe desde Centroamérica y para Centroamérica.* San José C. R.: Estado de la Nación, 2008, p. 183.

[6] En la transición hacia el envejecimiento hay un período en el que grupo de menores de 15 años se reduce y el de mayores de 64 años aún no ha crecido de manera sustancial, por lo que la

En este primer modelo la economía desempeña un papel esencial; en consecuencia, se toma una serie de medidas tendientes a contener el gasto social y a implementar nuevas políticas para hacer producir a los improductivos, es decir, las personas de la tercera edad. La forma de hacerlo es imponer nuevos impuestos a las pensiones o jubilaciones, pues deben contribuir cada vez más al sostenimiento del régimen. En igual sentido, de acuerdo con estudios actuariales, se vuelven práctica común las constantes reformas a la ley del régimen de pensiones, sobre la base jurídica de que el derecho se adquiere en el momento de pensionarse y hasta que ello ocurra solo se cuenta con una expectativa de derecho.[7]

Esta tesis jurídica permite cambiar las reglas del juego en la normativa pertinente, en perjuicio de los futuros pensionados. Se aumenta la edad de jubilación, y el dinero que efectivamente van a recibir es un porcentaje cada vez menor. Para entendernos: desaparecen las pensiones del cien por ciento, que se diminuyen al ochenta, al setenta y en algunos casos al cincuenta por ciento del salario devengado. Como cada vez es más difícil que una persona pueda subsistir con una pensión, se la obliga indirectamente a continuar trabajando si desea mantener su nivel de vida.[8]

En otros casos la tramitología burocrática se ensaña con este grupo etario, de manera que pensionarse se vuelve un verdadero calvario. Esto se debe a la cantidad de trámites administrativos que es preciso completar antes de disfrutar de la pensión, a veces por años, como ocurre en Costa Rica con la Junta de Pensiones y Jubilaciones.[9]

Por cada día que el Estado atrasa la pensión a la persona de la tercera edad, esta debe vivir de la caridad o convertirse en un dependiente más de su familia, en especial si no tiene ahorros suficientes para superar la transición de trabajador activo a pensionado. Una vez que se acoge a la pensión no recibe salario, pero tampoco pensión, porque esta se encuentra en trámite.

El Estado, en cambio, por cada día, mes o año que retarde el pago, puede utilizar esos dineros para solventar otras "necesidades más apremiantes". Prácticamente se trata de un enriquecimiento ilícito, pues cuando finalmente el Estado le da la pensión o la jubilación a la persona de la tercera edad, no hace ninguna indexación ni tampoco le paga intereses por el tiempo transcurrido.

En Costa Rica existe una doble injusticia. La edad promedio de vida de una persona es de 76 años; si se jubila a los 65, sabemos que prácticamente esa persona ha cotizado para un régimen de pensiones por treinta años y lo disfrutará a los sumo diez. Si tomamos en consideración que el otorgamiento efectivo de la pensión demora

---

dependencia demográfica permanece baja; a esto se denomina *bono demográfico.* En Costa Rica el beneficio del bono demográfico finaliza en quince años. Programa Estado de la Nación (Costa Rica). o. cit., p. 184.

[7] Véanse las constantes reformas a la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (ley 8536, del 27/07/2006; ley 7946, del 18/11/1999; ley 7531, del 10/07/1995, entre otras).

[8] Sonia Cuentas: "Propuestas e iniciativas para la seguridad económica de los adultos mayores en América Latina y el Caribe", en *DEHUIDELA,* vol. 13, año 7, Universidad Nacional, junio-diciembre del 2006, p. 18. En igual sentido, OIT: "Seguridad de los ingresos en la vejez", en *DEHUIDELA,* vol. 13, año 7, Universidad Nacional, junio-diciembre del 2006, p. 22.

[9] Cerca de un 40% de los amparos que nos ingresaron en el año 2008 fueron por estas razones.

aproximadamente de tres a cuatro años, tenemos que esa persona solo vivirá en condiciones medio dignas seis años. En síntesis, cada vez que se atrasa el pago de una pensión, se le roba a la persona lo más valioso, que es precisamente lo que no tiene: el tiempo y el derecho a morir con dignidad.

## 2.2. La configuración social y humanitaria

Desde el enfoque social y humanitario las respuestas son diferentes. Se reconoce que el anciano tiene necesidades específicas y, sobre todo, que su dignidad no debe ser menoscabada, porque no se trata de una minoría sobreviviente, débil e improductiva, sino de seres humanos que ingresan en una nueva etapa de su vida. Por ello, se hace hincapié en la solución de problemas puntuales, como la salud, la calidad de vida, la educación, la independencia y la libertad, solo por mencionar algunas.[10]

Desde luego, los críticos de esta tesis insisten en que ello solo es posible cuando se cuenta con los medios económicos que puedan sostener esas estructuras sociales.

En doctrina, las discusiones han sido arduas y en algunos casos infructuosas; sin embargo, se sigue discutiendo sobre cómo encontrar el equilibrio entre el desarrollo económico y la potenciación de los aspectos humanitarios.

La comunidad internacional y la OIT, en un primer momento a través de la Sociedad de Naciones, desarrollaron una serie de mínimos en cuanto a la edad de retiro y las condiciones en las cuales debía pensionarse un ser humano, y últimamente se insiste en el derecho al trabajo, la dignidad y el derecho a la vivienda, solo por mencionar algunos de los derechos básicos.

Evidentemente se ha recorrido un largo camino desde 1948, fecha en que se inició una serie de esfuerzos en ese sentido. A la delegación argentina correspondió el honor de presentar ante las Naciones Unidas un primer esbozo de lo que se pretendía que fuera la primera "Declaración de las Personas de Edad Avanzada". El intento fracasó, pues no contó con los acuerdos necesarios para aprobarse. En 1982 se convocó la Primera Asamblea Mundial sobre las Personas de Edad y logró aprobarse la resolución 33/52, que pasaría a ser conocida como la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento.[11]

Estas recomendaciones no eran vinculantes para los Estados miembros de las Naciones Unidas, pero por lo menos establecían un plan de acción que se proponía conciliar el desarrollo económico con los asuntos humanitarios. De ahí que resaltemos la importancia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, ya que traslada el contenido de las recomendaciones y les da alcance erga omnes, pues una sola sentencia que interpreta los alcances de un instrumento internacional o lo dispuesto en la norma constitucional tiene carácter vinculante y puede significar la diferencia entre el respeto

[10] Víctor Abramovich y Christian Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*: Madrid: Trotta, 2004, p. 65.

[11] Para un estudio detallado de los instrumentos internacionales que existen véase Sandra Huenchuan y Alejandro Morlachetti: "Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores", en *Notas de Población,* n.º 81, CEPAL, 2003.

a los derechos humanos o no, frente al caso concreto, aspecto que desarrollaremos posteriormente.[12]

En todo caso, el plan contemplaba, por parte de los Estados y respecto a la población de la tercera edad, el desarrollo especializado de aspectos como salud, vivienda, medio ambiente, familia, bienestar social, educación, empleo y seguridad de ingresos. Se disponía que el derecho a la pensión de retiro debía tener un mínimo equivalente a los ingresos previos, se establecía el principio de no discriminación por edad para acceder y mantener el trabajo, y nos interesa mencionar que la jubilación debía ser voluntaria y no forzosa.

En cuanto a la jubilación y el derecho a la pensión, diferentes ordenamientos han establecido que la mora o el atraso en cuanto a conceder la pensión es uno de los aspectos que deben ser evitados a toda costa, porque para este grupo etario el tiempo es un bien escaso. Sobre este problema, en España, el defensor del Pueblo se quejaba en uno de sus informes anuales:

> […] esta circunstancia es tanto más grave por cuanto es patente que las personas que se pueden considerar con derecho a obtener una pensión son, en su gran mayoría, de edad avanzada, y un retraso prolongado en ser reconocido su derecho puede convertirla, de hecho en una negación definitiva del disfrute de tal pensión […].[13]

Desde luego, el exceso de requisitos es un asunto complejo que en Costa Rica incluso ameritó que se aprobara una ley especial para defender al ciudadano de la voraz burocracia estatal.[14] El retraso prolongado en resolver una pensión es solo una de las dificultades que deben enfrentar las personas de la tercera edad.[15]

---

[12] Véase por ejemplo, la siguiente sentencia que establece el derecho de pertenencia al régimen de pensiones. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 1999-06842, a las 8:45 del 3 de septiembre de 1999.

[13] Véase el Informe del Defensor del Pueblo del año 1986, p. 162, citado por Marí Isolina Dabove Caramuto: *Los derechos de los ancianos,* Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2002, p. 280.

[14] Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, n.º 8220 de 4 de marzo de 2002.

[15] Es común que la prestación de los servicios sanitarios conlleve malos tratos y atención inoportuna. Uno de estos casos, que merece ser contado, es el de un anciano que fue llevado por sus hijos al hospital para que recibiera atención médica. Una vez estabilizado, el personal del hospital trató de contactar a la familia, sin resultado. A pesar de lo expuesto, se le dio de alta y se lo llevó en ambulancia a la dirección donde vivía; sin embargo, nadie abrió la puerta. Al preguntarles los paramédicos al anciano si tenía otros familiares que lo pudieran recibir, dio una nueva dirección, con igual resultado. Al conocer el amparo, la Sala lo declaró con lugar y se le ordenó al director del hospital mantener al anciano en dicha institución hasta que fuera trasladado a un sitio apropiado, donde recibiera los cuidados mínimos por parte del Estado o de la familia, estableciendo que es contrario al principio de dignidad expulsar a una persona de la tercera edad del hospital sin que tenga una lugar apropiado donde ubicarse. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2003-02045, a las 16:02 del 12 de marzo de 2003.

## 3. La globalización y el conflicto generacional

Estas situaciones extremas no son exclusivas de nuestro medio; en algunos países de Europa se han ensayado varias alternativas que debemos conocer al enfrentar el cambio demográfico con humanidad y al definir quién debe cargar con los costes de los programas sociales.

Un primer enfoque (Suecia, Holanda, Inglaterra) se basa en el aumento sostenido del gasto social. En algunos países lo que se destina para la atención de este grupo etario llega a la cuarta parte del producto interno bruto. El Estado social decide intervenir y se hace cargo de los programas sociales que deben brindar a la población una calidad de vida digna en la ancianidad. Algunos de estos Estados, históricamente, han entendido el problema de manera diferente al resto de Occidente; es el caso de los países nórdicos, donde las políticas sociales constituyen verdaderos derechos efectivos de todos los ciudadanos. Allí el Estado persigue solucionar los problemas de los diferentes grupos que componen su sociedad: niños, jóvenes, adultos, ancianos, etcétera.[16]

Podríamos sostener que la segunda gran prioridad del aumento del gasto social fue evitar lo que algunos denominan *guerra de las edades.* Los recursos económicos son bienes escasos y deben dirigirse con prioridad a sostener el gasto de lo que el Estado define como sus prioridades estratégicas. El problema es, desde luego, cuáles son las prioridades y quién tiene el poder para definirlas.

En Inglaterra, por ejemplo, las políticas sociales han fluctuado según el partido político en el poder. Así, el énfasis será fortalecer la economía y como subproducto lo social o, por el contrario, los factores sociales prevalecerán. Somos conscientes de que el espectro social es mucho más rico y complejo de lo que permite una visión en blanco y negro. Para otros, lo económico solo es una excusa formal para el conflicto generacional por el poder político.[17]

### 3.1. Los Chicago Boys

En los años ochenta y noventa los Chicago Boys representaron el súmmum del cambio. Este joven y brillante grupo de profesionales graduado en la Universidad de Chicago ha sido el responsable, en un primer momento, de difundir por América Latina y el mundo el nuevo mensaje de la globalización.

Pertenecen a la nueva generación de Internet, donde el mundo se encuentra al alcance de un clic. La red les brinda la oportunidad de conversar al mismo tiempo con Nueva York, Londres o París. Para ellos el Estado solo es una ficción que no existe en

---

[16] En Suecia, cuando la vida está de por medio, la edad no es un parámetro válido de discriminación. Véase Magnus Johannesson y Per-Olov Johansson: "The economic of ageing: on atitude of Swedish people to the distribution of health care resources between the young and the old", en *Health Policy,* n.º 7, 1996, pp. 154 ss.

[17] Sobre los conflictos generacionales véase Karl Mannheim: "El problema de las generaciones", trad. Sánchez de la Yncera, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, n.º 62, 1993, pp. 193 ss. Pedro Lain Entralgo: *Las generaciones en la historia.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, MCMXLV.

su mundo globalizado; las instituciones nacionales son solo espejos de las reales, en las grandes plazas de la bolsa internacional. Al fin y al cabo, el mundo es un pañuelo que esta ahí para el que quiera tomarlo.

Desde luego, los ideólogos del cambio saben que la economía solo puede globalizarse cuando se cuenta con las personas claves en los puestos apropiados. Por ello, la toma de las instituciones nacionales no se salva del obligado cambio generacional en los puestos de mando.[18] De ese modo, no sorprende que se hayan incentivado las jubilaciones prematuras en los puestos claves de la administración del Estado y de la economía, en la judicatura, etcétera. Actualmente las vacantes son llenadas con personas más jóvenes, que por lo general han sido formadas en universidades de los países del primer mundo. Por supuesto, la idea es integrar sus subdesarrolladas economías en el primer mundo; no importa si para lograrlo debe transformarse el concepto de Estado, liberar las economías y eliminar todo lo que en principio pueda representar un obstáculo.

Desde este punto de vista, todo se reduce al criterio económico de *eficiencia versus equidad.*[19] El dinero es un bien escaso y el Estado debe colocarlo donde pueda obtener un mayor rendimiento; en ese sentido, lo social solo representa un lastre del viejo modelo proteccionista. Por consiguiente, deben replantearse las prioridades y redirigirse los escasos recursos económicos a potenciar las exportaciones, atraer nuevos inversionistas que no pagan impuestos, pero que el Estado subvenciona. Se trata de desarrollar el país con la mayor brevedad, lo cual solo es posible si la gente correcta está en los puestos apropiados. Esta corriente de pensamiento generó en Europa y en el mundo un silencioso conflicto generacional.

El criterio descrito solo lo compartimos parcialmente, porque en realidad siempre se trata del control real y efectivo del poder y de la sustitución de un modelo económico por otro. Curiosamente, muchas veces los que han manejado los hilos del poder también pertenecen al segmento de la tercera edad, aunque no contaron en su momento con la fuerza necesaria para introducir los cambios que consideraban apropiados para transformar el mundo o la economía. Desde luego, este tipo de enfrentamiento ha sido normal en el mundo de la gran industria; siempre es un verdadero problema nombrar al heredero correcto (caso de la Fiat) y por lo general dos grupos se enfrentan por el control.

## 3.2. El poder político y la tercera edad

Establecimos que una primera reacción ante el problema del crecimiento demográfico de las personas de la tercera edad fue la de aumentar el gasto social; sin embargo, en la lucha por el cambio del statu quo, otros lograron introducir el criterio contrario y potenciaron la reestructura de las políticas sociales de vejez. Entre estos esfuerzos merece

[18] *Derechos humanos en la tercera edad*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 11.

[19] Sobre el tema véase Santos Pastor Prieto: *Ah de la Justicia. Política Judicial y economía,* Madrid: Civitas, 1993, p. 37.

destacarse la contención del gasto social, que se traduce en pensiones-jubilaciones cada vez menores. Ello conlleva no solo la disminución de costos, para justificar la sostenibilidad del fondo jubilatorio, sino que, desde el derecho económico, implica un desestímulo a las pensiones prematuras para evitar que los puestos de decisión puedan ser asumidos por los competidores del nuevo modelo. La decisión implica dirimir el conflicto por los escasos dineros del Estado a favor de lo social y de la implementación de nuevas políticas asistenciales dirigidas a este grupo etario, lo que solo será posible si las personas cercanas a jubilarse mantienen sus puestos de jefatura. Esto afecta a los tres poderes clásicos del Estado: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; por ello, no es de extrañar que en Europa los jueces sean por lo general personas de edad avanzada, al igual que los dirigentes políticos.

Desde luego, el conflicto tiene luces y sombras. En lo social, por mencionar un caso, una de las partes impulsa recortes en los servicios hospitalarios para este grupo. La reacción no se deja esperar, y el sector que representa a la tercera edad fomenta la implementación de alternativas asistenciales más flexibles, como el alojamiento hospitalario solamente por el tiempo indispensable y en centros geriátricos especializados (en el caso costarricense, el Hospital Blanco Cervantes), donde la pauta que parece reinar es la vuelta a casa lo más rápido posible.

En el modelo europeo, la seguridad social pasa por ofrecer a la tercera edad viviendas adaptadas a sus nuevas necesidades, como casas de una sola planta para que no tengan que subir escaleras, baños con agarraderas, alarmas para recibir auxilio médico inmediato, etcétera. En cuanto a las políticas asistenciales, podemos mencionar la ayuda a domicilio, que brinda la alternativa del pago de una empleada doméstica que se encargue del trabajo de la casa y los cuidados de enfermería necesarios para aquellos que se encuentran enfermos pero no requieren hospitalización. El círculo se cierra con centros sociales en los vecindarios, cuya principal función es servir de lugar de encuentro para las personas de la tercera edad que viven en la zona. Estos centros programan cursos y pasatiempos para el día, que pretenden brindar una mayor calidad de vida. En Costa Rica esto se ha intentado implementar con los *hospitales de día* y las *casas del adulto mayor*.

## 4. La tutela constitucional del anciano

En Costa Rica los ancianos gozan de la protección expresa de la Constitución (artículo 51); sin embargo, quizá por el escueto desarrollo que hace la norma de los derechos de los ancianos, ha sido la jurisprudencia de la Sala Constitucional la que ha hecho visible este derecho humano emergente.[20]

Nadie niega que los derechos de la persona humana deben verse globalmente, esto es, que todos los derechos fundamentales comprendidos en la Constitución son inherentes también para este grupo etario. Si esto es cierto, ¿por qué la Constitución los tutela expresamente? Lo innegable es que del artículo 51 de la Constitución Política

[20] Sobre el tema en España, véase Dabove Caramuto: o. cit., p. 316.

parece derivarse la necesidad de que el Estado brinde una protección especial al anciano. A estas alturas huelga reafirmar que el anciano debe ser considerado sujeto de derechos constitucionales —vale decir, como "persona humana"—; sin embargo, el enfoque es novedoso, porque implica que es posible desarrollar un derecho constitucional de la ancianidad. Tradicionalmente este tema se ha abordado desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales o culturales o, como sostiene Dabone Caramuto, como derechos derivados de la condición de trabajador y "no por consideración de la vejez como significante principal".[21]

## 4.1. La problemática de los derechos fundamentales de la tercera edad

Si es sujeto de derechos, ¿frente a quién es necesario que se hagan valer estos derechos? En primer lugar, frente a los abusos que puedan cometer los otros ciudadanos; en segundo lugar, esta protección debe ser extensiva frente al Estado.

Parece curioso que los derechos constitucionales, que se reconocen a cualquier persona por el solo hecho de existir, tenga que visibilizarlos o hacerlos emerger la Sala Constitucional cuando se trata de personas que han cumplido los sesenta y cinco años.

Por ejemplo, resultaría absurdo que a cualquier persona se le cercenara el derecho de circular con libertad o la libertad sexual. [22] Si bien existen derechos constitucionales que tienen límites fijados por la propia ley —por ejemplo, la libertad puede ser restringida en los casos en que el ordenamiento penal lo establezca—, fuera de esos supuestos la persona tiene completa libertad para circular por el territorio nacional cuando lo considere pertinente.

Cuando la libertad de cualquiera fuera restringida en forma ilegítima, posiblemente se estaría cometiendo un delito (secuestro). Sin embargo, tratándose de los ancianos, esto no necesariamente es así. Veamos el caso de una señora mayor que tiene su domicilio en Golfito y decide establecer una unión de hecho con un señor de la tercera edad. Años después le descubren una enfermedad que le exige ser traslada a San José, donde es hospitalizada. Cuando es dada de alta, una de sus hijas se ofrece a tenerla en su casa mientras se recupera. Días más tarde su compañero se presenta en la casa de la hija y solicita ver a la señora. La hija le dice que en su casa no entra y que tampoco tiene autorización para ver a su madre, y menos para visitarla de forma íntima. El señor le recuerda a la muchacha que ellos conviven en unión de hecho, que ambos tienen derecho a cohabitar de manera voluntaria y que la señora tiene derecho a verlo. Pese a los reclamos, se le advierte que si ingresa en la casa puede ser denunciado penalmente por violación de domicilio.

El ofendido acude ante la autoridad de policía de Hatillo y luego ante el juzgado de familia de la zona, sin ningún resultado. Posteriormente interpone un recurso de hábeas corpus ante la Sala Constitucional, pues considera que se les restringe la libertad

[21] Ibídem, p. 318.
[22] Sobre los conflictos generacionales véase Mannheim: o. cit.; Lain Entralgo: o. cit.

ambulatoria. La Sala se ve imposibilitada de conocer el asunto debido a que el recurrente incumple la prevención de aportar la dirección donde pudieran ser localizados los accionados, y remite el asunto a la vía penal respectiva.[23] A mi criterio, el recurso podría haberse declarado con lugar con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los artículos 5, incisos *a* y *h*, de la ley 7935, que tutelan para las personas de la tercera edad tanto la libertad de movimiento como de libre escogencia de sus parejas sexuales. Lo interesante es que dos personas mayores que forman una pareja estable necesiten acudir ante la Sala Constitucional para que les asegure un derecho que se supone tienen todos los costarricenses.

## 4.2. ¿Será necesario crear un reglamento de la justicia pronta y cumplida para los ancianos?

¿Por qué sería necesaria esa transformación procesal? ¿O bastaría con una transformación menos radical? La Corte Plena ha regulado para otros casos el establecimiento de reglas propias que solucionen problemas concretos de determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Así por ejemplo, tenemos un reglamento que regula especialmente el caso de los reos presos, en el que se establece la obligación de los jueces de tramitar con especial urgencia todos los casos en que una persona se encuentre privada de su libertad. Existe la obligación de darles prioridad a estos casos en la fijación de debates o para resolver la prisión preventiva, lo que implica que la audiencia oral tiene prelación sobre cualquier otro asunto, precisamente por el bien constitucional en juego: la libertad.[24] También existen reglas específicas para los casos de violencia doméstica o cuando está de por medio la protección a las víctimas de agresiones sexuales. Las reglas procuran la no revictimización, lo cual implica que los interrogatorios a la ofendida deben ser realizados en un mismo acto por todas las partes, y se graban para evitarle a la víctima el constante recuerdo del hecho cometido en su perjuicio.[25]

Tratándose del grupo de la tercera edad, lo aconsejable sería que el principio constitucional de justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política) fuera aplicado de manera rigurosa en los casos en que un "ciudadano de oro" esté involucrado como demandante o demandado, precisamente porque el tiempo es un lujo del cual no dispone, por lo menos en regla de principio. Por ello, como ocurre ahora para los reos presos, podría regularse que deben aplicarse rigurosas reglas de celeridad en los litigios de los cuales un anciano sea parte.[26]

---

[23] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2004-04952, a las 14:32 del 11 de mayo de 2004.

[24] Véase "Reglamento sobre reos presos", en *Boletín Judicial,* n.º 1, 2 de enero de 1986.

[25] Recomendaciones sobre el tema de no revictimización de las personas víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica, aprobado por Corte Plena en la sesión n.º 29-05, celebrada el 19 de septiembre del 2005, artículo XXV.

[26] Aspecto en el que somos deficitarios, véase el Proyecto Reglas de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad en Costa Rica, San José, Corte Suprema de Justicia, 2007 (capítulo III).

## 5. Casos de discriminación económica en contra de las personas de la tercera edad

Ciertamente, así como hemos avanzado bastante en cuanto los derechos de libertad de expresión y petición, con relación a la intimidad y el honor, los derechos de reunión y asociación, hemos protegido con especial celo el patrimonio de las personas de la tercera edad y su integridad física, ante el posible despojo de sus bienes muebles e inmuebles. Cuando un anciano es despojado de sus bienes materiales o es maltratado física o psicológicamente por un familiar, directa o indirectamente, este tiene que hacer frente a un proceso de indignidad. Se los protege también ante posibles abusos que puedan cometer los legisladores y los patronos que aplican la ley; así, no se admite que una persona pueda ser despedida en forma automática solo por llegar a determinada edad.[27] También está fuera de discusión el derecho a formar pareja y a casarse.

No obstante, pese a ese amplísimo haz de derechos, todavía nos falta mucho por andar. Podríamos pensar, por ejemplo, en implementar los *salarios familiares* para aquellos que tengan a algún anciano a su cargo, como ocurre en Holanda y Suecia, o en la alternativa de *excepción de impuestos* por cada anciano que esté a cargo del grupo familiar, como ocurre en España.

Con la ayuda económica se pretende estimular que las familias mantengan en el grupo a sus parientes de más edad y que no busquen la opción del asilo de ancianos por la imposibilidad de atenderlos, dado que en general ambos cónyuges trabajan. Por otro lado, el anciano continuaría en su propio entorno. El tercer objetivo es evitar la ayuda informal; muchos ancianos deben mendigar para sobrevivir, pues quienes los sostienen son los vecinos o los amigos y, desde luego, algunos parientes que gozan de una situación económica más holgada.

### 5.1. La retención de los fondos con destino específico para los ancianos

Al parecer, el modelo que hemos escogido para subvencionar a las personas de la tercera edad no ha dado los resultados deseados. Hasta ahora hemos acudido a múltiples leyes con *destino específico.* Cuando en nuestro medio se legisla para gravar con nuevos impuestos a cualquier producto o servicio, a criterio de los legisladores este proceso es mejor percibido por los ciudadanos si una parte de lo que se paga por concepto de impuestos tiene un destino social y no únicamente contribuye con las cargas públicas. Los ciudadanos ven mal que los obliguen a pagar impuestos, pues, sea cual sea la justificación, la mayoría presume que nunca se destinarán para lo que fueron creados,[28]

[27] Véase los votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 1146-90, a las 14:30 del 21 de septiembre de 1990. También Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 5377-97, a las 14:30 del 5 de septiembre de 1997.

[28] Reiteradamente los ciudadanos acuden ante la Sala para reclamarle al Estado que les entregue los dineros recaudados por concepto de impuestos que tienen un destino específico, pero que no llegan al servicio que se pretende. Véanse, a modo de ejemplo, los destinados para la reparación de la red vial cantonal en Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José,

y sienten una sensación de impotencia frente al Estado todopoderoso que les exprime sus ahorros, con razón o sin ella.[29]

Así por ejemplo, en el voto 2003-8471, de las 14:38 horas del 13 de agosto del 2003, la Sala Constitucional analizó cuál era el destino de los impuestos específicos de la ley 7972, del 24 de diciembre de 1999, que gravan los licores, cervezas y cigarrillos que se venden en el país. El recurso lo interpuso la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano, que acusaba al Estado de no entregarle los dineros que se recaudaban por concepto de estos impuestos. Al dársele audiencia al Ministerio de Hacienda, este reconoció que lo que se recaudaba al año por este impuesto sumaba 3.500 millones de colones y que se habían entregado en favor de los ancianos solamente 300 millones en el año 2000 y 49 millones en el 2001, pero que en el año de interposición del amparo el gobierno estaba haciendo un gran esfuerzo para entregar 545,6 millones, aunque lo que correspondía eran 1.091,2 millones de colones. En síntesis, el Estado estaba reteniendo en la Caja Única del Estado los dineros recaudados por concepto de impuestos que tenían como destino específico atender las necesidades sociales de este grupo etario.

La Sala sentó el precedente de que desviar esos fondos y negarse a entregarlos a quienes corresponde implica "una grave desviación de poder" que viola el artículo 51 de la Constitución. Se advirtió al Estado que el artículo 14 de la ley 7972, en sus párrafos 2.º y 3.º, no solo prohíbe la subejecución del presupuesto en esta materia, sino que los montos recaudados por los impuestos contemplados en esta ley no se encuentran sujetos a las directrices del Poder Ejecutivo tendentes a la restricción del gasto público. Tampoco el principio de anualidad presupuestaria puede ser utilizado como excusa para negarse a entregar los dineros que le corresponden a la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano para realizar las obras sociales que le han sido encomendadas.[30]

Tampoco se ha admitido, en otros casos, el argumento de que el Estado no puede entregar en tiempo los recursos debido a que no existen las rentas de financiamiento, por lo cual el Ministerio se ve obligado a asignar los montos según la realidad de las finanzas públicas. El Estado, nos dice:

> […] no puede desatender otras obligaciones, entre ellas, las del Fondo Especial para el Financiamiento de la Educación Superior, otros gastos operativos del Ministerio de Educación, seguridad ciudadana, los servicios de salud, FODESAF, CONAVI, PANI, el Poder Judicial, entre otros. El artículo 6.º de la Ley N.º 8131 veda la posibilidad de financiar los gastos corrientes con ingresos de capital. En cuanto a la vinculación de los impuestos con destinos específicos a los derechos fundamentales, si persiste la obligación de respetar los contemplados en la Ley N.º 8114, ello

---

res. 2005-06979, a las 14:39 del 7 de junio del 2005. También, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2005-011578, a las 14:33 del 30 de agosto del 2005.

[29] En algunos supuestos los ciudadanos, ante el incumplimiento del Estado, acuden a la Sala denunciando un verdadero despojo por conductas del Estado que consideran prácticamente punibles. Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2003-02794, a las 14:52 del 8 de abril del 2003.

[30] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2003-08471, a las 14:38 del 13 de agosto del 2003.

> podría incidir sobre el goce de otros derechos de primera o segunda generación, entre ellos el derecho al trabajo y al salario de los servidores públicos, la imposibilidad de cubrir las obligaciones contraídas con los pensionados, el derecho a la educación, o destinar recursos a la administración de una justicia pronta y cumplida.[31]

En todo caso, la Sala les recuerda al Poder Ejecutivo y a los diputados de la Asamblea Legislativa que tienen todas las potestades para modificar la ley que establece los destinos específicos en favor de este grupo social, pero mientras no lo hagan el dinero debe entregársele. En consecuencia, el recurso es declarado con lugar y se condena al Estado a entregar los fondos que se habían retenido y desviado a la Caja Única del Estado.[32]

Idéntica finalidad proclama tener la Ley de Loterías n.º 7395, de 3 de mayo de 1994, que debe financiar los asilos, albergues y centros diurnos de protección de este segmento de la población, así como las obras que lleva a cabo la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano.

En otros casos se aprobaron normas como la Ley del Sistema Financiero Nacional de la Vivienda, que pretende financiar aquellos proyectos de interés social destinados a garantizarles una vivienda digna a los adultos mayores, a fin de que puedan ser propietarios y no deban vivir en condiciones de pobreza.

## 5.2. La Ley del Equilibrio Financiero y la pensión obligatoria a los 65 años

La otra cara de la vertiente económica en nuestro medio la representó la Ley del Equilibrio Financiero, que obligaba a los empleados del sector público a pensionarse al cumplir los 65 años. Una persona afectada por la medida adujo que la disposición violaba su derecho al trabajo. Desde luego, el enfoque era novedoso, porque en nuestras sociedades el trabajo es un bien escaso, la persona ya había ejercido su profesión durante un plazo que le permitía retirarse y otros podían optar al puesto. Sin embargo, reclamó ante la Sala Constitucional que una serie de convenios internacionales le garantizaban el derecho al trabajo (entre otros, el Convenio 111 de la OIT, que establece la prohibición de discriminar a las personas por razones de edad y les garantiza el derecho al empleo y a la ocupación).

El reclamo del recurrente hacía emerger un derecho humano sumergido. La Sala así lo evidenció tácitamente, pues de los considerandos se desprenden las siguientes interrogantes: ¿Puede el legislador obligar a una persona a jubilarse por razones de edad sin analizar otros factores? ¿Esa es una ley justa y acorde con nuestra Constitución o se

---

[31] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2004-12927, a las 15:16 del 16 de noviembre del 2004.

[32] Criterio que la Sala ha mantenido reiteradamente, pese a las quejas de los ministros de Hacienda de las distintas administraciones, que han insistido en: "[…] que se aclare si estos destinos específicos deben ser pagados con prioridad sobre otros compromisos estatales; si con esto no se rompe el principio constitucional que exige crear las rentas necesarias siempre que sean dispuestos nuevos gastos; si las leyes que asignan destinos específicos deben ser colocadas por encima del principio de equilibrio presupuestario […]". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. 2001-09010, a las 9:50 del 7 de septiembre del 2001.

produce un vaciamiento del contenido esencial de la norma constitucional? Al respecto puede citarse, por ejemplo, el artículo 56, que consagra el derecho al trabajo a todo costarricense sin establecer límite alguno por razones de edad. La sentencia potencia el derecho al trabajo como la condición natural de todo ser humano y, por supuesto, no acepta que existan relaciones de causalidad entre la vejez y la inutilidad.[33]

Curiosamente, la Procuraduría respalda la obligación que establecen los legisladores de pensionarse al cumplir 65 años porque, según su criterio, la norma protege al trabajador. La Sala no comparte este criterio y sostiene que el argumento solo sería válido si la posibilidad de pensionarse fuera voluntaria, pues la jubilación forzosa atenta contra el derecho humano al trabajo y establece una política de empleo claramente discriminatoria que afecta a este segmento de la población costarricense.

## 5.3. Discriminación por razones de edad para el acceso al crédito

Nuestra normativa ordinaria garantiza a las personas de la tercera edad la igualdad de derechos, el acceso al crédito para vivienda e incluso la posibilidad de suscribir una póliza de vida.[34] Lo mismo acontece desde la perspectiva de los derechos humanos, pues conforme a los principios de solidaridad social y de no discriminación etaria no sería legítimo que a una persona se le negara alguno de estos derechos por razones de edad.

En el ámbito internacional, los parlamentos de América Latina se han preocupado por el tema desde la VIII Reunión de la Comisión de la Salud del Parlamento Latinoamericano, de junio de 1996. Al año siguiente se aprobó incorporar en las agendas legislativas latinoamericanas el tema de la protección del adulto mayor. Ese mismo año la Declaración de Caracas tuvo como norte incluir el tema en la Cumbre Iberoamericana de 1998. Múltiples fueron los diagnósticos que llevaron a aprobar la resolución titulada *Por un envejecimiento saludable*.

Por otro lado, diferentes instrumentos jurídicos multilaterales contemplan de manera específica a los adultos mayores; entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.1, en el cual se establece expresamente el derecho de toda persona a los seguros en caso de "vejez"; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVII; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), artículo 17; el Plan de Acción Intencional de Viena sobre el Envejecimiento, adoptado por la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en 1983; las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.os 40/30, de 1985, y 44/76, de 1989, y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Incluso la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró a 1999 como el Año Internacional de las Personas de Edad, conforme a su resolución 47/5, de 1992.[35]

---

[33] Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, voto 1146-90.

[34] Véase el reglamento a la ley 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, publicada en la *Gaceta* n.º 93, 16 de mayo del 2002.

[35] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2005-009776, a las 9:09 del 27 de julio de 2005.

Sin embargo, cabe cuestionarse si esos derechos realmente son efectivos o se trata de derechos invisibles. ¿Cómo ven a las personas de la tercera edad las entidades aseguradoras y de crédito? ¿Ha sido necesaria la intervención de la Sala Constitucional para hacer emerger estos derechos?

En reiterados asuntos las personas de la tercera edad acuden ante el sistema bancario nacional solicitando créditos para vivienda. En unos casos los bancos les exigen como requisito el contar con una póliza de desempleo y de vida; el único inconveniente es que el Instituto Nacional de Seguros (en adelante INS) no emite este tipo de póliza a personas mayores de 65 años, y si el solicitante no cumple con el requisito, no es sujeto de crédito por razones de edad. Lo dramático es que algunas veces esa persona tampoco encuentra apoyo en la jurisdicción constitucional.[36]

En otros supuestos, a quien desea tener una tarjeta de crédito se le exige que suscriba una póliza colectiva que lo respalde en caso de muerte o robo; desde luego, el banco debe verificar que la persona se encuentre en los supuestos que exige el INS (mayor de 15 y menor de 65 años). No obstante, muchas personas un buen día reciben una comunicación del banco por la que se les notifica que unilateralmente se suspende el rebajo de los pagos de la póliza pues ya han superado los 65 años.

Una de estas personas sufrió un robo y su tarjeta fue utilizada en diversos comercios; cuando solicitó que el INS cubriera los montos sustraídos se le notificó que ello no era posible, porque cuando ocurrió el percance la persona había superado la edad límite. Interpuesto el amparo, el INS argumentó que todo se debía a un error de interpretación que llevó al Banco de Costa Rica a excluir a 817 tarjetahabientes del beneficio de la póliza conforme estos llegaban a 65 años. Pese al supuesto error, cuando el recurso se resolvió, el recurrente no había sido incluido nuevamente en la póliza de vida, con lo cual, a criterio de la Sala, se daba una violación al principio de igualdad, que ameritaba estimar el recurso.[37]

Otra de estas personas, sujeto de crédito, pagaba puntualmente la póliza de vida que le habían obligado a suscribir, la cual cubría el pago del crédito en caso de fallecimiento del deudor o si este sufría una incapacidad que le impidiera seguir laborando. Tiempo después supo que tenía un cáncer de próstata avanzado, incurable e intratable, que le impedía laborar. Solicitó que la entidad aseguradora asumiera las deudas, pero esta se negó diciendo que, debido a su edad, solo le correspondía la cobertura por muerte, y que en esos casos lo que procedía era devolverle las primas, aunque el banco lo asegurara por los dos aspectos. El INS adujo que la persona no era susceptible de ser asegurada por razones imputables a su edad y que el banco había incurrido en un lamentable error al permitirle firmar la póliza y enviarla a la entidad aseguradora.[38]

Los casos expuestos tienen en común la visión que la entidad aseguradora tiene de las personas adultas mayores, que son tratadas como una población catastrófica pues, de

---

[36] Véase por ejemplo, con el voto salvado de los magistrados Armijo y Quiroga, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2007-001457, a las 8:47 del 2 de febrero de 2005.

[37] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2006-04766, a las 12:30 del 1 de marzo de 2006.

[38] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2008-06306, a las 12:28 del 18 de abril de 2008.

acuerdo con la "hipótesis actuariales" y la "tablas de mortalidad", asegurar a personas de más de 65 años tendría una consecuencia negativa en la rentabilidad del plan. Sostienen que estos créditos son calificados por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (acuerdo SUGEF-1-95) en la categoría E, lo cual implica que son de dudosa recuperación.[39] Por ello, es obligación de los contratantes (banco) garantizar que las personas que figuren en el reporte de póliza de seguros pertenezcan al grupo asegurable. Esta situación, a criterio del INS, no es controlable por la Sala Constitucional porque es una relación privada entre asegurado y asegurador, una relación contractual en virtud de un convenio regido por la póliza, el derecho de seguros y el derecho comercial, razón por la cual no se está en presencia de una relación de servicio público.

Este argumento para excluir a las personas por razones de edad, basado en criterios de selección de riesgo adoptados con fundamento en estudios de carácter técnico, no ha sido admitido en los últimos años por la Sala Constitucional. En primer lugar porque hemos reconocido que el principio de igualdad garantiza un tratamiento igual a aquellos que se encuentran objetivamente en situaciones iguales y desigual para los desiguales, pero también hemos subrayado que "para autorizar un trato diferenciado hay que determinar si el motivo que lo produce es razonable, pues el juicio acerca de la razonabilidad es lo que permite decidir si se está o no frente a una violación constitucional".[40] Este es el criterio operativo clave para determinar si la negativa de vender o de responder por la venta del seguro resulta irrazonable y discriminatoria.

El segundo motivo es que analizar la razonabilidad de los límites etarios en materia de seguros nos ha llevado a concluir reiteradamente que, tratándose de una institución de servicios de seguros —en este caso estatal y la única autorizada para asegurar—, es contrario al principio de igualdad y discriminatorio que se perciba a las personas de la tercera edad como poblaciones "catastróficas" o de más alto riesgo, cuya atención representa altos costos. Esta desigualdad es más que evidente cuando se da preferencia a los sectores más jóvenes de la población porque se consideran más rentables. En el tratamiento de las personas mayores, en unos casos las aseguradoras elevan las condiciones y las primas, y en otros incluso rehúsan asegurarlas.

En tercer lugar, de conformidad con los principios de solidaridad social y de no discriminación etaria, la Sala ha procedido a reafirmar que no es legítimo que a una persona se le niegue el derecho a contar con un seguro de vida en razón de que excede la edad prefijada por la entidad aseguradora, sobre todo tratándose de un adulto mayor. En consecuencia, en los casos sometidos a estudio se ha procedido a eliminar las cláusulas excluyentes establecidas por las instituciones prestadoras del servicio de seguros, pues llevan impreso un efecto ostensiblemente discriminatorio sobre los adultos mayores.[41]

---

[39] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2006-04748, a las 12:12 del 31 de marzo de 2006.

[40] Ibídem.

[41] Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2005-009776, a las 9:09 del 27 de julio del 2005; en igual sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 005683-2006, a las 10:45 del 28 de abril del 2006.

Ciertamente, a parte de la doctrina podría parecerle extraña la forma en que la Sala hace emerger el respeto de este grupo etario y su no discriminación, y cómo utiliza como parámetro del control de constitucionalidad el principio del Estado social de derecho en su enfoque de derechos prestacionales relativos a la protección del anciano (artículos 33 y 51 de la Constitución Política), el cual entiende que no se limita al Estado, sino que se extiende a toda la comunidad nacional. Todos tenemos la obligación de respetar y hacer respetar la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, como reiteradamente sostiene la Sala Constitucional:

> […] el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualquier motivo y el respeto a la dignidad humana son elementos de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya tutela y fomento no solo le corresponden al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad.[42]

## 6. Conclusión

En la actualidad, más que nunca, los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen a los ancianos se enfrentan a una cruda realidad: el presupuesto estatal no es suficiente para atender los derechos "programáticos". La realidad económica, en tiempo de crisis, selecciona. El poder económico es la sombra tras las decisiones que inciden en las políticas públicas que afectan a este grupo etario. Sin lugar a dudas es una lucha desigual, en especial cuando se sabe que la víctima no puede defenderse.

Por ello, no debe sorprender que en muchos casos los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, al igual que las políticas aprobadas internacionalmente, se conviertan en una justicia social de papel, de dudosa o inexistente efectividad práctica, invisible por naturaleza, que vive en las cátedras y en los seminarios nacionales e internacionales de los que sueñan con un mundo más digno y equitativo. Al fin y al cabo, la vejez es una realidad que nos afecta a todos. De nosotros depende con cuánta dignidad seremos tratados cuando llegue el momento.

Desde luego, el Estado y el poder económico reclaman de los tribunales y salas constitucionales autocontención, pues cómo se distribuye el dinero de los contribuyentes es en definitiva un problema de finanzas del Estado. No compartimos este criterio; la dignidad y el principio transversal de la no discriminación por razones etarias es una norma jurídica que se impone. Con luces y sombras, lo social como derecho emergente todavía sobrevive al poder económico.

---

[42] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2005-13205, a las 15:13 del 27 de septiembre del 2005. Véase también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res. n.º 2008-06306, a las 12:28 del 18 de abril del 2008.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP 405-431, ISSN 1510-4974

**Emilssen González de Cancino (Colombia)***

# Biotecnología, bioética y derecho en la jurisprudencia constitucional de América Latina**

## RESUMEN

**En el artículo se presentan, de manera breve, los logros de la biotecnología en relación con los genes, células, órganos y tejidos humanos, así como las posibles actuaciones de los científicos sobre el proceso de la reproducción y los embriones de la misma especie. De igual manera se enuncian las preguntas más importantes que desde el punto de vista ético-jurídico se han formulado al respecto, así como se expone el contenido de las sentencias más recientes de los tribunales y cortes constitucionales de los países de América Latina que se relacionan directa o indirectamente con la biotecnología aplicada a lo humano.**

**Palabras clave: derechos humanos, biotecnología, bioética, genética humana, aborto, tribunales constitucionales, jurisprudencia comentada, América Latina.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Artikel stellt kurz die Fortschritte der Biotechnologie bei der Arbeit mit menschlichen Genen, Zellen, Organen und Geweben vor und geht auf die mögliche Einwirkung von Wissenschaftlern auf den menschlichen Reproduktionsprozess und die Herstellung von Embryonen ein. Er stellt zugleich die wesentlichen Fragen vor, die aus ethischer und juristischer Perspektive zum Thema aufgeworfen werden, und referiert den Inhalt der in jüngster Zeit ergangenen Urteile lateinamerikanischer Verfassungsgerichte, die sich direkt oder indirekt mit der Anwendung der Biotechnologie auf den Menschen befassen.**

**Schlagwörter: Menschenrechte, Biotechnologie, Bioethik, Humangenetik, Schwangerschaftsunterbrechung, Verfassungsgerichte, kommentierte Rechtsprechung, Lateinamerika.**

---

* Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia. ‹deromano@uexternado.edu.co›

** El texto corresponde a la participación en el XV Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales de América Latina, que se realizó en San Pedro Sula (Honduras) en octubre de 2008. Lamentamos no poder incluir en el texto escrito el muy rico intercambio de opiniones que mantuvimos con los señores presidentes y magistrados durante la sesión correspondiente.

**ABSTRACT**

**This paper briefly outlines the achievements of biotechnology in relation to human genes, cells, organs and tissues, as well as possible action by scientists in the reproductive process and embryos of the same species. The most important questions asked from the ethical-legal point of view are also included, as well as the contents of the most recent judgments pronounced by constitutional courts and tribunals of Latin American countries either directly or indirectly related to human-applied biotechnology.**

**Keywords: human rights, biotechnology, bioethics, human genetics, abortion, constitutional courts, annotated jurisprudence, Latin America.**

## 1. Planteamiento de la cuestión

El avance de la biotecnología aplicada en forma directa a lo humano ha producido novedades en el terreno del derecho, no solo en cuanto a los asuntos de los cuales tiene que ocuparse, sino también en cuanto a los sujetos involucrados en la toma de decisiones jurídicas, y en el campo de las fuentes formales.

Nuevos puntos de interés marcan las actuaciones de científicos y tecnólogos sobre los gametos y los embriones *in vitro*, los genes, el genoma, las células, las muestras y los datos biológicos, los órganos y tejidos, el cuerpo en su totalidad, y el curso del proceso vital individual y de la especie.

El mayor dominio del hombre sobre la naturaleza amplía y diversifica las bases de la responsabilidad; la conciencia cada vez más profunda que las sociedades tienen de los peligros que se ciernen desde los poderes y del valor que en un escenario de esa clase tiene la defensa de los derechos humanos ha hecho florecer comisiones nacionales de bioética, comités hospitalarios asistenciales, comités de investigación, comités de ensayos clínicos, redes de trasplantes, etcétera, en los cuales cae la responsabilidad de analizar los problemas concretos, sobre todo, pero no únicamente, en los casos frontera cuando no existe una norma jurídica directa para su solución.

La perennidad de las normas y la estabilidad de su texto fueron, por lo menos a partir de los postulados iusnaturalistas y las codificaciones del siglo XIX, ideales perseguidos por los juristas; en la actualidad, los progresos y, por qué no, los azares de la ciencia han llevado a los legisladores a pensar y actuar de manera más realista; no es raro encontrar moratorias en lugar de prohibiciones respecto de alguna aplicación biotecnológica, órdenes de revisar dentro de un plazo determinado la misma ley que las contiene, expedición de normas identificadas como revisiones de otras con un número ordinal que hace expresa la decisión del legislador de continuar paulatinamente con la adaptación de sus preceptos al desarrollo de la ciencia y, tal vez, de la valoración social de tales desarrollos.

Desde la década de los setenta la reflexión sobre los problemas médicos que las posibilidades tecnológicas plantean como novedosos se ha tratado de encuadrar dentro de una nueva disciplina que ha recibido el nombre de *bioética.*

A pesar de la sencillez etimológica de su designación —*bios* y *ethos*— aún no parece fácil encontrar unanimidad de pareceres en torno de su definición, su objeto, su enfoque, el estatuto epistemológico que la distingue y, en lo que aquí nos interesa más, sus relaciones con el derecho. ¿Es una disciplina autónoma, o se trata de un método de reflexión y discusión para llegar a la toma de decisiones? ¿Debe mantenerse en el campo de la biomedicina? ¿Comprender la ecología? ¿Ocuparse de todos los problemas atinentes a la supervivencia? ¿El derecho está forzado a atender las argumentaciones y soluciones de la bioética? ¿La bioética sin el derecho se queda en el campo de la teoría? ¿Existe una bioética personal, o solo se explica en la búsqueda de consensos?

A partir de la última década del siglo XX, la comunidad internacional ha hecho varias declaraciones con vocación de universalidad, que algunos han llamado "normas internacionales de la bioética",[1] la última de las cuales se designa precisamente como Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005). Para algunos son fuente directa de derecho;[2] para otros, constituyen una especie de derecho blando *soft law* que obligará a los poderes de los Estados a tenerlas en cuenta para crear y aplicar el derecho interno,[3] trátese de la Constitución o de las normas de rango inferior y sus aplicaciones concretas.

## 2. Los principios constitucionales y derechos humanos implicados en las discusiones de los temas bioéticos

En este punto bioética y derecho convergen. Las Declaraciones de la ONU sobre la Clonación Humana (2005) y de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), sobre la Protección de Datos Genéticos Humanos (2003) y sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) se refieren en forma constante a la obligación de garantizar la promoción y protección de los estos derechos y las libertades individuales y al necesario respeto del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

La dignidad humana constituye el eje del sistema; las obligaciones y responsabilidades de los Estados, de los individuos y las empresas, de manera especial si desarrollan actividades científicas, y de la sociedad, se basan en los principios de justicia, igualdad, solidaridad, libertad, responsabilidad, pluralismo, respeto por la diversidad y convivencia pacífica.

Como es bien sabido, algunos de los anteriores principios han sido estructurados también como derechos de aplicación inmediata o directa a los cuales se suman aquellos de larga tradición como la vida, la integridad o la identidad. Claro está que en la concepción, interpretación y aplicación de todos ellos, la evolución cultural y científica ha impreso su propia dinámica; por tal razón, junto al derecho a la vida individual se

---

[1] N. Lenoir y B. Mathieu: *Les normes internacionales de la bioétique,* París, 2004.

[2] Aunque con algunos matices es la posición de H. Gros Espiell a partir del artículo "El proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana", publicado en la *Revista de Derecho y Genoma Humano,* n.º 7, julio-diciembre de 1997, pp. 131-161.

[3] S. D. Bergel: "La Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación de Seres humanos del 08-03-05", en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* n.º 22, enero-junio del 2005, pp. 49-56.

habla del derecho a la preservación de la especie humana; en desarrollo del derecho a la identidad, del derecho a heredar un patrimonio genético no modificado; de cara al derecho a la autodeterminación informativa, del derecho a no conocer la propia información, o se afirma el derecho a participar en los beneficios del desarrollo.

El pluralismo y la multiculturalidad propios de las sociedades occidentales de nuestro tiempo han determinado que la argumentación en torno de los derechos humanos sea más rica en matices y más interesante; el concepto de ponderación que remplaza el de jerarquía rígida entre ellos, y la seguridad de que el *ethos* y la percepción social son tan evolutivos como la vida misma, han servido de fundamento a soluciones más justas y más cercanas a la realidad cuando varios derechos deben ser garantizados con relación a un sujeto único o a varios.

## 3. Los logros más debatidos de la biomedicina y la biotecnología y la jurisprudencia constitucional latinoamericana

Los trasplantes de órganos ocupan lugar señalado en esta lista; de manera especial por la legitimidad del diagnóstico de muerte cerebral, la posibilidad de los trasplantes de rostro y de cerebro y la manera de superar la escasez de órganos para trasplantar. La investigación con células troncales o células madre dirigidas a la producción de tejidos y órganos humanos constituye el aspecto más novedoso y polémico de este tema mientras el debate acerca de los xenotrasplantes se lleva a cabo con mayor tranquilidad.

### 3.1. Trasplantes

En *Chile* llegó, en 1995, al examen del Tribunal Constitucional un requerimiento que planteaba cuestión de constitucionalidad contra algunos artículos del proyecto de ley que regulaba los trasplantes de órganos;[4] en cuanto atañe a nuestras preocupaciones en esta ocasión, es importante que nos detengamos en los cargos referidos al concepto de muerte encefálica. Los senadores requirentes a) cuestionaron "la aptitud de la ley para conceder a un equipo médico la facultad de decidir el momento de la muerte de una persona aunque no sea cadáver", b) estimaron que la muerte encefálica no es la verdadera muerte, y c) alegaron que la introducción de este concepto de muerte para efectos de una ley especializada contrariaba el principio de igualdad consagrado en la Constitución.

Para decidir que en este aspecto el proyecto se ajustaba a los preceptos constitucionales, el Tribunal recordó que el concepto de muerte encefálica se había introducido en la legislación desde 1982 y se conservaba en el proyecto sin innovaciones significativas.

[4] Requerimiento formulado por diversos senadores para que el Tribunal resolviera sobre la cuestión de constitucionalidad planteada a determinados artículos del proyecto de Ley sobre Trasplantes de Órganos, de acuerdo con el artículo 82, n.º 2, de la Constitución Política de la República. Rol n.º 220; sentencia del 13 de agosto de 1995.

A la primera cuestión el Tribunal respondió que la legislación no dice cuándo se produce la muerte de una persona y que el Código Sanitario entrega a los médicos, en razón de sus conocimientos y su competencia, la facultad de certificarla; en sus palabras, se puede decir que "la persona está muerta cuando un médico lo certifica".

Con relación a la segunda cuestión se respondió que "el criterio clásico de muerte definido como la cesación permanente de las llamadas funciones vitales, cardiaca y respiratoria, ha debido redefinirse en décadas recientes, por el desarrollo de tecnologías de sostén de esas funciones"; con base en opiniones médicas autorizadas entendió demostrado que cuando cesa la función encefálica se produce "la cesación permanente del funcionamiento del organismo como un todo", es decir, la muerte en sentido real, definitivo y unívoco.

En cuanto al argumento referido a la violación del principio de igualdad, el Tribunal dejó en claro que no se trata de dos tipos o estados diferentes de muerte, sino de dos posibilidades de diagnosticar que esta ha ocurrido; aclaró también que cuando la norma establece que tal concepto es para los efectos de esa ley, lo único que está significando es que el diagnóstico de muerte encefálica es presupuesto indispensable para realizar trasplantes de órganos, pero que en manera alguna se trata de un adelantamiento del momento de la muerte.

La Suprema Corte de Justicia de *México,*[5] por la vía del recurso de amparo, debió ocuparse en abril de 2003 del tema de los trasplantes en relación con la libertad para disponer del propio cuerpo y las medidas que el "legislador secundario" puede tomar para evitar el comercio o tráfico de órganos, de manera especial si estos provienen de un donante vivo.

La solicitud del recurrente alegaba de manera preferente la inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI de la reformada Ley General de Salud que permitía las donaciones de órganos *intervivos* solamente cuando el receptor y el donante estuvieran unidos por determinados vínculos de parentesco. Consideraba que esta restricción iba en contra de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud a todas las personas, en el marco de la dignidad y la igualdad, y limitaba la libertad de decidir sobre el propio cuerpo.

La Suprema Corte explicó las características del derecho a la salud, entre ellas, que se trata de un derecho programático "subordinado en su goce y ejercicio a la regulación secundaria, así como a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica", pero resaltó que tal derecho está vinculado al reconocimiento que el artículo 1.º de la Constitución mexicana hace de la dignidad humana; también, que la finalidad de la Ley General de Salud es lograr que sean efectivos los derechos a la vida y la salud.

Se ocupó en forma detallada de la explicación de la legislación relativa a los trasplantes; destacó los puntos que el legislador tuvo en cuenta: "libertad personal, dignidad, derechos de familia, derechos de naturaleza especial como el que recae sobre los cadáveres, las creencias y el derecho a la salud"; recalcó sus principios: gratuidad,

[5] Amparo en revisión número 115/2003, promovido por José Roberto Lamas Arellano. Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día ocho de abril de dos mil tres.

consentimiento personalísimo y esencialmente revocable, solidaridad y altruismo, y resaltó el objetivo de asegurar que los trasplantes tengan una finalidad terapéutica, se desarrollen dentro de un sistema de calidad técnica y estén sometidos a controles claros y precisos. Estas garantías y la transparencia de todas las actividades en este campo deben impulsar, en opinión de la Corte, "los sentimientos generosos y las acciones solidarias que caracterizan a la sociedad mexicana", con el fin de superar uno de los más grandes obstáculos que se presentan para que los trasplantes incrementen las expectativas de prolongar la vida y mejorar su calidad, cual es el de la escasez de aquellos.

En la argumentación se destacó, al hilo de los argumentos de quien solicitó el amparo, la importancia de la "libertad de una persona para disponer de su cuerpo, incluso después de la muerte, otorgando garantías para que el posible donante conozca todas las repercusiones que su decisión implica".

En la sentencia se consideró que el legislador secundario, a quien el artículo 4.º, párrafo cuarto, constitucional encomienda la reglamentación del derecho a la protección de la salud, dio un contenido mayor a esta garantía al entender que los avances de la ciencia médica deben ser aprovechados en beneficio de aquellas personas que necesitan un órgano para recuperar su salud y prolongar su vida.

Como la argumentación para defender la constitucionalidad de la norma que establecía el requisito del vínculo familiar entre donantes y receptores se fundamentaba en la necesidad de evitar el comercio de órganos y señalaba su relación directa con el principio de altruismo de la donación pues "en esos casos se presume que el donante no tiene ánimo de lucro", la Corte analizó si dicho requisito se traducía en una limitación a la práctica de tal comercio que justificara una restricción al derecho a la salud y por tanto, tuviera validez constitucional, o no, para concluir, fundada en un análisis sistemático de la ley:

> […] de no existir el requisito reclamado, cualquier persona, sujetándose a los estrictos controles que establece la Ley General de Salud, que tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud, y motivada por su *ánimo de altruismo y solidaridad* podría decidir de manera libre donar gratuitamente un órgano, y esta posibilidad, sin lugar a dudas se traduciría en el mejoramiento de la calidad de vida y su prolongación, fines perseguidos por el artículo 4.º de la Constitución Federal.

A mayor abundamiento, se recordó que no son pocas, sino muchas las personas en espera de un órgano que les permita mejorar su calidad de vida o incluso prolongarla, por lo que el requisito que se reclama no encuentra justificación constitucional, sobre todo porque,

> […] como ya se apuntó, en la Ley General de Salud se establecen otras medidas que permiten un control estricto de las instituciones, de los médicos y de las personas involucradas en el trasplante de órganos, sistema que integralmente se encamina, más que nada, a evitar el comercio de órganos.

Por otra parte, se dijo, el ánimo de altruismo y solidaridad humana no acompaña solamente a las relaciones de parentesco y concubinato.

> En efecto, la solidaridad y el altruismo son características que no son ajenas a la especie humana; por tanto, no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato; y esta reflexión no es tomada en consideración por la norma impugnada, de la que se infiere que fuera del reducido grupo familiar que establece, automáticamente existe tráfico de órganos.

Por tanto, concluye la sentencia, el requisito contenido en el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, es contrario al artículo 4.º constitucional, pues priva a la población en general de un medio tendiente a prolongar la vida y mejorar la calidad de esta.

> Es necesario puntualizar que la restricción a los trasplantes de órganos que nos ocupa, afecta el interés general de la población, pues si bien en principio lesiona a los posibles receptores, lo cierto es que implica una limitación al derecho a la vida y al derecho a la salud.

En *Guatemala,*[6] en diciembre de 2006, la Corte de Constitucionalidad suspendió la totalidad del reglamento de la Ley de Trasplante de Órganos cuya impugnación se había solicitado porque tendía a monopolizar la realización de los trasplantes por entidades del Ministerio de Salud; sin embargo, el texto de la providencia, tal como ha llegado a nuestras manos, no incluye consideraciones bioéticas.

La Corte constitucional *colombiana* debió decidir en 2003[7] sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que establecía una jornada anual dedicada a la donación de órganos y tejidos y obligaba a todas las instituciones educativas a realizarla anualmente el 29 de agosto; resolvió declarar fundadas las objeciones formuladas por el Gobierno nacional por considerar que el proyecto violaba la autonomía de los centros de educación y reñía con el carácter pluralista de la Carta al presentar como oficial la preferencia por la donación de órganos para trasplante.

En 2007[8] se pidió a la misma Corte declarar la inexequibilidad parcial del artículo 2 de la ley 73 de 1988 que establece la presunción legal de donación de órganos o componentes anatómicos. La norma establece que existe presunción legal de donación cuando la persona fallecida no ha ejercido en vida su derecho a oponerse a la extracción, pero igualmente otorga a sus deudos la posibilidad de oponerse, dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral *o antes de la iniciación de una autopsia_médico-legal.* La demanda afirmó que la expresión aquí subrayada violaba varios artículos de la Carta Política, por cuanto no se refiere a un término fijo y puede

---

[6] Guatemala, Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 3171 y 3221 de 2006.
[7] Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 810/2003.
[8] Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 933/2007.

interpretarse de modo tal que se pongan las condiciones para no respetar el plazo de 6 horas establecido en el mismo artículo. Si los familiares no tienen la posibilidad de ser correctamente informados, reflexionar, deliberar y decidir, sus derechos a la libertad de conciencia y de cultos, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar resultan vulnerados, en opinión del demandante.

La Corte aprovechó la oportunidad para reiterar las condiciones del consentimiento informado y sus relaciones con la presunción legal de donación y declaró conforme con la Constitución la norma demandada, aclarando que el término mínimo de que disponen los familiares para oponerse es de seis horas, o sea, que la referencia a la iniciación de la autopsia debe entenderse hecha a una diligencia previamente ordenada y cuya práctica comenzará después de las seis horas contadas a partir de la muerte del sujeto a quien pertenecían los órganos o tejidos que se van a extraer.

La sentencia reiteró el deber del médico de informar a los deudos presentes sobre sus derechos en relación con el cadáver.

Sin embargo, mayor interés reviste, entre otras cosas por su novedad, la sentencia del Juzgado 36 Penal del Circuito de Bogotá, del 23 de febrero de 2006 en una acción de tutela. La decisión, en este caso de segunda instancia, ordenó a una empresa prestadora de salud pagar los gastos de un tratamiento de fertilización *in vitro* para obtener un embrión sano y compatible con el hermano enfermo y los del posterior trasplante de células del cordón umbilical para buscar la recuperación de su hermano mayor.

## 3.2. Disposiciones al final de la vida

La distanasia y la eutanasia lucen como dos caras problemáticas de la actuación médica en el proceso de morir. La sacralidad de la vida sin adjetivos se pondera con el valor de la dignidad de la vida. El esfuerzo terapéutico ilimitado se contrasta con las posibilidades reales de supervivencia y los sacrificios económicos de sistemas de salud paupérrimos de cubrimiento restringido.

Un pronunciamiento muy importante al respecto es la llamada en Colombia "sentencia de la eutanasia", en rigor, la sentencia que decidió sobre la constitucionalidad del tipo de homicidio por piedad.[9]

La Corte declaró conforme a la Constitución el artículo 326[10] del decreto 100 de 1980 (Código Penal) con la siguiente advertencia:

> En el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.

[9] Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 239/1997.

[10] "Artículo 326: *Homicidio por piedad*: El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años."

En la sentencia se exhortó al Congreso "para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna".[11]

La valoración de la dignidad humana, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y los principios rectores del derecho penal de acto son los ejes argumentativos de la decisión jurisprudencial.

La Corte estimó:

> […] la decisión del legislador de atribuir al homicidio piadoso una pena considerablemente menor a la prevista para el homicidio simple o agravado no desconoce el derecho fundamental a la vida, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta, pero en consideración al aspecto subjetivo la pena es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal de acto.

Dentro de los argumentos de la Corte se da relieve también al sentido altruista que implica el tipo atenuado; con este fundamento se concluye que no existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece intensos sufrimientos, aun cuando invoque razones de piedad.

Al tenor de la sentencia, desde la perspectiva pluralista que consagra la Constitución de 1991 no puede afirmarse el deber absoluto de vivir. Los enfermos terminales no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisible de que una mayoría lo juzga imperativo religioso o moral.

El deber del Estado de preservar la vida de las personas, considera la sentencia, debe ceder frente al consentimiento informado del paciente, enfermo terminal, que experimenta intensos sufrimientos y desea morir en forma digna. Si en estos casos se le obligara a vivir, la persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

Con base en las condiciones especiales que debe reunir la expresión del consentimiento en materia tan definitiva como la decisión de morir, la Corte concluyó que el sujeto activo debe ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no solo de suministrar al paciente la información adecuada para que la manifestación de voluntad sea libre e informada, sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente.

---

[11] Los puntos esenciales de esa regulación, según la Corte, son los siguientes: 1) verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; 2) indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso; 3) circunstancias en las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.; 4) medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y 5) incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

La interpretación constitucional acercó el tipo del homicidio por piedad al del homicidio consentido que estaba presente en el Código Penal de 1936 pero no en el que estaba vigente en 1997, ni en el actual de 2000.

En el artículo 106 del Código Penal actualmente vigente se reprodujo el artículo 326 del anterior sobre el que la Corte realizó el análisis de constitucionalidad. Si leemos el texto del artículo 106 a la luz de la sentencia de 1997 nos sentimos autorizados para afirmar:

1. Si un individuo mata a otro para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, la relación entre el homicida y el sujeto pasivo del delito es de médico a paciente, y media el consentimiento libre de este, el juez deberá exonerar de responsabilidad al profesional de la medicina que causó la muerte pues su conducta se considera justificada. Si, en cambio, en las mismas circunstancias de salud, el homicida no es médico, la apreciación del valor del consentimiento del sujeto pasivo se deja librada a las reglas de la parte general del Código, en este caso del numeral 2 del artículo 32.[12]
2. Cuando el sujeto activo es un médico, la presencia del consentimiento del enfermo, como hecho objetivo vinculado al deber también objetivo de información que grava al profesional, servirá de base para la exoneración de responsabilidad, en concurrencia con las circunstancias aludidas en el párrafo anterior. Por el contrario, cuando el sujeto activo no tenga tal calidad profesional, es un elemento subjetivo: el ánimo piadoso, el que determinará la adecuación de la conducta al tipo atenuado del homicidio. La consecuencia: El profesional no será sancionado; el no profesional podrá ser condenado a la pena de prisión de 16 a 54 meses.

La sentencia ha generado muchas polémicas éticas y jurídicas porque el tema es delicado y trascendental; en el Congreso colombiano se han presentado varios proyectos de ley pero no han tenido éxito.[13]

## 3.3. Técnicas de procreación humana asistida

Las técnicas de procreación médicamente asistida ponen sobre la mesa de discusión la legitimación para acceder a ellas, la selección de gametos y embriones; el número de óvulos que deben fecundarse y el tiempo en el que deben transferirse; la disposición de estos en diferentes circunstancias; el destino de aquellos embriones que no se transfieren; la procreación de un hijo para tratar de curar a otro ya nacido; las reglas

[12] "Artículo 32. *Ausencia de responsabilidad*. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando […] 2) Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo."

[13] Se han presentado varios proyectos de ley con pequeñas variantes; los distinguidos con los números 05S de 2007; 100S de 2006 y 044S de 2008.

tradicionales de la filiación, y, en la base de casi todos los interrogantes, el estatus moral y jurídico del embrión humano, así como el fundamento y alcance de su protección, y la eugenesia.

Tal vez la sentencia más controvertida en este aspecto sea la de la Sala constitucional de la Corte Suprema de *Costa Rica*[14] que declaró contrario a la Constitución el decreto que regulaba la fertilización *in vitro*. La Sala consideró:

> Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo, esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los cromosomas […].

También concluyó que esta posición es la que está de acuerdo con las normas de derecho internacional de los derechos humanos vigentes en el país (Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto de San José). Subrayó que del principio de inviolabilidad de la vida, reconocido en tales derechos y en la Constitución costarricense, se desprende que el derecho a la vida "debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer porque no existen seres humanos de distinta categoría jurídica sino que todos son personas".

Con base en los artículos 12 y 13 del Código de la Infancia y la Adolescencia declara que el derecho a la vida se protege desde la concepción en doble vía: imponer que nadie atente contra ella, en este caso, contra la del embrión, y proteger a este contra los abusos a que pueda ser sometido en un laboratorio, especialmente los que causen su muerte. A juicio del Tribunal, las técnicas de FIVTE (fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria) atentan contra la vida humana ya que exponen al embrión a un riesgo desproporcionado de muerte; la pérdida de numerosos embriones no puede justificarse porque su objetivo sea el de dotar de un hijo a una pareja infértil. La sentencia finaliza con una admonición derivada del carácter preeminente que concede al derecho a la vida del embrión: ni siquiera una ley podría autorizar en Costa Rica el empleo de la FIVTE.[15]

Esta sentencia motivó una denuncia contra el Estado de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para exigir la responsabilidad internacional que se deriva de aquella porque vulnera derechos fundamentales de los ciudadanos.

El peticionario estimó vulnerados los derechos a la vida, a la igualdad, a la intimidad personal y familiar y a las garantías judiciales; además afirmó que la prohibición de la FIVTE causó grave daño psicológico a quienes se consideran víctimas, y solicitó

---

[14] Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 02306 /2000.

[15] El magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, presente en la sesión en la que se expuso este trabajo, anunció que, según una sentencia del Consejo de Estado de su país, se había autorizado la fertilización *in vitro* en los casos en que solamente se fertilizaba un óvulo y se transfería de inmediato al útero de la madre.

indemnización para las mujeres afectadas y para la empresa que adquirió los equipos para la prestación de la asistencia médica a la reproducción mediante técnicas *in vitro*.

La Comisión Interamericana declaró admisible la denuncia solamente en cuanto a la supuesta vulneración de los derechos protegidos en la Convención Americana en sus artículos 1 (igualdad), 17 (a fundar una familia), 11.2 (a la intimidad individual y familiar).

En *Venezuela*[16] es interesante una sentencia en juicio de amparo en el que la actora alegaba violación de sus derechos a procrear, al libre desarrollo de la personalidad y a la maternidad sin discriminación alguna, por cuanto la unidad de biomedicina reproductiva, en la que su esposo había depositado muestras de semen, antes de someterse a tratamientos agresivos contra el cáncer que padecía, se negaba a continuar con la fertilización *in vitro* y la transferencia de los embriones después del fallecimiento del varón. La Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia concedió el amparo, ordenó completar el ciclo de la FIVTE y reconoció la filiación de hijo matrimonial de quien pudiera nacer mediante la aplicación de la técnica de reproducción asistida.

La argumentación se desarrolló especialmente sobre dos puntos: a) la existencia del consentimiento del esposo, y b) la determinación de la situación jurídica del posible hijo.

El consentimiento se entendió prestado en virtud de la entrega de los gametos a una institución especializada en la asistencia médica a la reproducción para ser empleados en la procreación con una persona determinada, en este caso, la esposa; según el parecer de la Sala, esto solo se podría desvirtuar si una persona habilitada por la ley para ello pudiera demostrar que el "poseedor biológico" del semen cambió de parecer, lo cual no sucedió en el caso concreto.

Para determinar la situación jurídica del hijo se puso pie en el texto constitucional que protege a la familia; se afirmó que en este caso se trata de una extensión de aquella y por lo tanto "el nacido mantendrá los vínculos familiares" que corresponden a la filiación matrimonial.

En cuanto a la vocación hereditaria, la Sala estableció que el hijo póstumo —nacido de la FIVTE aplicada después de morir el padre— sería considerado heredero si, como en el caso objeto de análisis, mediaba la voluntad del padre, pero no si esta faltaba, porque en tal supuesto el reconocimiento de derechos sucesorios al póstumo implicaría crear el caos ya que, "a medida que se liquidara la herencia, o después de partida", podrían aparecer nuevos herederos a reclamar la nulidad de lo actuado. Además, la Sala consideró que tal posibilidad es contraria al orden público.

En este punto, es bien sabido que legislaciones como la inglesa consideran heredero al hijo solamente cuando el material procreador estaba en el útero de la mujer al morir el padre; para nosotros resulta difícil fundamentar la validez constitucional de una norma o solución jurisprudencial de tal tenor porque se estaría vulnerando el principio de igualdad entre los hijos.

---

[16] República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 27-07-2006.

En el caso venezolano queremos hacer notar, incidentalmente, que la unidad de biomedicina reproductiva también alegó, para sustentar su negativa a completar el ciclo de la técnica de asistencia a la reproducción, el carácter hereditario de la enfermedad que padecía el dador del semen. El Tribunal Supremo recabó información médica para concluir que no existe certeza sobre esta característica del cáncer; en su sentencia consideró contrario a la ética

> [...] recibir una muestra seminal de una persona con expectativas de vida, que ya ha manifestado las razones (afección de salud y tratamiento químico de una enfermedad) por las cuales requiere preservar dicha muestra, pues así se lo recomendó su médico oncólogo; adquirir un compromiso para practicar una actividad científica como lo es la fecundación *in vitro*, y luego negarse a ejecutarla con la excusa de que su descendencia puede heredar la enfermedad, cuando de ser así dicho grupo médico debió negarse al momento de ser efectuada la solicitud de criopreservación del semen, justamente para no contrariar principios médicos, morales y constitucionales, mucho menos para incumplir un compromiso contractual.

Opinamos que, tal como quedó redactado, en este argumento parece concederse mayor importancia a los compromisos contractuales que a los propios principios constitucionales, lo cual no sería lógico.

## 3.4. Clonación

La clonación ha marcado división de opiniones según la técnica empleada para obtenerla y el objetivo perseguido con ella. Consenso casi unánime respalda el repudio de aquella que se logra mediante transferencia de núcleos y se utiliza como técnica de reproducción; muchas controversias se presentan en cambio con relación a la que se realiza mediante separación de las blastómeras o aquella que pretende finalidades terapéuticas mediante el empleo de las células madre o troncales obtenidas a partir del embrión clonado.

La que se dirige a obtener el nacimiento de una persona está consagrada como delito en numerosos códigos penales; es el caso de Colombia. La norma correspondiente ha sido objeto de varias demandas de inconstitucionalidad ya falladas por la Corte; la última es de septiembre de 2006.[17]

A juicio de quien ejerció la acción pública de inconstitucionalidad y según la transcripción de la Corte, el artículo 133 del Código Penal:

> Desconoce el núcleo esencial del derecho a la vida, porque impone limitaciones al ejercicio de este derecho e impide la reproducción a través de una forma que la misma naturaleza se ha inventado para vencer a la muerte.
>
> Impide la propagación de la especie humana y a crear [sic] generaciones consanguíneas venideras, estableciendo un control a la natalidad por la fuerza.

[17] Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-775/2006.

Impide que los infértiles ejerciten el derecho a la autonomía procreativa y pone en peligro la existencia de la vida humana, al prohibir una técnica reproductiva en aras de fortalecer la dignidad humana.

Cercena la autonomía personal, al imponerle al ser humano por la fuerza que lo "bueno" es utilizar vías reproductivas diferentes a la clonación.

La disposición acusada desconoce el inciso quinto del artículo 42 de la Constitución, que al reconocer que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, acepta la clonación porque con este procedimiento se procrea y se engendra un ser humano.

La norma impide que el Estado pueda cooperar con la familia en su supervivencia. La clonación ayuda a complementar aquellas uniones matrimoniales o de hecho que no puedan tener descendientes genéticos. La clonación de niños debe ser permitida para que las personas que sufren por no tener hijos, encuentren en ella una nueva alternativa.

Sostiene el demandante que "el derecho a la dignidad no puede estar por encima del derecho de reproducirse y tener descendencia, porque aquél no es un derecho absoluto, sino relativo; su contenido *"se lo da la ideología imperante y la doctrina dominante en la coyuntura o momento histórico; ahora la dignidad es un sentimiento muy subjetivo del ser humano cuyo contenido puede estar determinado por la conciencia individual*".

Se anota en la demanda que "el patrimonio genético único de las personas va en contravía de un pasado transgénico del Genoma humano, y de un presente evolutivo que marca una tendencia a la unificación del Genoma Humano acabando con las diferencias proteínicas que aún hoy subsisten". Considera, a su vez, que la decisión de mantener irrepetible el patrimonio genético de un ser humano corresponde a la autonomía de la persona.

Concluye con la afirmación de que con la clonación no se protege ni la identidad genética ni la identidad personal, pues está comprobado que la personalidad se forma por el factor externo o el medio ambiente, como ocurre con los gemelos idénticos que aunque tienen identidad genética difieren en su personalidad.

Desafortunadamente la Corte constitucional no se pronunció sobre estas acusaciones por cuanto la sentencia fue inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda consistente en no haber demandado la proposición jurídica completa. El ciudadano había demandado el artículo 133 de la ley 599 de 2000, Código Penal, pero no el artículo 14 de la ley 890 de 2004, mediante el cual la pena prevista en la norma acusada fue modificada aumentando la tercera parte sobre el mínimo y la mitad en el máximo, quedando esta entre 32 y 108 meses de prisión. "O sea —dijo la Corte—, que la sanción penal que el demandante estima inconstitucional no es la atacada por él."

## 3.5. Genes, ingeniería genética y materiales biológicos

Un mayor conocimiento sobre los genes y la forma de manipularlos abre diversos interrogantes sobre la legitimidad, validez, extensión y fuerza de las barreras jurídicas y éticas que se puedan oponer a la ingeniería genética; en esta área también se discute sobre privilegios económicos, derechos de propiedad y formas efectivas de cortar el paso a toda discriminación.

En estrecha relación con lo anotado en el párrafo anterior, los análisis genéticos, ya se practiquen en individuos nacidos, ya en embriones *in utero* o *in vitro*, suministran un cúmulo de informaciones con características especiales cuyo tratamiento es difícil de adecuar a los controles tradicionales y abre, además, la pregunta por su validez ética en el caso de los enfermos no sintomáticos a quienes la ciencia no puede ofrecerles todavía cura alguna.

Una diversa manera de apreciar la importancia de los materiales biológicos humanos —algunos considerados hasta ahora materiales de desecho— hace inevitable que se presenten problemas sobre su recolección, almacenamiento, custodia y circulación y sobre su pertenencia o disposición. Las colecciones de muestras y los biobancos son ahora objeto de nuevas reflexiones y reglamentaciones.

Los debates jurídicos más importantes sobre los genes y las muestras biológicas se están dando en nuestro continente a raíz de los procesos de negociación de los tratados de libre comercio, pero no han sido objeto principal de examen de los Tribunales o Cortes Constitucionales hasta ahora.

En cuanto al complejo tema de los materiales biológicos que, como es sabido, tienen valor en sí mismos y también como soportes de información, la Corte Constitucional colombiana resolvió un caso interesante: una pareja de esposos autorizó la necropsia de su hija, que había fallecido un mes después de haber nacido, para la realización de exámenes que permitieran establecer la causa de su muerte. El hospital entregó a los solicitantes el acta de necropsia, pero no las muestras biológicas. Posteriormente, los padres afirmando que el documento no contenía la información referida a las coloraciones del corte de tejido aórtico, que era necesaria para realizar un estudio genético, solicitaron la entrega de las muestras. El hospital negó la solicitud bajo el entendido de que solo podía entregarlas si mediaba una orden judicial.

Ante la negativa, los padres acudieron al organismo estatal encargado de la vigilancia de las instituciones prestadoras de salud (Superintendencia de Salud), el cual negó la entrega de las tinciones alegando, entre otras razones, que la muestra formaba parte del patrimonio científico del hospital.

Después de agotar los medios administrativos, los padres presentaron una acción de tutela por violación de sus derechos fundamentales de petición, al hábeas data, a la salud, a la seguridad social y a conformar responsablemente una familia, porque la no entrega de las muestras les impedía acceder a la información que les permitiría conocer los posibles daños con los que podrían nacer sus futuros hijos y si aquellos eran reparables o no.

La Corte afirmó en su sentencia que en ese caso la negativa del hospital a entregar las muestras violaba varios derechos fundamentales, porque

> […] impide a la pareja que desea conformar responsablemente una familia, saber cuáles son los peligros de salud que su descendencia puede llegar a afrontar, o incluso los que los miembros de la pareja pudieren también sufrir [y, además, le coarta] la posibilidad de obtener información acerca de los patrones genéticos que influyen negativamente en la salud de los peticionarios, lo cual puede acarrear, a su vez, la perturbación del libre desarrollo de la personalidad de estos, en la medida en que la falta de información completa podría condicionar negativamente la opción de ser padres, por el simple temor de ver morir nuevamente a uno de sus hijos.[18]

Con base en esos razonamientos, la Corte Constitucional ordenó la entrega de la muestra del tejido aórtico de la bebé fallecida a sus padres. Consideramos que hubiera sido interesante que el alto tribunal se hubiera referido a la propiedad o pertenencia de los materiales biológicos, pero este no lo consideró relevante.

## 3.6. Interrupción voluntaria de la gestación

La interrupción de la gestación no implica utilización de la biotecnología, pero algunas de sus indicaciones, en los países que tienen este sistema para atenuar las penas o despenalizar la conducta, están ligadas a sus avances en materia de diagnóstico de enfermedades. La aparición en el mercado de los llamados anticonceptivos de emergencia ha vuelto a abrir el debate sobre su vinculación con el aborto y, por lo tanto, sobre su admisibilidad. En cuanto a la esterilización, la atención se coloca sobre la libertad y el consentimiento de los incapaces.

La interrupción voluntaria del embarazo es tal vez el tema más tratado en este terreno en la jurisprudencia constitucional de América Latina; ya porque se haya demandado la inexequibilidad de las normas penales que la consagran como delito de aborto, ya la de aquellas que la permiten sin sanción penal dentro de ciertos plazos, o la de las que autorizan la comercialización o la distribución gratuita de las llamadas píldoras del día después.

La última sentencia de la Corte constitucional colombiana en esta materia sigue dando lugar a vivas polémicas que, según observamos, también se desarrollaron en *México* a raíz de la sentencia de constitucionalidad referida a los artículos pertinentes de la reforma al Código Penal del Distrito Federal y las normas añadidas al respecto en la Ley de Salud del mismo territorio para despenalizar la interrupción voluntaria de la gestación durante las primeras doce semanas.[19]

---

[18] Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-394/2000.

[19] México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia dentro de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; Tribunal Pleno del 28-08-08.

La Suprema Corte mexicana reconoció la validez constitucional de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal del Distrito Federal, así como de los artículos 16 *bis* 6, tercer párrafo y 16 *bis* 8, último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante decreto expedido por la Asamblea Legislativa de la misma circunscripción.

Para comenzar, es bueno recordar que los magistrados reconocieron que uno de los temas planteados por los demandantes: la cuestión relativa al momento desde el cual se debe proteger la vida humana, es de alta complejidad y por esta razón "existen opiniones encontradas en todos los ámbitos científicos y jurídicos".

Frente a la calificación de la vida como un derecho absoluto y prioritario o preeminente, la Corte argumentó que los derechos fundamentales no son absolutos y que no existe jerarquía entre ellos, razón por la cual es necesario ponderarlos en caso de coexistencia, para que el legislador o el juez tomen sus decisiones en la forma que más se ajuste a los preceptos de la Constitución. En ese orden de ideas, aunque la vida sea presupuesto ontológico para el goce de los derechos, el derecho a ella puede ceder ante otros en determinadas circunstancias.

Nos llama la atención que en México "no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional", pues estamos acostumbrados a encontrarlo dentro de todo elenco doctrinal de derechos fundamentales.

El alto tribunal dijo, además, que para ser titular de este derecho es menester ser persona, aseveró que ni el embrión ni el feto lo son, menos aún durante las primeras doce semanas del embarazo, período en el cual no puede hablarse de un individuo con posibilidad de vivir por sí solo. Antes del nacimiento, los dos son, para la Corte, "solo bienes constitucionalmente protegidos, en el entendido que no todos los bienes constitucionales pueden ser titulares de derechos fundamentales".[20]

Aun si el embrión y el feto se consideraran personas, los derechos de la mujer a la vida, a la salud y a la autodeterminación de su cuerpo deben prevalecer porque ella es persona ya nacida y en pleno goce de sus capacidades, en tanto que el embrión "solo tiene la potencialidad de ser humano que no es inviable pero si es incapaz de realizar funciones biológicas[21] y cognitivas".

Por otra parte, entre los motivos para predicar la primacía del derecho de la mujer a la autonomía para tomar decisiones en relación con su cuerpo están la consideración de la oponibilidad de este al Estado y la prevalencia de los derechos fundamentales, pues entre estos —en el caso, los correspondientes a la mujer— y los bienes tutelados por la Carta—embrión y feto en la hipótesis del aborto— sí existe jerarquía.

En cuanto se refiere al derecho a la salud, leemos en la sentencia que su protección fallaría si el Estado, a pesar de saber que las mujeres mexicanas proceden a la interrupción

[20] Afirmación que había hecho el Tribunal Constitucional español sobre los preembriones en la sentencia de constitucionalidad de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988.

[21] Esta afirmación seguramente será muy criticada por los expertos en ciencias biológicas.

voluntaria de sus embarazos, aunque no les esté permitido hacerlo,[22] "impidiera a las mujeres que deciden practicarla el acceder a la atención médica eficaz y oportuna […]": por esto hace hincapié en la obligación de las autoridades de salud de prestar los servicios necesarios para lograr una interrupción de la gravidez en condiciones idóneas, a las mujeres que así lo soliciten. A la vez, ratifica que la objeción de conciencia como facultad de los médicos no fue modificada ni suprimida por las disposiciones demandadas.

La Corte realizó un análisis de los tratados internacionales suscritos por México, en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, para concluir que ninguno de ellos establece o reconoce la vida como un derecho absoluto así como tampoco obliga al país a proteger la vida del embrión desde su concepción[23] y, mucho menos, a penalizar el aborto. En la sentencia se recuerda que el Estado mexicano consignó de manera explícita y específica, en el momento oportuno dentro del proceso de negociación y suscripción de la Convención americana, que no reconocía obligación de "legislar la protección de la vida a partir de la concepción" e igualmente consignó que "la reserva era aplicable tanto a la legislación vigente como a la futura", porque la fijación del término inicial para tal protección es materia reservada a los Estados.[24]

Puesto que los actores habían argumentado que las normas demandadas violaban el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer, así como el derecho a la paternidad del progenitor varón, la Corte dejó sentado que no puede confundirse la libertad sexual con el derecho a la procreación o el derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos, y que considerar los dos últimos como de ejercicio conjunto "implicaría otorgarle al varón un veto" que se impondría sobre la libertad de la mujer sin justificación alguna; que la maternidad justifica el trato diferente para la mujer pues, si se le obligara a ser madre se alteraría de manera permanente su vida y su condición, en tanto que no sucede lo mismo con el derecho a la procreación del varón; esto, sin contar con los casos en los que el hombre está ausente o no es fácil establecer la filiación, en los cuales, obtener su consentimiento para la interrupción del embarazo sería tan difícil que anularía los derechos de la mujer a la vida, a la autodeterminación sobre el cuerpo, a la salud, a la libertad, a la intimidad y a la vida privada.

Los accionantes afirmaron que los artículos del Código Penal para el Distrito Federal que fueron objeto de la demanda contravienen los principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley penal porque su texto no es claro ni preciso

---

[22] Varios estudios demuestran que la realidad latinoamericana arroja un alto número de casos de aborto inducido; en consecuencia, muchos especialistas proponen su tratamiento como un problema de salud pública y no como un problema penal. Cf. *Memorias. Encuentro de investigadores sobre aborto inducido en América Latina y el Caribe,* Bogotá, 1994.

[23] La Convención Americana es el único instrumento que establece que el derecho a la vida "estará protegido por la Ley y, *generalmente,* a partir de la concepción"; el adverbio introduce un dato de relatividad en relación con el momento en que comienza el reconocimiento de los derechos.

[24] Declaraciones interpretativas: a) con respecto al párrafo del artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado a los Estados.

y por eso da lugar a interpretaciones erróneas. Los legisladores han debido prever un mecanismo para que el médico pueda determinar: a) el transcurso de doce semanas desde el inicio del embarazo, y b) el momento en que este comienza porque se ha producido la implantación del embrión en el endometrio.

Puede observarse que la cuestión de la temporalidad en este contexto "no es un problema de incertidumbre o inexactitud de la norma" y podrá ser resuelta en cada caso concreto por el juez mediante las pruebas pertinentes.

Es bueno observar que los artículos pertinentes del Código Penal para el Distrito Federal introdujeron algunas definiciones que facilitan la comprensión de los tipos penales de aborto consentido, aborto inducido y aborto forzado; cada uno de estos aparece descrito con precisión y claridad de manera tal que los ciudadanos pueden saber "con precisión las conductas que están prohibidas, así como sus elementos constitutivos".

En la demanda se considera que la definición de embarazo vinculada a la implantación del embrión en el endometrio y el establecimiento del plazo de doce semanas para proceder a la interrupción de la gravidez sin merecer reproche penal, marcan una secuencia temporal que cambia el bien protegido por el tipo penal del aborto pues ya no es la vida, sino el proceso de gestación, cuestión que va en contra del principio de seguridad.

En realidad, el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo; el aborto se consuma cuando se da muerte al producto de la concepción; solo se modificaron las circunstancias en que se otorga dicha protección. La sentencia reconoce la autonomía calificadora de la Asamblea Legislativa para adoptar su propia definición de embarazo, es decir, para señalar, como lo hizo, que este comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

La reforma penal acusada respetó también el principio de proporcionalidad de las penas en relación con el bien jurídico tutelado y la naturaleza del delito cometido; por lo demás, el legislador explicó las razones que tuvo en cuenta para variar las penas en todos los casos en los que procedió a hacerlo.

La interrupción voluntaria del embarazo antes de las doce semanas, fue despenalizada porque los legisladores del Distrito Federal consideraron que la conducta no "justifica emplear la máxima constricción del Estado".

Queremos, además, subrayar que, en opinión de la Corte, el "reproche por la vía penal no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso de gestación", como lo demuestra la realidad social del país.

La demanda, en el caso *colombiano,* dirigida contra los artículos del Código Penal que consagran los tipos de aborto y aborto sin consentimiento, así como contra el que establecía las causales de atenuación punitiva para este delito, y el ordinal del artículo 32 de la parte general relativa al estado de necesidad, basaba la disconformidad de estos con el texto constitucional en los siguientes motivos:

Limitan de manera desproporcionada e irrazonable derechos y libertades de la mujer; son contrarios a los diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

También se señaló por algunos de los que luego intervinieron, el grave problema de salud pública que representa el aborto, generalmente clandestino, para Colombia.

La Corte desarrolló la parte motiva en cinco capítulos:[25]

Dedicó el primero al concepto de vida como bien constitucionalmente protegido y su diferencia con el derecho fundamental a la vida. En el segundo se ocupó de los tratados internacionales de derechos humanos y de los derechos fundamentales de las mujeres. El tercero, de los límites de la potestad de configuración del legislador en materia penal. En el cuarto estudió los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, el bloque de constitucionalidad, y los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad. El quinto recogió los argumentos de la Corte relativos a la ponderación de los derechos en conflicto con el deber de protección a la vida.

Primero: Consideró que la perspectiva multinormativa y plurifuncional que tiene la vida en la Constitución es base suficiente para establecer una diferencia entre la vida como bien constitucionalmente protegido y la vida como derecho fundamental, también para deducir el deber del Estado de protegerla, deber que vincula a todos los poderes y autoridades. Pero dijo:

> El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

De lo anterior resulta que para la Corte

> […] el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Segundo: Tras transcribir el primer numeral del artículo 6.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte estimó que de ellos no puede deducirse una definición de ser humano, concepto al que se remite la definición de niño; que esta tarea corresponde a los Estados partes en virtud de una decisión deliberada dentro del proceso de negociación del tratado.

Examinó luego el texto del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[26] poniendo especial atención en la expresión *en general* para decir que "introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción". Subrayó que la interpretación

[25] Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 355/2006.

[26] "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

de los tratados debe estar en consonancia con la evolución de los tiempos y las cambiantes condiciones de la vida social y que de aquellos que conforman el bloque de constitucionalidad en este punto "no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación".

El apartado que se refiere a los derechos fundamentales de las mujeres se abre con la comprobación del cambio que introdujo la Constitución de 1991 en este campo con base en el principio de igualdad, analiza después los documentos de las Conferencias mundiales de derechos humanos dentro de las cuales ocupan lugar preferencial la de Viena de 1993, la de El Cairo sobre población y desarrollo, de 1994 y la de Beijing sobre la mujer. Alude también a otros textos internacionales relacionados con los derechos humanos o referidos directamente a la situación de la mujer latinoamericana, para aseverar que finalmente se han reconocido los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en todos los Estados democráticos.

Ahora bien, de este reconocimiento, afirma, no se deriva un mandato de despenalización del aborto.

Tercero: Recordó la Corte que el legislador tiene un margen amplio de maniobra en el caso de la política criminal, pero no le está permitido sacrificar los valores superiores del ordenamiento, los principios constitucionales, ni los derechos fundamentales. De la misma manera trajo a colación las restricciones constitucionales al poder punitivo del Estado que habían reiterado sentencias anteriores.[27]

Cuarto: La Corte emprendió el estudio de principios y derechos fundamentales que funcionan como límites a la libertad del legislador en materia penal, comenzando por la dignidad humana,[28] con particular referencia al ámbito de protección de la dignidad de la mujer que incluye su autonomía reproductiva y la garantía de su intangibilidad moral, en virtud de la cual no es posible que se le asignen roles de género estigmatizantes o se le causen sufrimientos físicos o morales deliberados. En este orden de ideas, aseguró, el legislador no puede convertir a la mujer en un "simple instrumento de reproducción de la especie humana".

A propósito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia reconoce que el derecho a ser madre solo representa una opción de vida que corresponde al fuero interno de la mujer. También afirma que en su tarea de proteger bienes constitucionales, el legislador no puede establecer medidas que busquen la perfección pero supongan una restricción desproporcionada de este derecho.

Precisa la Corte que el derecho a la salud implica la defensa "frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren", por lo cual las medidas que el legislador adopte, aun para proteger bienes constitucionalmente protegidos, resultan inconstitucionales si restringen de manera desproporcionada el derecho a la salud de una persona, derecho que en el caso de las mujeres comprende la reproductiva.

---

[27] Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C 897/2005, C 674/2005 y C 1177/ 2005.

[28] "La dignidad protege: 1. La autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere). 2. Ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). 3. La intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)." Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 881/2002.

Cuando se refiere al bloque de constitucionalidad, la sentencia asegura que las recomendaciones y observaciones proferidas por organismos internacionales no se entienden incorporadas automáticamente al bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, "no constituyen un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes"; que la única jurisprudencia proveniente de instancias internacionales que puede ser tenida en cuenta para el análisis de constitucionalidad es la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que los tratados sobre derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad si constituyen un claro límite para el legislador.

Entra luego la Corte a realizar el juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal puede afectar los derechos de la mujer para proteger la vida del *nasciturus*, sin transgredir de manera desproporcionada los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración que le corresponde. Estudia la cuestión del aborto en el derecho comparado y entra al examen del caso concreto.

Para este análisis toma como punto de partida la obligación del legislador de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida del *nasciturus* por cuando se trata de un bien protegido por la Constitución; en este sentido no puede interpretarse la tipificación penal del aborto como medida perfeccionista tendente a imponer un modelo de virtud, caso en el cual se estarían violando la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, dice, la penalización del aborto, cualesquiera sean las circunstancias en que se produzca, implica conceder supremacía a uno de los bienes jurídicos en juego sacrificando en forma absoluta los derechos de la mujer. Merecen especial consideración de la Corte los casos del embarazo como resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, o de incesto; aquellos en que están amenazadas la salud física o mental y la vida de la mujer gestante, y aquellos en los que el feto presente malformaciones cuya gravedad hace que sea inviable. En estos casos, sostiene la Corte, penalizar la interrupción voluntaria del embarazo supone injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer. El Estado no puede obligarla a asumir sacrificios heroicos y "a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general", ni imponerle una conducta que exceda a la normalmente exigible a la madre, para obligarla a soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de un bebé que por sus malformaciones es inviable.

Después de realizar la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, la Corte concluye que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y resuelve declarar exequible el artículo 122 de la ley 599 de 2000 o Código Penal,

> […] en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, iii) Cuando

> el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En 2001, en *Argentina,* la Corte Suprema de Justicia de la Nación conoció del recurso extraordinario contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires dentro del proceso correspondiente a una acción de amparo. El *a quo* había autorizado a la dirección de un hospital para proceder a la inducción del parto o, eventualmente, a practicar la cesárea a una mujer en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico.

Como dato importante recordamos que la Corte habilitó el día feriado para dar respuesta a la petición, en virtud de la urgencia manifiesta de esta.

Se consideró que en el caso concreto, ni la petición de amparo ni la sentencia del *ad quem* comprendían la autorización para efectuar un aborto. Según opinión médica avalada por la comisión de bioética del hospital, el nacimiento no era un medio para causar la muerte del feto ya que la viabilidad extrauterina de este era nula aunque el embarazo llegara a término; la postergación del nacimiento, dijeron, no cambiaría las cosas; solo haría que coexistieran la "frágil e incierta vida uterina del *nasciturus* con el sufrimiento de la madre y la familia".

Dentro de este contexto, las actuaciones médicas dirigidas a adelantar el nacimiento de un feto que comienza el octavo mes de desarrollo, no podrían calificarse como dirigidas a provocar "la muerte de un niño durante su gestación"; además, la sentencia autoriza la inducción del nacimiento pero con lleno de todos los requisitos de la *lex artis* "con el mayor respeto hacia la vida embrionaria".

Para confirmar la sentencia recurrida, la Corte Suprema tuvo en cuenta que la muerte del feto necesariamente se produciría al nacer debido a la patología que sufría y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, y que en estas condiciones, los derechos de rango constitucional que corresponden a la madre, especialmente el de la protección de su salud física y sicológica, cobran toda su fuerza.

El Supremo Tribunal Federal de *Brasil*[29] inició en agosto una serie de tres audiencias públicas para discutir el aborto de los fetos anencéfalos. El tema se abordó porque la Confederación Nacional de los Trabajadores de la Salud (CNTS) promovió una Acusación de Incumplimiento del Precepto Fundamental 54, que se tramita en la Corte. La ADPF fue promovida, con el objeto de despenalizar el aborto de fetos anencéfalos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de *Costa Rica*[30] anduvo caminos argumentativos diferentes para elaborar la sentencia en un juicio de amparo en junio de 2007.

Una madre solicitó el amparo de los derechos a la vida y a la salud de su hija que presentaba un embarazo de alto riesgo, porque el feto sufría una patología incompatible

[29] Brasil, Supremo Tribunal Federal, providencia del 31 de julio de 2008.
[30] Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 07958/2007.

con la vida fuera del útero, conocida con el nombre de encefalocele posterior. El conocimiento de la situación había influido sobre la salud sicológica de la gestante al punto de hacer que presentara episodios suicidas. El médico tratante recomendó la interrupción del embarazo para preservar la vida de la madre ya que la ciencia no podía ofrecer salvación para la del feto después de nacer.

Según el parecer de la Corte, el artículo 31 de la Constitución Política, los tratados internacionales sobre la materia, vigentes en Costa Rica, el artículo 31 del Código Civil, y los artículos 12 y 13 del Código de la Niñez consagran la inviolabilidad de la vida desde la concepción. Con esta interpretación, estimó que no podría, sin transgredir la propia Constitución, imponer limitaciones a ese derecho que no estén contempladas en la Carta o en las leyes de la República. Cualquier restricción corresponde a la Constitución o al legislador.

La sentencia transcribe la norma que autoriza el aborto terapéutico; sin embargo, estima que el caso concreto no llena los requisitos exigidos por la ley por cuanto los médicos están divididos en la apreciación de los episodios suicidas; para unos, estos representan un riesgo para la mujer, riesgo que se deriva directamente de las anomalías fetales y el alto riesgo del embarazo, para otros, el peligro para la vida o salud de la madre es indirecto, pues se origina en la tendencia suicida desarrollada por la paciente. Por esta razón catalogó el caso como de "duda extrema" respecto de la tutela de la vida.

Un tanto contradictoriamente, la Corte señala:

> [...] la propia recurrente indica que los médicos se han negado a practicarle el aborto, no por criterio médico, sino por temor a reacciones sociales o a la justicia penal.

Ante la incertidumbre que plantea la falta de coincidencia de los criterios médicos, estimó que no podía tomar una decisión que corresponde al legislador por cuanto incide sobre derechos fundamentales y solo este puede afectarlos de manera razonable y proporcional sin afectar su núcleo esencial. Por cuanto existe duda sobre la existencia de los presupuestos del aborto terapéutico, concluyó la Corte que "lo pretendido en el recurso equivale a incluir una causa más de impunidad en la materia", que por lo tanto excede el ámbito de acción de la Sala y lo rechaza de plano.

En *Chile,* en el año 2008 el Tribunal Constitucional decidió un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un número de diputados superior a la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Congreso Nacional, dirigido a obtener que se declarara contraria a la Constitución la resolución exenta n.º 584 del Ministerio de Salud mediante la cual se aprobaron las normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad.

Los motivos principales del requerimiento tenían que ver con la autorización del otorgamiento de consejería a menores a partir de los catorce años de edad, sin el conocimiento ni consentimiento de los padres, y la utilización de la llamada píldora del día después suministrada "abierta y gratuitamente". En opinión de los autores del requerimiento, la resolución violaba la Carta Política, tanto por la forma adoptada como por vulnerar derechos fundamentales; solicitaron que se declarara como ilícito

constitucional "que el Estado, a través de cualquiera de sus organismos, autorice el uso, la distribución, la comercialización, o la entrega de la Píldora del Día Después […]".

Luego de extensas consideraciones sobre hermenéutica constitucional, el Tribunal declaró que la resolución acusada resulta contraria a la Constitución porque "adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal" y, en consecuencia, no se pronunció sobre los cargos que implicaban el examen de vulneración de derechos fundamentales.

Relacionados con el otorgamiento del registro sanitario o la autorización de la comercialización de fármacos utilizados como anticonceptivos postcoitales en la llamada "anticoncepción de emergencia", encontramos varias providencias de la jurisprudencia constitucional.

En junio de 2006, en *Ecuador,*[31] la Sala Tercera del Tribunal Constitucional pronunció sentencia en juicio de amparo constitucional en el que se solicitaba la suspensión definitiva del registro sanitario que autorizó la comercialización y expendio de la píldora conocida con el nombre de Postinor 2 por cuanto el demandante entendía que esta pone fin a un embarazo, es decir, provoca la muerte de un ser humano, porque desde que se produce la fecundación existe una persona única e irrepetible, con un código genético distinto del de la madre y, por lo tanto, el otorgamiento del registro contraría expresas disposiciones constitucionales porque atenta contra derechos como el de la seguridad jurídica, a la vida o a nacer y crecer.

El Tribunal analizó la información suministrada por los propios fabricantes y algunas opiniones médicas; a partir de estas sacó las siguientes conclusiones:

a) La fecundación o fertilización consiste en la unión del espermatozoide con el óvulo, que da origen a una célula llamada cigoto.
b) El cigoto se implanta en la capa interna del útero o endometrio.
c) A partir de la implantación se considera iniciado el embarazo.
d) No todas las fecundaciones dan lugar al embarazo, porque no siempre el cigoto llega a implantarse, puesto que en ocasiones se elimina natural y espontáneamente.
e) El Levonorgestrel puede actuar en tres momentos: 1) evitando la ovulación; 2) evitando la fecundación o fertilización, y 3) evitando la implantación. Cabe añadir que implantado el cigoto no evita el embarazo; es más, su uso es contraindicado.

El análisis farmacológico aportado para obtener el registro señalaba expresamente que el medicamento está "contraindicado en el embarazo o cuando se supone su existencia"; "se trata de una nueva droga para ser utilizada como un agente anticonceptivo para después del coito, en situaciones de urgencia".

[31] Ecuador, Sala Tercera del Tribunal Constitucional, sentencia 0014/2005, registro oficial jueves 22 de junio de 2006.

> Su mecanismo de acción no se conoce y se piensa que el Levonorgestrel, actúa evitando la ovulación y la fertilización, si la relación ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en que la posibilidad de fertilización es más elevada. También puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación.

Pasa luego al examen normativo. En primer lugar afirma que el artículo 49 de la Constitución Política del Estado garantiza el derecho a la vida desde la concepción, que en el ordenamiento nacional no existe una norma específica que defina cuándo se produce la concepción pero el artículo 20 del Código de la Niñez da la pauta por cuanto garantiza el derecho a la vida desde ese momento y a renglón seguido prohíbe las manipulaciones médicas a partir de la fecundación del óvulo.

Afirma que observando todo el debate científico y social sobre el tema, la Sala no puede aseverar que la concepción se produzca con la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar segura de lo contrario, es decir, está ante una duda razonable y estima que para resolverla se impone, por disposición del artículo 18 segundo inciso de la Constitución, la aplicación del principio *in dubio pro homine*.

Visto de esta forma, pasa a concluir que al actuar el medicamento Postinor 2, en una de sus etapas, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano. El derecho fundamental resultaría violado y se podría causar un daño grave e irreparable a un grupo de seres humanos cuyo número no puede cuantificarse a priori.

Con base en estos argumentos, la Sala resolvió:

> […] dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.[32]

Concedió el amparo constitucional y suspendió definitivamente la inscripción del medicamento Postinor 2/Levonorgestrel 0.75 y su certificado de registro sanitario.

El Tribunal Constitucional del *Perú*,[33] por el contrario, al resolver el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, a propósito de una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud, dirigida a obtener que, de acuerdo con las resoluciones ministeriales n.os 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM se garantizara la provisión de información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo, resolvió que "en estricto acatamiento de las normas debidamente

[32] Nótese el contraste con la argumentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en la sentencia de 2008 relativa al aborto; igualmente con la postura de la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-355/2006, relativa también al aborto.

[33] Perú, Tribunal Constitucional, sentencia 7435/2006.

aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los diversos informes *amicus curiae* así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos), estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento", declaró fundada la acción, y, en consecuencia, ordenó cumplir las resoluciones vigentes a la fecha sobre la materia de la demanda.

En *Argentina*,[34] la Suprema Corte conoció de un recurso extraordinario elevado por la asociación civil sin fines de lucro Portal de Belén contra la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en un juicio de amparo en el que los argumentos de la demandante eran parecidos a los presentados en el caso ecuatoriano, contra la píldora de nombre Inmediat. El *a quo* había estimado que la acción del fármaco proponía interrogantes de tal magnitud que el recurso de amparo resultaba inadecuado por su limitado contenido probatorio. La actora elevó recurso extraordinario; la Corte Suprema, teniendo en cuenta que estaba en juego la protección del derecho a la vida reconocido a toda persona desde la concepción al tenor del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que dicha protección "se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por minoridad o por no haber nacido aún", admitió el recurso, revocó la sentencia recurrida y ordenó devolver el expediente al tribunal de origen para que dictara una "ajustada a derecho".

## 4. Palabras finales

Hemos tratado de referirnos solo a los logros científicos que directa o tangencialmente han ocupado la atención de los tribunales y cortes constitucionales de América Latina, de acuerdo con las sentencias que de ellos recibimos; por tal razón no hemos aludido a los problemas éticos y jurídicos que plantean, por ejemplo, la selección de embriones, la biología sintética, el empleo de los nuevos conocimientos para la producción de armas biológicas, los contratos de gestación sustitutiva y muchos más.

[34] Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 5 de marzo de 2002.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 433-442, ISSN 1510-4974

**Víctor E. Orozco Solano (Costa Rica)***

# Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva

## RESUMEN

**En el presente artículo se pretende describir la noción del derecho penal máximo o del enemigo y analizar sus distintas implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen el derecho procesal penal y el derecho penal de fondo. La finalidad es determinar en qué medida esta concepción del derecho penal supone un severo quebranto a los derechos consagrados en la Constitución Política, así como el desconocimiento de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.**

**Palabras clave: Constitución política, garantías constitucionales, derechos fundamentales, proceso penal, derecho penal del enemigo, Costa Rica.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der vorliegende Artikel beabsichtigt eine Beschreibung und Analyse des Begriffs des Feindstrafrechts hinsichtlich seiner Bedeutung für die dem Strafprozessrecht und dem Strafrecht zugrunde liegenden Verfassungsprinzipien. Dabei soll herausgefunden werden, inwiefern dieser Strafrechtsansatz einen ernsthaften Bruch mit den in der Verfassung verankerten Rechten und eine Missachtung der internationalen Instrumente zum Schutz der Menschenrechte darstellt.**

**Schlagwörter: Verfassung, verfassungsrechtliche Garantien, Grundrechte, Strafprozess, Feindstrafrecht, Costa Rica.**

## ABSTRACT

**This paper intends to describe the notion of enemy criminal law and to discuss its implications for the constitutional principles that govern procedural and substantive criminal law. The purpose is to determine**

---

* Master en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha y la Universidad de Costa Rica; así como en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Autor de varios libros especializados. Letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. ‹victorozcocr@gmail.com›

**to what extent this concept of criminal law implies a severe infringement of the rights enshrined in the Political Constitution and ignores the international instruments as regards human rights.**

**Key words: Political constitution, constitutional guarantees, fundamental rights, criminal procedure, enemy's criminal law, Costa Rica.**

## 1. Introducción

Mientras el derecho penal liberal tiene por objeto asegurar la observancia oportuna de todos los principios constitucionales que informan el derecho penal de fondo y procesal, el derecho penal máximo o del enemigo, en cambio, los relativiza para dotar al ciudadano de una aparente seguridad.

En efecto, este derecho penal del enemigo, o derecho penal moderno, como también se le conoce, no solo tiende hacia una ampliación del ámbito de regulación del derecho penal, sino también a una flexibilización de las garantías constitucionales para asegurar el descubrimiento de la verdad real.

Y es que el derecho penal del enemigo se ha propuesto como una alternativa frente a determinadas situaciones violentas —por ejemplo, los casos de terrorismo, drogas, delitos de explotación sexual, infantil y comercio ilegítimo de órganos— en las cuales no parece suficiente la respuesta ofrecida por el derecho penal liberal.

De esta manera, en este breve ensayo se analizarán algunas manifestaciones del derecho penal máximo sobre los principios constitucionales que deben ser observados por la justicia penal sustantiva y procesal, manifestaciones que desconocen el contenido esencial de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

## 2. El origen de la noción del derecho penal del enemigo

Aunque gran parte de la doctrina atribuye el origen del derecho penal del enemigo al profesor alemán Günther Jakobs, en realidad estas ideas cuentan con el aval de una sólida tradición filosófica, en la cual destaca sin duda el planteamiento elaborado por Thomas Hobbes. Para este autor británico, "los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más sobresaliente […] sería la falta de seguridad cognitiva. Para Hobbes, el bien supremo del hombre es su propia existencia, y en el estado de naturaleza no está asegurada, sino en permanente peligro".[1]

[1] Sobre el particular, es preciso revisar Luis Gracia Martín: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n.º 07-02, ‹http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf› (30.6.2008). En efecto, este autor afirma que Hobbes tiene por enemigos a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan no estar dispuestos a observar las leyes de naturaleza y, en la medida en que de dicho pacto "se deriva la obligación de observar todas y cada una de las leyes civiles", tampoco ninguna de estas leyes civiles. Los hechos (pecados) que cometen los enemigos constituyen crímenes de lesa majestad, consistentes en dichos o hechos por los que "un ciudadano o un

Este derecho penal del enemigo se caracteriza, entre otras cosas, por anticipar la punibilidad respecto de actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros, con lo que se potencia la noción de peligrosidad; también se manifiesta por la desproporcionalidad entre la conducta atribuida y la sanción aplicable, la restricción de las garantías a los imputados, así como el olvido de determinadas regulaciones del derecho penitenciario, que endurecen la clasificación de los internos.[2]

Sobre el particular, se debe cuestionar si en las sociedades democráticas existen ciertos comportamientos que justifiquen un tratamiento diferenciado por los operadores jurídicos y la flexibilización de los alcances del derecho penal liberal. Para Jakobs la respuesta es afirmativa, pues existen individuos que deben ser tratados como enemigos, teniendo en consideración la habitualidad y profesionalidad con que realizan sus actividades, así como su pertenencia a organizaciones enfrentadas al derecho.[3]

En realidad, no existe ninguna razón que respalde la idea de aplicar un derecho penal especial a determinados individuos, en que se exima a las autoridades estatales de su obligación de observar los principios constitucionales que informan la justicia penal.

Y es que en la actualidad es relevante la forma como determinados actores sociales dramatizan el alcance de situaciones violentas para impulsar criterios más represivos de política criminal, así como la aprobación de reformas legales que menoscaban el goce de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en la República.[4] En este sentido, se debe advertir que el propio término *derecho penal del enemigo* ostenta una carga valorativa e ideológica muy importante, que busca precisamente su aceptación como alternativa para la lucha o el combate contra estos fenómenos.

Así, por ejemplo, en el contexto de la denominada *guerra contra el terrorismo,* el senador Miguel Pichetto firmó el 11 de septiembre de 2002 un proyecto de ley que intenta atribuir un rol a las fuerzas armadas, y contiene severas restricciones a las libertades públicas.[5] Nótese como este proyecto fue firmado precisamente en el primer aniversario de los ataques a los edificios de las Torres Gemelas y al Pentágono, para favorecer su aceptación como una herramienta valiosa en la lucha contra el terrorismo.

El *enemigo,* según Jakobs, es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización ha abandonado el derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo anterior, es razonable que se excluya a este particular del pleno disfrute de los principios o derechos fundamentales que rigen el derecho penal

súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado", o bien en actos de "hostilidad contra la organización actual del Estado" y "contrarios a una ley fundamental". Por esto, aquel que tiene garantías suficientes de que los demás observarán las leyes naturales para con él, y, no obstante, "no está dispuesto a observarlas para con ellos, estará de hecho buscando la guerra y no la paz, y consecuentemente estará buscando la destrucción de su naturaleza por la violencia.

[2] Véase Gracia Martín: o. cit.

[3] Ibídem.

[4] Tal es el caso de los medios de comunicación colectiva, quienes en muchas ocasiones favorecen la implementación de reformas legales represivas.

[5] Véase Carlos J. Lascano: "La cruzada de Ricardo Núñez contra el derecho penal autoritario", en ‹http://www.alfonsozambrano.com/dpe/cruzada_dpa.doc› (30.6.2008).

procesal y de fondo.[6] En este orden de ideas, el enemigo es una *no persona* que con su comportamiento se ha puesto al margen de la sociedad y, con ello, ha dejado de ser titular de los derechos constitucionales que deben ser observados por los operadores de la justicia penal.

Todas estas consideraciones son las que justifican un tratamiento diferenciado de estos individuos respecto de otros imputados, en el entendido de que la justicia penal tiende a resultar insuficiente para asegurar a los demás particulares el pleno goce de sus derechos, así como la seguridad de sus bienes jurídicos.

De esta forma, y de acuerdo con Fabián Riquert y Leonardo Palacios, tras el derecho penal del enemigo aparecen de manera intempestiva cuestiones nada similares a la seguridad y la paz social, sino que persiguen fines completamente opuestos a los que aparentemente defienden. Así, una vez efectuada la construcción teórica de identificar al *enemigo* como aquel que se encuentra *fuera del sistema sin intención de regresar* (justamente en razón del grado de profesionalización con que realiza su actividad delictiva), tampoco le corresponden las garantías del sistema. Se identifica entonces al *enemigo* como *no persona,* y de esta forma el Estado con su poder punitivo puede intervenir de la forma más agresiva, violando garantías y derechos que ya se encontraban pacíficamente consagrados en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos (por ejemplo, en los casos de confesión bajo tortura, incomunicaciones prolongadas, detenciones sin que se expresen los motivos y sin control del imputado ni judicial).[7]

De modo que frente al enemigo, la no persona o el no ciudadano, el Estado puede soslayar los derechos de que goza todo particular, para reprimir a este sujeto y dotar a los demás ciudadanos de una falsa seguridad. Con este propósito, cada ciudadano sacrifica diversos ámbitos de su libertad a fin de que el sistema funcione y sea eficiente.

Es evidente que esta concepción no es compatible no solo con el derecho penal liberal, sino tampoco con el Estado democrático de derecho, con lo que desde ningún punto de vista son admisibles los intentos que pretenden conciliar ambas nociones del derecho penal.

Según esta teoría, el tránsito del ciudadano al enemigo se produciría por medio de la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y la integración en organizaciones delictivas estructuradas, con las que se pone en evidencia una situación práctica de peligrosidad.[8] Al respecto, Silva Sánchez califica este fenómeno como la *tercera velocidad* del derecho penal, en la cual "el derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales".[9]

Son innumerables las manifestaciones del derecho penal máximo, en las vertientes procesal y sustantiva, que relativizan el disfrute de los derechos fundamentales.

---

[6] Véase Fabián L. Riquert y Leonardo P. Palacios: "El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley, Revista Universitaria,* año V, n.º 3, junio del 2003, ‹http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf› (30.6.2008).

[7] Véase ibídem.

[8] Véase Jesús María Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal*, Madrid: Cívitas, 2.ª ed., 2001, pp. 164-165.

[9] Ibídem, p. 163.

## 3. El derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen el derecho penal sustantivo

En el ámbito sustantivo, el derecho penal del enemigo no solo se manifiesta con las iniciativas de reformas legales que tienen por fin aumentar las penas a determinados actos,[10] sino también con la implementación de tipos penales en los que únicamente se protegen bienes jurídicos de naturaleza indeterminada, en los que no se tutelan los derechos de terceros, sino entidades colectivas tales como el ambiente, la administración pública, el monopolio monetario o los intereses de los consumidores, entre otros.

Tal es el caso, por ejemplo, de las drogas y de la mayoría de los tipos penales consagrados en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, n.º 8204, del 26 de diciembre del 2001, publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* n.º 8, del 11 de enero del 2002, en los cuales se pone de manifiesto, por un lado, la inexistencia de un bien jurídico protegido —pues se tutela en términos generales la salud pública— y, por otro, la necesidad de sancionar determinados hechos preparatorios según la noción del derecho penal de autor y de peligro.

Asimismo, los tipos están redactados en términos tan generales y ambiguos que son completados por el juez a la hora de imponer una pena privativa de la libertad.[11] Es clara sin duda la afectación de los principios de legalidad en sentido estricto[12] y de lesividad, en los términos en que están consagrados en los artículos 28 y 39 constitucionales.[13]

---

[10] Sobre el particular, se puede consultar la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, n.º 7899, del 3 de agosto de 1999, publicada en *La Gaceta,* n.º 159, del 17 de agosto de 1999, en la cual se aumentaron las penas de los tipos contemplados en el Código Penal.

[11] Al respecto, el artículo 58 de la ley n.º 8204, del 26 de diciembre del 2001, estipula: "Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos. La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas".

[12] En este sentido, Luigi Ferrajoli, distingue el principio de estricta legalidad del de mera legalidad del siguiente modo: "[…] en relación con el estatuto semántico de las leyes he distinguido en primer lugar entre estricta legalidad y mera legalidad, según que las previsiones legales de las figuras delictivas estén más o menos dotadas de denotación empírica taxativa. He definido después el principio de mera legalidad como una regla de distribución del poder penal que prescribe al juez determinar como delito lo que está reservado al legislador determinar como tal; y el principio de estricta legalidad como regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados verdaderos de los hechos procesalmente comprobados". Véase Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2001, p. 378. *Antología del Curso de Justicia Penal Constitucional,* Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia, 2005.

[13] Al respecto, el artículo 28 de la Constitución Política establece: "Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas".

Pero las reformas legales en esta materia no se limitan a los supuestos mencionados; por el contrario, el alcance del derecho penal máximo es mucho más amplio, con lo que no se pueden enumerar de modo taxativo las situaciones en que se manifiesta.

Este fenómeno también es conocido como la expansión del ordenamiento penal, en cuya virtud la actividad legislativa se ha decantado por sancionar supuestos de criminalización en el estado previo a lesiones de bienes jurídicos, con penas desproporcionadamente altas,[14] partiendo de la errada concepción de que todo evento dañoso debe ser sancionado con pena privativa de la libertad.

En algunos casos, esta penalización tiene un efecto meramente simbólico: dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido y criminalizar meros actos de comunicación.[15] En tales supuestos, y ante la imposibilidad práctica de implementar la aplicación de esos tipos, el propio sistema penal depura qué delitos deben ser sancionados con prisión, todo lo cual sin duda genera en la víctima una sensación de incredulidad hacia el aparato punitivo.

Por otro lado, con el proyecto de "Creación del Registro de Delincuencia de Personas que han cometido delitos y contravenciones contra menores de edad (Ley de Kattia y Osvaldo), Expediente N.º 15.348" se pretendía prohibir a todas aquellas personas que fueran condenadas por esos delitos el trabajo dentro de lo que el proyecto define como "puesto de contacto con personas menores de edad"; además, se atribuía al "Registro Judicial de Delincuentes" el deber de elaborar y mantener una base de datos actualizada sobre estas personas.

En este supuesto, es claro cómo un determinado hecho puede ser manipulado para formar opinión pública y exigir la aprobación de un proyecto de ley en que se soslayan varias garantías fundamentales, entre ellas los derechos consagrados en los artículos 24 y 40 constitucionales,[16] así como el derecho a la autodeterminación informativa.

---

Mientras que el artículo 39 ídem estipula: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores".

[14] Sobre el particular véase Manuel Cancio Meliá: "¿'Derecho penal' del enemigo?", en Jakobs y Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Cívitas, 2003.

[15] Ibídem.

[16] El artículo 24 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece: "Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la Ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

En Centroamérica, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia de las 15:00 del 1.º de abril del 2004, declaró inconstitucionales varios artículos de la Ley Antimaras (LAM), decreto legislativo n.º 158, del 9.10.2003, publicado en el *Diario Oficial* n.º 188, tomo 361, correspondiente al 10.10.2003, que contiene la LAM.

En este pronunciamiento se consideró que las disposiciones impugnadas lesionan el derecho de la Constitución, en cuanto se fundamentan en el derecho penal máximo, en detrimento de las garantías constitucionales de que goza cada persona.[17]

## 4. Algunas manifestaciones del derecho penal máximo o del enemigo en el proceso penal

Ahora bien, en lo que atañe al proceso penal son múltiples las manifestaciones del derecho penal del enemigo, en la medida en que se privilegia la búsqueda de la verdad real por sobre otros fines del procedimiento, entre ellos, el máximo respeto de los derechos del imputado. Tal sería el caso de la posibilidad de los jueces integrantes de un tribunal de juicio de solicitar prueba para mejor proveer, según está contemplado en el artículo 355 del Código Procesal Penal,[18] en la cual se soslaya la plena observancia del principio acusatorio y, en general, el derecho al proceso debido del imputado.

Otro ejemplo lo constituye la suspensión del proceso a prueba,[19] en el que se echan de menos las garantías fundamentales del encartado (entre ellas, el principio de inocencia y el derecho de defensa, justamente en cuanto se lo obliga a reconocer o admitir el hecho

---

"La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación".

Por su parte, el artículo 40 ídem estipula: "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula".

[17] En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional salvadoreño dispuso: "[…] el modelo de Derecho Penal máximo —incondicionado e ilimitado— es el que se caracteriza, además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación. B. La opción constitucional por el Derecho Penal mínimo, en preferencia al Derecho Penal máximo, viene justificada "e incluso impuesta jurídicamente" porque la protección de los bienes jurídicos implica un poder lleno de consecuencias restrictivas sobre las libertades de los ciudadanos".

[18] El artículo 355 del Código Procesal Penal estipula: "*Prueba para mejor proveer.* Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento".

[19] Sobre el particular, el artículo 25 del Código Procesal Penal dispone: "*Procedencia.* Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida o con la extinción de la acción penal por reparación del daño. Para tales efectos, el Registro

atribuido) con el fin de hacer más eficiente el funcionamiento del sistema penal, sin tener en consideración que en un proceso penal el imputado no se enfrenta únicamente a la víctima, sino a todo el aparato estatal; de ahí, justamente la importancia de velar por el máximo respeto de los principios aludidos. Al respecto, sin duda es evidente la afectación del contenido esencial del derecho de defensa en la aplicación del instituto aludido.

Pero lo más peligroso de las disposiciones del derecho penal del enemigo es que las instituciones del derecho procesal penal pueden ser manipuladas para satisfacer ciertos fines políticos y suprimir determinadas asociaciones legítimas, como los grupos religiosos y sindicales, por ejemplo, con lo que puede ser una herramienta muy útil para desconocer sin mayor sustentación los derechos fundamentales de quienes las integran. Es claro que todas estas manifestaciones sin duda exigen una estricta ponderación de los intereses y los derechos fundamentales que se ven afectados en estas situaciones, con el fin de no causar a los particulares una discriminación ilegítima, contraria a su dignidad personal, o un desconocimiento pleno de sus derechos.

En el ámbito procesal también son significativos los casos de las intervenciones telefónicas y el acceso a los datos sensibles de las personas, en los que la presión ejercida por los actores sociales aludidos favorece una injerencia mayor de las autoridades públicas —con lo que se amplían las posibilidades de acceder a una llamada— en detrimento del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Política,[20] cuyo contenido esencial sin duda es desconocido a causa de tales acciones.

Pero la presión ejercida por diversos actores sociales también permite cuestionar la independencia de los jueces penales, cuyo criterio sobre una determinada imputación se puede ver previamente afectado y así forzar el resultado de un procedimiento. Al respecto, son ilustrativas las causas penales instauradas contra los ex presidentes de la República, en las cuales los medios de comunicación han intervenido ampliamente, incluso en la adopción de las medidas cautelares.

---

Judicial llevará un archivo de los beneficiados. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal.

"La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa.

"Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba. En audiencia oral, el tribunal oirá sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido así como al imputado y resolverá de inmediato, salvo que difiera esta discusión para la audiencia preliminar.

"La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad.

"La suspensión del procedimiento podrá solicitarse en cualquier momento antes de acordarse la apertura a juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

"Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión".

[20] Ya se ha mencionado el contenido de esta disposición relativo a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Otro ejemplo relevante se verifica cuando en materia de drogas se fundamenta la medida cautelar de prisión preventiva a un encartado con menos rigurosidad que en otros delitos, omitiendo valorar si concurren en realidad los peligros procesales de fuga, reiteración y no obstaculización.

En este orden, incluso la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.º 6053-98 de las 15:50 del 25 de agosto de 1998, admitió la posibilidad de los operadores jurídicos de brindar un tratamiento diferenciado a los imputados por el delito de infracción a la Ley de Psicotrópicos, del siguiente modo:

> La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima, obviamente, la decisión de los tribunales de mantener en prisión —y denegar la excarcelación— de cualquier imputado, cuando medien razones procesales objetivas, con el fin de facilitar la averiguación de los hechos y establecer las responsabilidades correspondientes. Todo esto, dentro del equilibrio que debe existir entre el derecho a la libertad y el estado de inocencia que perdura durante el proceso, por una parte, y la necesidad social de que se haga justicia por la otra. Dentro de esa perspectiva, la detención en flagrancia, la instrucción inconclusa (puesto que se investiga el paradero del resto de la droga que se suponía involucrada en la negociación abortada) y la proximidad del debate, en que fundamenta la autoridad judicial recurrida su decisión, son causas que reiteradamente esta Sala ha admitido como legítimas para mantener en prisión al imputado y así corresponde hacerlo en este caso. No puede dejar de indicarse, a este propósito, que la experiencia judicial, y particularmente de la justicia constitucional, hace necesario tener presente que la delincuencia de narcotráfico es especial y que también especiales son los autores y sus métodos de trabajo. Incluso, no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización (u organizaciones) que generalmente los respalda, hacen que puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia.

De la sentencia transcrita se deduce, sin duda alguna, la aplicación de criterios relativos al derecho penal del enemigo, y se soslaya que la medida cautelar de prisión preventiva más bien debe ser decretada de manera excepcional, únicamente en la medida en que resulta necesaria para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal. De lo contrario, el juez penal debería decretar medidas alternativas.

De esta forma, en el supuesto mencionado la actuación de los jueces penales sin duda lesiona y vacía el contenido de la libertad personal de los imputados, todo lo cual debería ser reparado por la Sala Constitucional al conocer de los recursos de hábeas corpus que se promuevan contra estos actos jurisdiccionales, en los términos reconocidos por el artículo 48 constitucional.[21]

---

[21] El artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica estipula: "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener 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 a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10".

## 5. Conclusión

Con fundamento en las razones expuestas, fácilmente se concluye que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en que se obliga a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que solo es aparente, muchas veces potenciada por una lectura sesgada, o manipulada, de ciertos actos violentos.

Es claro entonces que estas manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales (por ejemplo) o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

## Bibliografía

Armijo Sancho, Gilbert: *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2.ª ed., 2001.

Cancio Meliá, Manuel: "¿'Derecho penal' del enemigo?", en Jakobs y Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo,* Madrid: Civitas, 2003.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid: Trotta, 2001.

González-Cuellar Serrano, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Madrid: Colex, 1990.

Gracia Martín, Luis: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del Enemigo'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 07-02, 2005, ‹http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf› (30.6.2008).

Jaén Vallejo, Manuel: *Derechos fundamentales del proceso penal*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004.

Mendoza Buergo, Blanca: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada: Comares, 2001.

Lascano, Carlos J.: "La cruzada de Ricardo Núñez contra el derecho penal autoritario", en *Doctrina Penal,* ‹http://www.alfonsozambrano.com/dpe/cruzada_dpa.doc› (30.6.2008).

Riquert, Fabián L., y Leonardo P. Palacios: "El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley, Revista Universitaria,* año V, n.º 3, junio del 2003, ‹http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf› (30.6.2008).

Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del derecho penal,* Madrid: Civitas, 2.ª ed., 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1985.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 443-482 ISSN 1510-4974

**María Sofía Sagüés (Argentina)***

# Luces y sombras en los juicios al terror. El peregrinaje de la Suprema Corte de los Estados Unidos hacia el reconocimiento de la tutela judicial**

## RESUMEN

**Tras los atentados acaecidos en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001, el Poder Ejecutivo y el Congreso adoptaron una serie progresiva de medidas, entre las que se destaca la calificación de individuos como *enemigos combatientes,* y el dictado de leyes que establecen comisiones militares para el juzgamiento de las pretensiones deducidas por ellos con miras al control de su detención. Tanto los tribunales como la sociedad se mostraron escindidos frente a una situación en la que habrían entrado en conflicto valores fundamentales como el respeto a las libertades individuales y la seguridad nacional. Con la comunidad internacional atenta, la respuesta aportada por la Suprema Corte en diversos hábeas corpus intentados por los detenidos presentaba una tutela fragmentada y parcelada, gestada en apretadas mayorías. El reciente pronunciamiento dictado en la causa *Boumediene et al.* implicó el triunfo del debido proceso, mediante el reconocimiento del derecho a una revisión amplia de su categorización como *enemigo combatiente.***

**Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, debido proceso legal, recurso de hábeas corpus, control de constitucionalidad, aplicación de la ley, jurisprudencia comentada, terrorismo internacional, Suprema Corte de Estados Unidos, prisión de Guantánamo, Estados Unidos.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Nach den Attentaten in den Vereinigten Staaten von Amerika vom 11. September 2001 haben die Regierung und der Kongress nacheinander mehrere Massnahmen ergriffen, zu denen insbesondere die Einstufung von Personen als *feindliche Kämpfer* und die Verabschiedung von Gesetzen zur Einrichtung von Militärausschüssen zur Beurteilung der von ihnen vorgebrachten Forderungen nach Überprüfung ihrer Haft gehörten. Angesichts einer Situation, in der grundsätzliche Werte wie die Einhaltung der Grundrechte einerseits und**

---

* Máster en Derecho Constitucional, Georgetown University (Washington DC). Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. ‹mssagues@gmail.com›

** La autora expresa su agradecimiento a la Comisión Fulbright Argentina.

die nationale Sicherheit andererseits miteinander in Konflikt geraten zu sein schienen, zeigten sich die Gerichte und die Gesellschaft gespalten. Mehrere von der internationalen Gemeinschaft aufmerksam beobachtete Beschlüsse des Supreme Court zu Haftprüfungsanträgen von Gefangenen entschieden mit knapper Mehrheit für einen teilweisen, eingeschränkten Schutz. Mit der vor Kurzem ergangenen Entscheidung im Fall *Boumediene et al.* hat sich über die Anerkennung des Rechts auf eine umfassende Überprüfung ihrer Einstufung als *feindliche Kämpfer* die Position des rechtmässigen Verfahrens durchgesetzt.

**Schlagwörter:** Grundrechtsschutz, rechtmässiger Prozess, Haftprüfungsantrag, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Gesetzesanwendung, kommentierte Rechtsprechung, internationaler Terrorismus, Supreme Court der Vereinigten Staaten, Gefängnis von Guantánamo, Vereinigte Staaten von Amerika.

## ABSTRACT

After the attacks of September 11, 2001 in the United States, the Executive Power and the Congress adopted a progressive set of measures, including the label of *enemy combatant* and the enactment of laws that provide for military commissions to judge claims in order to control their detainment conditions. Courts and also the society proved to be split from the situation where there seemed to be conflicting fundamental values such as the respect for civil rights and national security. Under the attentive look of the international community, the reply of the Supreme Court to different petitions for writs of habeas corpus by the detainees showed a fragmented and divided protection, managed by tight majorities. The recent judgment in the case *Boumediene et al* implied a victory of the due process of law through the recognition of the right to a wide revision of his classification as *enemy combatant*.

**Key words:** Protection of fundamental rights, due process of law, petition for a writ of habeas corpus, constitutionality control, law enforcement, annotated jurisprudence, international terrorism, US Supreme Court, Guantanamo Bay Detention Camp, United States.

*Liberty and security can be reconciled.*[1]
*La Constitución de los Estados Unidos de América es ley para los legisladores y la gente, igual en Guerra y paz, y cubre con la manta de su protección toda clase de hombres, en todos los tiempos, y bajo todas las circunstancias.*[2]

## 1. Escenario del conflicto

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 no solo impactaron de lleno en la sociedad estadounidense, sino que pusieron en jaque la reacción del ordenamiento jurídico de un país que ha gestado su tradición sobre la base de un protagónico y profundo desarrollo de la doctrina constitucional. Frente a una realidad impactante, y con la comunidad internacional pendiente de la situación, los operadores de EUA han adoptado medidas de diversa índole que han generado reacciones dispares dentro de sus fronteras y en distintos sectores del globo.

La primera de las respuestas tuvo su génesis en una resolución del Congreso, aprobada una semana después de los ataques al World Trade Center, que autorizó al presidente a "usar toda la fuerza necesaria y apropiada" contra cualquier persona que, a su entender, se encontrara envuelta en esfuerzos para conducir futuros actos de terrorismo contra Estados Unidos (AUMF).[3] Asimismo, la USA Patriot Act,[4] con base en el uso de poderes de emergencia durante "circunstancias extraordinarias", ha sido imputada de "hacer vulnerable la libertad civil más básica de todas: el derecho a la revisión judicial de la autoridad ejecutiva".[5] Similares cuestionamientos recibió la Military Order 66 F.R. 57833,[6] en virtud de la cual se estableció que los tribunales militares tendrían jurisdicción exclusiva respecto a los sospechosos de terroristas.

En este marco, el Poder Ejecutivo hizo uso de decretos que adjudicaban la categoría de *enemigo combatiente* a diversas personas. La multivocidad del término planteó serios conflictos en torno a su significado. El Departamento de Defensa lo ha definido como aquel "individuo que ha sido parte de o ha apoyado fuerzas talibanes o de Al-Qaeda, o fuerzas asociadas que se encuentran vinculadas con acciones hostiles contra los Estados Unidos o sus aliados. Esto incluye a cualquier persona que haya cometido un acto beligerante o haya apoyado directamente hostilidades en ayuda de las

---

[1] "La libertad y la seguridad pueden ser reconciliadas", USSC, "Boumediene et al. vs. Bush", 128, S. Ct. 2229 (2008).

[2] USSC, *ex parte Milligan,* 71 U. S. (4 Wall.) 2 (1866).

[3] Autorización para el uso de fuerza militar en escenarios extranjeros (AUFM).

[4] H. R. 3162, "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct terrorism" (USA Patriot) Act of 2001, Pub. L. n.º 107 § 10756, 2001.

[5] Melissa K. Mathews: "Current Public Law and Policy Issues: Restoring The Imperial Presidency: An Examination Of President Bush's New Emergency Powers", en *Hamline Journal of Public Law and Policy,* n.º 455, 2002, p. 464

[6] 13 de noviembre del 2001.

fuerzas armadas enemigas".[7] Sostuvo el gobierno que tal categorización podría implicar excluirlos de la consideración de tradicionales prisioneros de guerra —por lo que no se aplicaría el respectivo derecho humanitario— y de la de criminales ordinarios —con la consiguiente exclusión del pleno goce de sus derechos civiles y libertades fundamentales consagrados por la Constitución.[8]

Esta posición fue controvertida; ante la judicatura se planteó el derecho de acceso a la justicia de los *enemigos combatientes,* así como la potestad del Poder Ejecutivo de calificar a un sujeto en tales términos. La constitucionalidad de estos aspectos, junto con el dictado de detenciones indefinidas, incomunicaciones y negaciones del acceso a asistencia letrada, fue cuestionada ante los tribunales, dentro de los denominados *casos pos-9/11*.[9] Posteriores decisiones legislativas ahondaron aún más el conflicto.

El tema ha convocado notoriamente a la opinión pública e implica un conflicto de intereses para el pueblo norteamericano. Los casos han puesto en crisis dos temas nucleares: el balance entre los derechos civiles y libertades fundamentales y la necesidad de protección de la seguridad nacional, por una parte, y el accionar de las ramas de gobierno ante situaciones de emergencia, por otra.

Se ha generado un enfrentamiento entre quienes procuran la defensa de la seguridad a ultranza y aquellos quienes postulan su mantenimiento dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales.[10] En esta línea, por ejemplo, la American Bar Association[11] desde febrero del 2003 ha adoptado la política de urgir que aquellos ciudadanos estadounidenses y residentes detenidos como *combatiente enemigo* reciban el reconocimiento de determinados derechos procesales, incluidos la oportunidad de completa revisión judicial de su categorización y el derecho de acceso a un abogado.[12] Mientras determinados doctrinarios postulan que el presidente debe tratar a los terroristas como *criminales normales,* basándose únicamente en cortes civiles para penalizarlos, otros consideran que, al estar el país en guerra, un campo de batalla no es lugar para la aplicación de los derechos Miranda.[13]

---

[7] Ronald Dworkin: "Why it Was a Great Victory", en *The New York Review of Books,* vol. 55, n.º 13, 14 de agosto del 2008.

[8] Warren Richey: "Detainee cases hit court", en *The Christian Science Monitor,* 23 de enero del 2004. Véase asimismo Anne Gearan: "Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case", Associated Press, 4 de febrero del 2004; Dworkin: o. cit.

[9] Véase John Mintz: "Both sides say Tribunals will be fair Trials", en *Washington Post,* Washington DC, 23 de mayo del 2003, p. A 03.

[10] "No exceptions Rights", *Washington Post,* Washington DC, 5 de junio del 2003, p. A 32. Richard Delgado realiza un muy interesante análisis de las diversas reacciones sociales adoptadas en torno a la lucha contra el terrorismo en su obra *Justice at War, Civil Liberties and Civil Rights during times of Crisis,* Nueva York: New York University Press, 2003, capítulo 4.

[11] Asociación de Abogados de Estados Unidos.

[12] La ABA también había requerido que tribunales militares fueran autorizados a llevar adelante juicios sobre sospechosos de terrorismo solamente en delimitadas circunstancias, y que dichos procedimientos para juicios de primera y segunda instancia fueran gobernados generalmente por el Código Uniforme de Justicia Militar. Finalmente, se opuso a la incomunicación de detenidos extranjeros por el servicio de inmigración y naturalización del Departamento de Seguridad Nacional. Rhonda McMilion: "ABA Leaders Zero in on a Dozen Key Issues for Advocacy Efforts in Congress", en *ABAJ,* n.º 68 (traducción de la autora).

[13] Richey: o. cit.

Por otra parte, estos hechos también han despertado el replanteamiento del sistema de frenos y contrapesos. El gobierno sostiene que el diagrama constitucional no se ha visto alterado, ya que, a través de la resolución ya citada, el presidente está autorizado por el Congreso para el uso de facultades extraordinarias. Sin embargo, la interpretación de dicha autorización genera divergencias, como se analizará más adelante.

Asimismo, en los *juicios al terror* subyace la problemática del poder de las cortes para controlar al Ejecutivo en la toma de decisiones en estas circunstancias excepcionales.[14] Entre las posiciones críticas, puede citarse a Olson, quien ha sostenido que "el presidente está más capacitado que las Cortes de Apelaciones para decidir cómo es mejor manejarse frente a Padilla […] Los jueces tienen poco o ningún basamento en el delicado negocio del servicio de inteligencia".[15] A ello se suma cierta orfandad de precedentes, ya que los anteriores pronunciamientos de la Corte respecto a la seguridad nacional refirieron a la guerra en un sentido tradicional, de "conflicto armado en una guerra declarada entre naciones", frente a lo cual la doctrina cuestiona si se podrían aplicar de manera automática a un conflicto no convencional y de final abierto contra terroristas.[16]

En un primer período, la Corte se pronunció en tres casos englobados en la categoría de *enemy combatant Cases: Rasul, et al. v. Bush,*[17] *Hamdi v. Rumsfeld,*[18] y *Rumsfeld v. Padilla.*[19] Posteriormente, se pronunció en un nuevo hábeas corpus introducido por Padilla.[20] Finalmente, en el caso *Handam v. Rumsfeld*[21] abrió su espectro a la aplicación de la Convención de Ginebra.

Si bien deben resaltarse algunos aspectos positivos de los pronunciamientos, la jurisprudencia aportaba una respuesta gris a una temática exigente. El último de los precedentes dictados, *Boumediene et al v. Bush,*[22] implicó un compromiso del tribunal cimero a la tutela judicial efectiva, y una respuesta amplia en torno al control de constitucionalidad. El peregrinaje de la Suprema Corte hacia este pronunciamiento había conllevado siete años de jurisprudencia zigzagueante y escalonada frente a relevantes violaciones a derechos fundamentales de los detenidos.

---

[14] Véase William G. Hyland Jr.: "Law v. National Security: When Lawyers make terrorism policy", *Rich. J. Global L. & Bus.*, vol. 7, n.º 247.

[15] Richey: o. cit.

[16] Scott Silliman, citado por Richey: o. cit.

[17] 124, S. Ct. 2686(2004).

[18] 124, S. Ct. 2633 (2004).

[19] 124, S. Ct. 2711 (2004).

[20] *Padilla v. Hanft*, n.º 05-533.

[21] Argued March 28, 2006 - Decided June 29, n.º 05-184. 2006.

[22] Decidido el 12 de junio de 2008, 128, S. Ct. 2229 (2008).

## 2. Lineamientos en torno al control de los poderes de guerra o de emergencia de la rama ejecutiva por la judicatura en los EUA

### 2.1. Aspectos normativos de la regulación de poderes de emergencia

A pesar de que la amplia mayoría de los documentos constitucionales contienen regulaciones de estados de emergencia en general o en particular,[23] la Constitución de los EUA no anticipa ninguna norma que pueda ser considerada una provisión específica del instituto de estado de emergencia genérico.[24]

Tres disposiciones del artículo II, § 2, de la Ley Suprema son utilizadas para dar base a la expansión del campo de acción de la rama ejecutiva en situaciones de esta índole: "el Poder Ejecutivo será investido en un presidente"; "él tendrá a su cargo el que las leyes sean fielmente ejecutadas", y él "será el comandante en jefe de la Armada y la Marina de los Estados Unidos de América".[25]

Por otra parte, la facultad del Poder Legislativo deriva de su capacidad de declarar la guerra, suspender el hábeas corpus, establecer o mantener una armada y una marina y proveer el llamado de la milicia.[26] El Congreso, asimismo, puede autorizar los poderes presidenciales mediante la implementación de previsiones estatuarias.[27]

El punto clave en la comprensión del texto constitucional estadounidense se encuentra en la delimitación del campo de acción de ambas ramas políticas de gobierno. Así, se ha sostenido:

> La participación del Congreso es necesaria tanto en la declaración de la emergencia como en el diseño de las medidas destinadas a restablecer el orden. En primer lugar, ciertos poderes de emergencia, tales como la declaración de guerra y la suspensión del hábeas corpus son exclusivamente del dominio el Congreso. En segundo lugar, el poder general de tomar acciones para proteger el gobierno de ataques externos e internos es dividido entre el presidente y el Congreso, dejando incierto el poder del presidente cuando actúa solo.[28]

---

[23] Venkat Iyer: "States of Emergency - Moderating their Effects on Human Rights", en *Dalhousie L.J.,* vol. 22, n.º 125.

[24] La más cercana referencia es la autorización al Congreso de suspender el *writ of habeas corpus* durante la guerra (Constitución de los EUA, artículo III.3). Véase Cass R. Sustein: "An Eighteenth Century Presidency in a twenty-first Century World", *Ark. L. Rev.,* vol. 48, n.º 13, 1995. La metodología legislativa adoptada es criticada no solo por la falta de una reglamentación general del uso de los poderes de emergencia, sino también por la vaguedad en determinar la naturaleza y el campo de acción del Poder Ejecutivo en asuntos externos. Alan I. Bigel: "The Supreme Court on Emergency Powers, Foreign Affairs and Protection of Civil Liberties 1935-1975", Lanham (Maryland): University Press of America, 1986.

[25] "[…] the executive power shall be vested in a President […]"; "[…] he shall take care that the Laws be faithfully executed"; and he "[…] shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States" (Constitución de los EUA, artículo II, § 2). Véase Mathews: o. cit., p. 23.

[26] Véase Harvard Law Review Association: "Developments in the Law. The National Security Interest and Civil Liberties. The exercise of Emergency Powers", en *Harvard Law Review*, 1972, p. 1284.

[27] 10 U. S. C. § § 331-33.

[28] Harvard Law Review Association: o. cit., pp. 1288-1289.

En este marco, la doctrina tradicional parte de considerar que solo debe aplicarse un control de índole política por el Congreso al uso de poderes de emergencia por el Ejecutivo, a través de la autorización para su ejercicio, y, finalmente, la posibilidad del juicio político al presidente.[29] No se admite ningún otro tipo de control. Hamilton, por ejemplo, consideraba que "el poder de autodefensa debe existir sin limitación, porque es imposible forzar o definir la extensión o variedad de exigencias nacionales; los límites constitucionales no pueden ser impuestos de manera sabia al poder que tiene a su cargo ese cuidado".[30] James Madison, en una posición menos extrema, sostuvo: "es vano oponer barreras constitucionales al impulso de autopreservación".[31]

En una posición contraria, se ha procurado defender el control de constitucionalidad ejercido por las cortes en torno al accionar de las restantes ramas de gobierno, partiendo de la idea práctica de que

> […] la Legislatura, así como el Ejecutivo, están sometidos a presiones populares de sobrerreaccionar ante una crisis. Es más, dado que las consecuencias políticas adversas de una respuesta que falla en aplacar el desorden pronta y efectivamente serán mayores que aquellas resultantes de un abusivo ejercicio de poderes de emergencia, las dos ramas políticas de gobierno aparecen como más tendientes a cometer errores en virtud de abusos. Para resolver este problema aparece como necesaria la futura salvaguarda de la revisión judicial.[32]

Dentro de esta línea de análisis, William H. Rehnquist[33] ha sostenido:

> No es deseable que en tiempos de guerra las libertades fundamentales ocupen una posición tan favorecida como la que ocupan en tiempos de paz. Pero sí es deseable que las Cortes pongan mayor atención en el análisis de los argumentos del Estado sobre la necesidad de restringir las libertades individuales. Las leyes no deben ser silenciosas en épocas de guerra, aunque deben hablar con una voz diferente.[34]

## 2.2. Directrices de la jurisprudencia previa de la Suprema Corte de los EUA en el control de la constitucionalidad de los poderes de emergencia

La jurisprudencia de la Suprema Corte en torno a la revisión judicial del ejercicio de los poderes de guerra y poderes de emergencia no resulta uniforme. Liminarmente, puede señalarse que se ha enfocado en dos aspectos: control formal-institucional y control de la eficiencia de la medida. Solo en casos aislados se admite un control de legalidad del contenido sustancial, basado en diversos parámetros.

---

[29] Mathews: o. cit., p. 464.

[30] Alexander Hamilton: *The Federalist*, n.º 23, citado por Mathews: o. cit. p. 461.

[31] James Madison: *The Federalist,* n.º 41. Dentro de esta línea de análisis puede encontrarse a Thomas Jefferson: "Letter from Thomas Jefferson to J. B. Colvin" (20 de septiembre de 1810), en *The Life and Selected Writings of Tomas Jefferson* (Adrienne Koch & Wiliam Peden, eds.), 1944, pp. 606-607.

[32] Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1294.

[33] Ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

[34] William H. Rehnquist: "All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime", 1998, pp. 224-225.

### *2.2.1. Control formal-institucional*

La posición clásica encuentra un caso paradigmático en *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer.*[35] En primer lugar se señala que el poder del presidente de emitir una orden debe derivar de un acto del Congreso o de la Constitución misma. Dado que en la mencionada causa no existió autorización del Congreso, el tribunal analizó también si la orden podía derivar del ejercicio de poderes de emergencia. La Suprema Corte rechazó este argumento aplicando la *teoría del poder actual;*[36] explicó que el poder de legislar emergencias pertenece al Congreso y no es posible afirmar su posesión por la rama ejecutiva sin estatuto.[37]

Mediante la referencia a un criterio más flexible, en *Dames & More v. Regan,*[38] el tribunal sostuvo que el presidente se puede considerar legitimado para disponer acciones en ejercicio de los poderes de emergencia, incluso sin autorización específica del Congreso si el interés puede derivarse del carácter de la legislación que el Congreso ha dictado en dicha área. Respecto a estas circunstancias, la Suprema Corte ha sostenido que una práctica largamente continuada, considerada por el Congreso como debida, puede llevar a presumir que la acción ha sido tomada con su consentimiento.[39]

### *2.2.2. Estándares de revisión judicial de las medidas de emergencia adoptadas por las ramas políticas del gobierno*

Si bien en algunos casos aislados la Suprema Corte ha requerido una revisión normal[40] sobre el accionar de las ramas de gobierno en épocas de emergencia, o bien la proporcionalidad de las medidas dictadas, en líneas generales se puede remarcar que el tribunal ha evolucionado, pasando por diversos parámetros de control. En primer lugar, su jurisprudencia partió de considerar que el Ejecutivo tenía discrecionalidad en la elección de las medidas de emergencia, y no reconocía intervención del tribunal en el control de estas si el primero había actuado de buena fe.[41] Posteriormente requirió la

---

[35] *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer,* 343 U. S. 579 (1952). Una orden del presidente dirigida al secretario de Comercio en torno a tomar posesión y operar la mayoría de las minas de hierro nacionales basada en la amenaza de una huelga fue invalidada por la Suprema Corte.

[36] *Current power theory.*

[37] 343 U. S. 579 (1952).

[38] *Dames & More v. Regan.* 453 U. S. 654 (1981).

[39] Ibídem.

[40] El tribunal revisa acciones de emergencia tomadas por el presidente Lincoln durante la guerra civil, con el criterio extremo de que "la acción gubernamental en emergencias está sujeta a las mismas limitaciones como si fueran acciones tomadas en tiempos normales". Véase *ex parte Milligan,* 71 U. S. (4 Wall.). 2 (1866), p. 126. Véase, asimismo, el análisis propuesto por Martin S. Sheffer: *The judicial development of presidential war powers,* Connecticut: Praeger, 1999, p. 29.

[41] *Moyer v. Peabody,* 212 U. S. 78 (1909), donde la Suprema Corte ha confrontado la necesidad de revisar las acciones tomadas por un gobernador estatal en torno a la declaración de ley marcial durante una violenta disputa laboral. Véase también United States-ex re. *Seymour v. Fischer,* 280 F. 208 (D. Neb. 1922); United States ex rel. *McMaster v. Wolters,* 268 F 69 (S.D. Tex. 1920); *Hatfield v. Graham,* 73, W. Va. 759, 81, S.E. 533 (1914). Véase, asimismo, Sheffer: o. cit., pp. 39-41.

relación directa entre la medida dictada y el fin de restablecer el orden, exigiendo que aquella fuera eficaz. En *Sterling v. Constantin*[42] el tribunal hizo una distinción entre el carácter conclusivo de la declaración de emergencia realizada por el Poder Ejecutivo y su elección de las medidas, para posteriormente subordinar a esto último al test de la *relación directa.*[43] El mismo criterio ha usado en los casos *Korematsu v. U. S.*[44] y *Hirabayashi v. U. S.*,[45] referentes a la constitucionalidad de las medidas de emergencia tomadas por el gobierno federal en época de guerra.[46]

En *National League of Cities v. Usery*,[47] la Suprema Corte realizó una interpretación expansiva de los poderes del Congreso y el presidente con miras a combatir una emergencia nacional.[48] Sin embargo, al referir a su decisión en *Fry v. United States,*[49] la Suprema Corte pareció adoptar un criterio convalidante del carácter efectivo de las

[42] Referente a la revisión de una ley marcial implementada por el gobernador de Texas con el propósito de que la milicia impusiera un límite de producción respecto al cual una corte estatal había limitado a la comisión reguladora estatal, el reclamo de emergencia se basó en un alegado pero no sostenido miedo a un levantamiento popular. *Sterling v. Constantin,* 287 U. S. 378 (1932).

[43] Ibídem, p. 1296.

[44] *Korematsu v. U. S.,* 323, U. S. 214, 223-23 (1944).

[45] *Hirabayashi v. U. S.,* 320 U. S. 81, 95 (1943).

[46] En ambos casos el tribunal realizó un análisis independiente, si bien restringido, sobre si fueron razonables las bases de hecho para concluir que las medidas habían sido necesarias para alcanzar los particulares peligros creados por la situación de emergencia. La reacción del gobierno estadounidense al ataque japonés a Pearl Harbor fue paradigmática: dos meses después de entrar Estados Unidos en la segunda guerra mundial, el Poder Ejecutivo facultó a las autoridades militares a crear zonas donde recluir a personas, cuyo derecho a permanecer o retirarse se encontraba sujeto a discrecionalidad de la autoridad militar. El Congreso dictó legislación que convertía en delito el violar órdenes emanadas de comandantes militares en el ejercicio de sus facultades, los cuales dispusieron que las personas de ascendencia japonesa (ciudadanos estadounidenses o no) debían abandonar sus viviendas en la costa oeste y reportarse en centros de asamblea, para posteriormente ser ubicadas en centros de relocalización. Ahora bien, debe aclararse que los casos citados no pasaron a la historia como decisiones "elogiables" del tribunal. Al contrario, más allá del hecho de que la Suprema Corte expresamente ponderara la "necesidad" de las medidas, estos casos recibieron críticas de los autores que consideraron que el tribunal había actuado con débil condescendencia en la evaluación de las acciones. Sheffer: o. cit. pp. 94/95 y 11/101.

[47] *National League of Cities v. Usery, Secretary of Labor,* 426 U. S. 833 (1976)

[48] Resuelve que "los límites impuestos bajo el poder de comercio cuando el Congreso busca aplicarlo a los estados no son tan inflexibles de prohibir limitaciones temporarias tendientes a combatir una emergencia nacional". Ibídem.

[49] *Fry v. United States,* 421 U. S. 542 (1975)

medidas dictadas.[50] Otros ejemplos son los casos *Dames & Moore v. Regan*[51] y *Regan v. Wald.*[52]

Finalmente, en la actualidad se va vislumbrando cómo la Suprema Corte ha ponderado, excepcionalmente, si existían o no medidas alternativas que resultaran menos perjudiciales para los derechos civiles y libertades fundamentales. Para explicar las razones que justifican esta opción se sostiene:

> […] requerir nada más que razonable o directa relación entre las medidas tomadas y el fin de restituir el orden es inadecuado. Para prevenir el abuso de los poderes de emergencia, las cortes deben revisar tanto si la emergencia existe, como, aún más importante, si las medidas tomadas fueron necesarias para restaurar el orden. El mejor estándar a adoptar sería un estricto estándar de necesidad que requiera que no existan para el gobierno otros medios alternativos que podrían haber sido efectivos como las medidas aplicadas, pero menos lesivos de las libertades individuales,[53] lo cual, asimismo, resultaría acorde a los principios consagrados por el orden internacional de los Derechos Humanos, en el ejercicio del control de constitucionalidad de los poderes de emergencia.[54]

En algunos casos el tribunal ha examinado la existencia de medidas alternativas; por ejemplo, en *Korematsu v. U. S.*[55] y *Hirabayashi v. U. S.,*[56] si bien, como se ha mencionado,

---

[50] *National League of Cities v. Usery, Secretary of Labor,* 426 U. S. 833 (1976), p. 853.

[51] La Suprema Corte realizó un análisis de las medidas tomadas por el presidente al suspender todas aquellas demandas y quejas de ciudadanos norteamericanos pendientes contra el gobierno de Irán, y la conveniencia de estas para restaurar el orden, considerándolas necesarias. *Dames & Moore v. Regan,* 453 U. S. 654 (1981). La Suprema Corte sostuvo: "el arreglo de las demandas ha sido considerado necesario para la resolución de una disputa relevante de política exterior entre este país y otro, y el Congreso ha consentido la acción presidencial". En su análisis, la Suprema Corte abrió su ámbito de revisión de los poderes de emergencia y sostuvo que con esa metodología no estaba invadiendo poderes de otras ramas de gobierno. La solución con miras a no invadir otra rama fue concentrarse en el argumento de que su análisis estaba restringido y enfocado a la concreta controversia bajo su jurisdicción. Debe recalcarse que en el presente caso no se analiza si hubo declaración de emergencia en sí, porque los peticionantes no cuestionaron la declaración formulada por Carter.

[52] *Regan v. Wald,* 468 U. S. 222 (1984). La mayoría de la Suprema Corte, en primer lugar, sostuvo que el presidente tiene autoridad para agregar una regulación restringiendo el ámbito de posibles transacciones relacionadas con viajes permisibles con Cuba y nacionales de cuba. Incluso manteniendo su anterior criterio de que la eliminación de la emergencia no es algo que pueda ser revisado por la Corte, el tribunal hizo un análisis de dichas circunstancias en el que calificó como "no normales" las relaciones entre los Estados Unidos y Cuba. Como consecuencia, concluyó refiriendo a la efectiva existencia de la emergencia y el análisis de la eficacia y eficiencia de las medidas implementadas.

[53] Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1297.

[54] Véase CIDH: *Reporte Anual,* 1974, OEA/Serv. L/V/II, 34, doc. 31, rev. 1, 1975, en ‹http://www.cidh.org/annualrep/74sp/indice.htm›; Corte IDH, caso *Walter Humberto Vázquez Vejarano,* Perú, 13 de abril del 2000, en ‹http://cidh.org/annualrep/99eng/merits/peru11.166.htm›, y Daniel Zovatto G.: *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina,* San José (Costa Rica): IIDH, 1999, p. 37, entre otros.

[55] *Korematsu v. U. S.,* 323, U. S. 214, 1944, p. 223.

[56] La Suprema Corte señaló que no se podía dejar de tener en cuenta el argumento de las autoridades militares de que era imposible realizar de manera inmediata una segregación de las

muchos autores critican estas decisiones puesto que entienden que la Corte actuó con demasiada condescendencia.[57] En *Powers Mercantile Co. v. Olson*[58] el tribunal convalidó unas restricciones a la propiedad sobre la base de que se habían intentado otras medidas que fallaron en restaurar el orden. En *Willson & Co. v. Freeman*[59] y *Strutwear Knitting Co. v. Olson*[60] consideró que el gobernador podría haber dispuesto medidas alternativas que no significaran una negación a los empleadores del derecho de su propiedad y que no implicaran una capitulación frente a las violentas tácticas de los trabajadores.[61]

La necesidad de la *proporcionalidad de las medidas* tomadas en circunstancias particulares fue requerida por la Suprema Corte de 1849 en *Luther v. Borden,*[62] cuando, después de señalar que la declaración y evaluación de las circunstancias de emergencia es trabajo de las ramas políticas del gobierno, no susceptible de controlarse por la judicatura, sostuvo que "no puede usarse más fuerza que la necesaria bajo las circunstancias".[63]

En síntesis, la tendencia mostraba una Suprema Corte interesada en respetar la división de poderes, pero que también analizaba mínimamente la necesidad de la medida tomada durante períodos de emergencia. El requerir la existencia de una relación entre la acción ejecutada y la restauración del orden contribuye también a limitar el ejercicio de los poderes de emergencia, pero solo bajo un análisis práctico de efectividad. El análisis de la existencia de una medida menos restrictiva solo se ha utilizado excepcionalmente.

## 3. Los juicios al terror de la USSC en el período 2003-2004

### 3.1. Rasul v. Bush:[64] Guantánamo ante la Corte

#### *3.1.1. Planteamiento de la causa*

El gobierno de los Estados Unidos mantuvo a cerca de 600 extranjeros, capturados durante la campaña en Afganistán contra Al Qaeda y el régimen talibán, recluidos sin expresión de cargos ni acceso a asistencia letrada en una prisión militar especialmente construida en la base naval de la bahía de Guantánamo, Cuba. Estados Unidos ocupa dicha base desde 1903, en virtud de un contrato de arrendamiento con Cuba según

---

personas de ascendencia japonesa leales o desleales. *Hirabayashi v. U. S.,* 320 U. S. 81, (1943) p. 95.

[57] Véase Joel D. Joseph: *Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court,* Bethesda (Maryland): National Press, 1991, pp. 163 ss.

[58] *Powers Mercantile Co. v. Olson, 7.* F. Supp. 865, 868-68 (D. Minn. 1934), véase Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1297/99.

[59] *Willson & Co. v. Freeman,* 179 F. Supp. 520, 527 (D.Minn. 1959), véase Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1297/99.

[60] 13 F. Supp. 384, 391-92 (D. Minn. 1936).

[61] Harvard Law Review Association: o. cit. nota 59.

[62] *Luther v. Borden,* 48 U. S. (7 How.) 1 (1849).

[63] Ibídem, n.os 45-46. Véase Sheffer: o. cit., pp. 5-8. Asimismo, la relación de las medidas y la emergencia y si esta última es considerada de suficiente magnitud para dar base a aquellas fue analizada por el *justice* Rehnquist en su disidencia en *Fry v. United States* 421 U. S. 542 (1975).

[64] 124 S. Ct.2686 (2004).

el cual este país retiene "total soberanía"[65] sobre las áreas alquiladas, mientras que Estados Unidos ejerce completa jurisdicción y control.[66]

Varias peticiones de hábeas corpus se presentaron ante diversas cortes por familiares de dos ciudadanos australianos y doce kuwaitíes detenidos en Guantánamo, básicamente con miras al respeto del derecho al debido proceso. La posición del gobierno, tras considerar a los detenidos como *enemigos combatientes,* sostenía que, dado que la prisión se encuentra localizada fuera de los límites geográficos de la nación, las cortes de Estados Unidos no tienen jurisdicción para tramitar las denuncias. El precedente al que remitía era *Jhonson v. Eisentrager,*[67] relativo a 21 ciudadanos alemanes capturados en China que fueron llevados bajo custodia y condenados por una comisión militar de Estados Unidos por violación de las leyes de guerra, debido a que habían continuado en actividad militar en Japón —mientras este país aún se encontraba en guerra, pero tras la rendición de Alemania—. Fueron repatriados a Alemania para que cumplieran sus sentencias en una prisión cuyo custodio fue un oficial de la Armada estadounidense. Los prisioneros intentaron una acción de hábeas corpus, pero la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo que no correspondía a una corte federal escuchar la petición.

En *Rasul,* la Corte Federal de Apelaciones del distrito de Columbia, citando dicho fallo, afirmó que carecía de jurisdicción y sentenció que no había corte en la nación que pudiera escuchar las peticiones introducidas por los detenidos. Sin embargo, la Suprema Corte, en una decisión de 6-3, revocó la sentencia y sostuvo que una corte federal debe escuchar la petición de hábeas corpus de aquellos detenidos en Guantánamo.

La cuestión en análisis consistía en si el derecho del acceso a la justicia se extiende a extranjeros detenidos en la base naval de Guantánamo (Cuba). El *justice* John Paul Stevens, quien redactó la opinión mayoritaria, sostuvo que el estatuto de hábeas corpus[68] confiere un derecho a revisión judicial a todos los extranjeros detenidos por disposición del Poder Ejecutivo en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejercen plena y exclusiva jurisdicción, más allá de que no posean soberanía.[69] Para ello realizó un análisis escalonado en tres puntos:

### *3.1.2. Inaplicación a la presente causa del precedente Johnson v. Eisentrager*[70]

En primer lugar, tras recalcar el valor histórico de la institución del hábeas corpus, indicó que el precedente de *Johnson v. Eisentrager*[71] no regía sobre el presente. Si bien

[65] *Ultimate sovereignty.*

[66] 124 S. Ct. 2690-91. En 1934 las partes firmaron un acuerdo en el cual se estableció que el contrato permanecerá vigente mientras Estados Unidos continúe explotando la base.

[67] 124, S. Ct. 763 (1950).

[68] 28 U. S. C. 2241 (a), (c) (3) (2000).

[69] 124 S. Ct., p. 2692 (2004).

[70] 124, S. Ct. 763 (1950).

[71] Ibídem.

ambos casos tienen en común que se trataba de ciudadanos extranjeros no vinculados a Estados Unidos, presentan distinciones. Los detenidos en *Eisentrager* eran nacionales de un país en guerra con Estados Unidos, aspecto que no se daba en los detenidos en *Rasul*, quienes además negaron haber incurrido en actos de agresión contra dicho país. En el precedente habían sido condenados por un tribunal militar, mientras que los detenidos en Guantánamo no habían recibido ningún tipo de juicio o debido proceso. Finalmente, Guantánamo se encuentra, funcionalmente, bajo el control y la jurisdicción del gobierno de los Estados Unidos, el cual posee "pleno y exclusivo control" sobre el lugar, aunque no tenga "total soberanía".[72]

Tangencialmente el *justice* Stevens explicó que el análisis se realiza en el plano legislativo, puesto que el texto constitucional no amplía el campo de aplicación del hábeas corpus.

### *3.1.3. Inexistencia de límites estatutarios al acceso a las cortes*

Seguidamente el razonamiento pasó a centrarse en si, conforme el stare decisis, existía alguna limitación estatutaria —es decir, legal— que exija, para que proceda el hábeas corpus, que los detenidos se encuentren dentro de la jurisdicción territorial de la corte respectiva.

Se indicó que dos meses antes de *Eisentrager* la Corte había entendido que la frase del estatuto "within their respective jurisdiction"[73] debía ser interpretada como que el peticionante debía hallarse dentro del ámbito territorial donde el tribunal ejercía su jurisdicción (conexión física).[74] Sin embargo, más de dos décadas después, en *Braden v. 30th. Judicial Circuit Court,*[75] el tribunal sostuvo que la presencia física del prisionero en la jurisdicción territorial no es un requisito invariable para el ejercicio de esta. Al contrario, la Corte actúa dentro de su jurisdicción si el custodio puede ser alcanzado por el proceso.[76]

### *3.1.4. Aplicación extraterritorial de la ley*

Según había sostenido la demandada, se presume que las leyes no tienen aplicación extraterritorial, salvo que el Congreso así lo disponga.[77] La respuesta aportada por la mayoría se basó en que ello no se aplica a aquellos individuos detenidos en la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. Reiteró que Guantánamo se encuentra

---

[72] Ibídem, p. 2693.

[73] 'Dentro de su respectiva jurisdicción'.

[74] *Ahrens v. Clark,* 335 U. S. 188 (1948), respecto a 120 alemanes detenidos en Ellis Island, deportados a Alemania, donde se declaró que los tribunales de Columbia carecían de jurisdicción, por no darse dicha conexión física entre los detenidos y ellos.

[75] 410 U. S. 484 (1973).

[76] Ibídem, p. 494-95, citado en *Rasul v. Bush,* p. 2695.

[77] 124, p. 2695.

funcionalmente bajo el control y la jurisdicción del gobierno de los Estados Unidos, el cual posee "pleno y exclusivo control", aunque no tenga "total soberanía".[78]

Así, dado que el estatuto no diferencia entre ciudadanos y extranjeros, y dado que las Cortes tienen jurisdicción sobre los ciudadanos en tales condiciones, también la tiene sobre los extranjeros.[79] Finalmente se aclaró que, como ni *Eisentrager* ni los casos subsecuentes prohíben litigar en cortes federales, las cortes también tendrían jurisdicción sobre los restantes reclamos que puedan entrar en dicha categoría, aunque no sean peticiones de hábeas corpus en sí.[80]

Finalmente, ciñó los límites de su pronunciamiento al sostener: "si se necesitarán nuevos procedimientos, y en qué condiciones, después de que los demandados contesten la demanda sobre los méritos de las peticiones de los actores, *son asuntos que no es preciso tratar ahora*".[81] Así, a la vez que reenviaba la causa a primera instancia a fin de que se ponderaran los méritos, volcaba nuevamente en la sociedad el debate, dejando las puertas abiertas a torrenciales interrogantes que inundarían la sociedad y las cortes.

El *justice* Kennedy redactó una opinión concurrente en la cual sostuvo que el acceso a las cortes a través del hábeas corpus tiene base constitucional, en virtud del principio de separación de poderes y control recíproco, y no solo legal.[82] Asimismo, si bien consideró que *Eisentrager* no fue derogado por *Braden*, señaló que entre ambos casos existen diferencias que darían lugar a un pronunciamiento diverso, en especial porque Guantánamo es territorio estadounidense, lejano al lugar de las hostilidades, y los detenidos llevaban un tiempo indefinido sin acceso a un proceso.[83]

### *3.1.5. Voces disidentes*

El *justice* Scalia planteó una fuerte y contundente disidencia en la cual señaló que *Braden*[84] es malinterpretado por la mayoría, ya que en ese caso había ciudadanos estadounidenses involucrados y trataba sobre diferencias de jurisdicciones territoriales entre cortes dentro de Estados Unidos, por lo que no se habría derogado a *Eisentrager*. Como no admitió la apertura estatutaria de la jurisdicción de las cortes, negó tambien que la Constitución admita el acceso por sí misma.

El núcleo de opinión se volcó a llamar la atención sobre los perniciosos efectos de derogar tal precedente, que llevaría a admitir la petición de manera excesivamente amplia, a todos los confines de la tierra.[85] No aceptó la postura de la Corte en torno a

---

[78] Ibídem, p. 2693.
[79] Ibídem, p. 2696.
[80] Ibídem.
[81] "Whether and what further proceedings may become necessary after respondents make their response to the merits of the petitioner's claims are matters that we need not address now". Ibídem (la traducción y el resaltado corresponden a la autora).
[82] Ibídem, p. 2700.
[83] Ibídem.
[84] Relativo al foro de conveniencia entre las distintas cortes federales estadounidenses.
[85] Ibídem, p. 2706.

que el test a tener en cuenta es "jurisdicción y control" y no soberanía,[86] dado que ello abriría el campo de acción de las cortes americanas, incluso con respecto a Afganistán, en ese momento. Finalmente, puso el acento en el peligro que la decisión acarrea al abrir la puerta de las cortes a una catarata de pleitos que, precisamente, pondrían en riesgo las potestades ejecutivas en época de guerra.[87]

### *3.1.6. Evaluación*

Numerosos autores critican la interpretación aportada por Stevens al precedente *Eisentrager.*[88] A las críticas expresadas por el *justice* Scalia se suma que en tal antecedente no fue relevante el hecho de que hubieran recibido proceso militar o que fueran nacionales de países en guerra con EUA, sino, en concreto, que eran extranjeros, y dicho proceso fue realizado fuera de las fronteras estadounidenses.[89] Así, el recurso de la corte a tal argumentación y a su derogación por *Braden* parece más artificioso que certero.

Por su parte, no ha habido claridad en torno a la posibilidad de revisión judicial respecto a la calificación de *enemigos combatientes* en el caso de los no ciudadanos, lo cual debería haberse formulado, atento lo resuelto por la Corte en el caso del proceso llevado a cabo contra Hamdi, en el que sí se admitió la autoridad con respecto a ciudadanos.[90]

Si bien la decisión de la Corte fue sumamente restringida en el reconocimiento de los derechos, ya que solo abrió el acceso a las cortes, con base estatutaria y no constitucional, sin referir al control de la sustancia de las medidas adoptadas por el Ejecutivo, ello igualmente constituyó, allá por el año 2004, un primer paso hacia el reconocimiento de la plenitud de los derechos de los extranjeros al acceso a la justicia.

## 3.2. Hamdi v. Rumsfeld:[91] un ciudadano estadounidense en un juicio al terror

### *3.2.1. Planteamiento de la causa*

Yacer Esam Hamdi es un ciudadano de los EUA, nacido en Lousiana, detenido en Afganistán —en el campo de batalla, cuando portaba un rifle de asalto—, en virtud

[86] Ibídem, p. 2708.
[87] Ibídem, conclusión.
[88] 124, S. Ct. 763 (1950).
[89] *Harvard Law Review,* vol. 118, n.º 396, p. 402.
[90] También se ha criticado que la Corte perdió la oportunidad de sostener que aquellos no ciudadanos que carecían de lazos con Estados Unidos no tenían derecho, según la Constitución, para acceder a las cortes. Ello con base en la ponderación de los antecedentes *United States v. Verdugo Urquidez,* 494 U. S. 259 (1990), y *Ludecke v. Watkins,* 335 U. S. 160 (1948). *Harvard Law Review,* vol. 118, n.º 396, p. 405.
[91] 124, S. Ct. 2633 (2004).

de considerárselo sospechoso de colaborar como soldado con el régimen talibán. Habiendo sido considerado por el Ejecutivo como *enemigo combatiente,* fue detenido en la base naval de Guantánamo Bay, donde permaneció en carácter de incomunicado.[92] Posteriormente, al verificarse su ciudadanía, fue trasladado sin término a las dependencias militares de Norfolk (Virginia),[93] donde siguió detenido sin recibir imputación de ningún crimen.

En junio del 2002 su padre presentó una petición de hábeas corpus en la corte de distrito, alegando que la detención se había basado en hechos equivocados y no se encontraba autorizada por la ley. El tribunal admitió tratar la petición y dictó una medida cautelar ordenando que a Hamdi se le otorgara el derecho a un abogado. Finalmente, la Corte Federal de Apelaciones localizada en Richmond (Virginia) revocó tal decisión, indicando que el tribunal inferior no había tenido en cuenta los impactos que su criterio podía ocasionar en la lucha contra el terrorismo. Más tarde, nuevamente en primera instancia, se planteó un debate en torno a la prueba, por lo que fue remitida en segunda oportunidad a la alzada, la que admitió la posición del Ejecutivo en torno a la constitucionalidad de sus facultades para mantener la reclusión indefinida de los ciudadanos norteamericanos considerados *combatientes enemigos*[94] que se encuentren protegidos por el debido proceso.

### *3.2.2. Autoridad presidencial para mantener detenido en carácter de* enemigo combatiente *a un ciudadano americano apresado en un país extranjero*

En una decisión reñida, por una mayoría de 5-4, el supremo tribunal decidió a favor del gobierno. El *justice* O'Connor redactó la postura mayoritaria, seguida por los *justices* Rehnquist, Kennedy y Breyer. O'Connor, de manera cauta, aportó una definición de *enemigo combatiente* que limitó la decisión a los hechos subyacentes en la causa, declarando que solo se refiere a aquellas personas que fueron "parte o apoyo de fuerzas hostiles a Estados Unidos o sus aliados y se encontraban participando en un conflicto armado contra este país en Afganistán".[95]

El primer punto analizado era si había o no autorización del Congreso para efectuar tal detención, ya que la Non Detention Act[96] establecía: "ningún ciudadano será aprisionado o detenido de cualquier manera por los Estados Unidos excepto en virtud de una ley del Congreso".

La mayoría concluyó que la detención de Hamdi fue habilitada por un acto del Congreso: la autorización para el uso de fuerza militar en escenarios extranjeros (AUFM), dictada tras el 11 de septiembre.[97]

---

[92] Posteriormente el gobierno reconoció a Hamdi el derecho a un abogado, pero en circunstancias consideradas insuficientes por algunos. Véase Gearan: o. cit.

[93] Richey: o. cit.

[94] Ibídem.

[95] Cita al escrito para los demandados, p. 3, *Hamdi,* 124 S. Ct.2633 (2004) (n.º 03-6696).

[96] 18 USC 4001(a).

[97] Authorization for Use of Military Force, Pub. L. n.º 107-40,115 Stat. 224 (2001). El recurrir a una detención es considerado como uso "necesario y apropiado de la fuerza", conforme a las reglas

Fundó su posición en el precedente *ex parte Quirin,*[98] dictado tras la segunda guerra mundial en relación con la detención de saboteadores germanos, entre los cuales se encontraba un ciudadano extadounidense. Así, concluyó que "la ciudadanía americana no hace a un enemigo combatiente menos peligroso, y tampoco convierte su detención en menos permisible".[99]

Ahora bien, O'Connor limitó el precedente al supuesto de conflicto armado en territorio enemigo, subsumible dentro de la categorización de guerra *estado contra estado* convencionalmente entendido en el marco del derecho internacional público. Expresamente explicó:

> Nosotros entendemos que el Congreso ha otorgado la autorización para utilizar la "fuerza necesaria y apropiada" incluyendo la autoridad de detener durante la duración del conflicto relevante, y nuestro entendimiento se basa en los consabidos principios del derecho de guerra. Si las circunstancias prácticas de un conflicto dado son completamente diferentes de aquellos conflictos de los que trata la ley de guerra, el criterio puede cambiar.[100]

En torno a este extremo, indicó la aplicación de las Convenciones de Ginebra relativas al tratamiento de los prisioneros de guerra,[101] al ponderar que la duración de la detención se extiende al lapso de las hostilidades y que no los detenidos no pueden permanecer en esa condición indefinidamente.[102]

El *justice* Thomas, en una opinión separada, concluyó que el presidente tiene una potestad inherente, en virtud del artículo II de la Constitución, de mantener a Hamdi como enemigo combatiente. Los otros *justices,* en general, no llegaron a un acuerdo en torno al punto.

El *justice* Souter, en una opinión también compartida por Ginsburg, atacó directamente la posibilidad de detención del presidente, sosteniendo que la Non-Detention Act rige tanto en tiempo de paz como de guerra, a fin de no permitir las detenciones de ciudadanos dictadas por el Ejecutivo, lo que limita los poderes de guerra de este.[103]

En una potente opinión disidente, el *justice* Scalia, junto con Stevens, sostuvo que no hay autoridad para mantener a un ciudadano estadounidense, en Estados Unidos, como enemigo combatiente, sin cargos para el juicio, salvo que el Congreso expresamente suspenda la acción de hábeas corpus. Sostuvo que la libertad frente a una detención arbitraria constituye "el verdadero núcleo de la libertad" que la Constitución

---

de la guerra.

[98] 317 U. S. 1 (1942).

[99] El argumento de la mayoría permite omitir el análisis de la incompatibilidad de las detenciones con la ley citada, puesto que dicha norma expresamente admite como excepción la posibilidad de llevar a cabo este tipo de medidas en virtud de un acto del congreso. *Hamdi,* 124 S. Ct., p. 2640-41.

[100] Traducción y destacado de la autora. 124 S. Ct., p. 2639-40

[101] 12 de agosto de 1949 (1955) 6 UST 3316, 3406 T.L.A.S. n.º 3364.

[102] Traducción y destacado de la autora. 124 S. Ct., p. 2639-40

[103] Ibídem, p. 2657 ss.

intenta proteger.[104] Citando a James Madison, en los papeles de *El Federalista* n.º 45, indicó que la norma suprema fue cautelosamente diseñada para proteger las "bendiciones de la libertad" de aquellos establecimientos militares que gradualmente envenenarían su misma fuente.[105]

### *3.2.3. Acceso a revisión judicial imparcial e independiente*

La Corte decidió, por una amplia mayoría de 8-1 (con disidencia del *justice* Thomas), que Hamdi debía recibir debido proceso. O'Connor explicó que Hamdi está legitimado a que se escuche su petición de hábeas corpus en un tribunal neutral, y que recluir en prisión a una persona es, obviamente, la más básica forma de socavar la libertad. Aquí, en consecuencia, la Corte avanzó sobre el criterio formal-institucional anterior y realizó un análisis sustancial de la medida, utilizando un estándar de ponderación de la razonabilidad de la norma basado en la afectación del "núcleo esencial del derecho".[106]

El tribunal sostuvo que los procedimientos requeridos deben ser determinados bajo la aplicación del triple *test* de balanceo reglado en el precedente *Mathews v. Eldrighe*,[107] que indica que las cortes deben sopesar el interés del individuo y el interés del gobierno, incluyendo la habilidad de otros procedimientos para reducir el riesgo de una errónea vulneración del derecho, las cargas que asume el gobierno y el probable valor de adicionales o sustantivas garantías. Nótese que aquí se introdujo nuevamente un control sustancial de los poderes del Ejecutivo, en dos vertientes: en primer lugar, se admitió el control teniendo en cuenta la eficacia de la medida, pero fue más allá y se adhirió a la idea de que es necesario compararla con otras acciones posibles que estaban al alcance del gobierno, teniendo en cuenta los pesos y cargas que ello implicaría para los intereses en juego.

La Corte comenzó exaltando la relevancia del derecho a la libertad física y su no restricción por el Estado sin *due process.*[108] Ahora bien, la Corte también fue generosa con el Ejecutivo, dado que el interés del gobierno que se admite es el de "asegurar que aquellos que en los hechos han combatido del lado enemigo durante una guerra no retornen a la batalla contra Estados Unidos".[109]

El *test* de revisión articulado se desprende de la aplicación del derecho constitucional al debido proceso, el cual impone un segundo límite a la potestad de cuestionar los hechos que, supuestamente, justifican la calificación de *enemigo combatiente.*[110] En consecuencia, dicho ciudadano tiene derecho a conocer los cargos que justifican

---

[104] Ibídem, p. 2661.

[105] Ibídem, p. 2668.

[106] Respecto a la afectación del contenido mínimo del derecho como pauta en la ponderación de la razonabilidad de una norma, puede consultarse Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* t. I, Buenos Aires: Ediar, nueva edición ampliada y actualizada, 1993, p. 364.

[107] 124, S. Ct. 319 (1976).

[108] 'Debido proceso'.

[109] Ibídem, p. 2647.

[110] 124 S. Ct., p. 2648.

su detención, acceso a abogado y derecho a una audiencia justa frente a un tribunal neutral.[111] Podrá discutir, por ejemplo, si fue detenido en combate o no, lo cual no se desprende necesaria e indubitablemente del hecho de que resida en territorio que sea zona de combate, y si su detención fue articulada sobre una base legítima, dentro del marco de acción del Poder Ejecutivo señalado.

Ahora bien, el tribunal no especificó los procedimientos que deben seguirse en el caso de Hamdi. Ha señalado que no deben aplicarse necesariamente los mismos criterios de juzgamiento de los casos civiles, por lo que las reglas podían ser torneadas a favor del gobierno.[112] Expresamente así lo sostuvo al manifestar: "los procedimientos respecto enemigos combatientes pueden ser adecuados para aliviar el anormal peso que recae en el Ejecutivo en circunstancias de un conflicto militar en curso".[113] La Corte sugirió la posibilidad de admisión de evidencia circunstancial, e incluso de que la carga de la prueba pueda recaer en Hamdi,[114] y abrió la puerta a que la audiencia pueda llevarse a cabo ante una corte militar, al especular: "los estándares que hemos articulado pueden ser alcanzados por un tribunal militar autorizado y constituido propiamente".[115]

El *justice* Souter, si bien había disentido en la opinión anterior, con respecto a este punto señaló que son de aplicación al efecto la costumbre y los tratados internacionales que regulan el derecho de guerra y que la normativa estadounidense recepciona, pero que el gobierno viola al pretender no calificar a Hamdi como prisionero de guerra. Así, afirmó que corresponde a Hamdi una audiencia para resolver con certeza su estatus bajo la ley.[116]

Solo el *justice* Thomas no aceptó esta conclusión, y sostuvo que hacía suyos los argumentos del gobierno en torno a que el presidente puede detener enemigos combatientes sin debido proceso, por cuanto la rama ejecutiva, en virtud de la autorización legislativa, tiene plena potestad para hacerlo mientras se encuentre actuando de buena fe en el interés de proteger la seguridad pública. Dicha autoridad se mantendría incluso si el Ejecutivo errara en su creencia de que un detenido constituye un riesgo.[117]

### *3.2.4. Evaluación*

Algunos autores sostienen, al evaluar la decisión en análisis, que ha prevalecido la idea de que la nación es gobernada por la ley antes que por la discreción de sus líderes.[118] Si bien el fallo procuró dar respuesta a un conflicto sumamente difícil intentando sopesar

---

[111] Ibídem, p. 2648 y 2652; véase Chemerinsky: o. cit., p. 327.

[112] Ibídem, p. 2649.

[113] Ibídem.

[114] En realidad el término usado por la corte es *hearsay evidence;* ello implica el uso de testigos de dichos de otros. Ibídem, pp. 2649-2650.

[115] Ibídem, pp. 2651-2652.

[116] Ibídem, p. 2658.

[117] Ibídem, pp. 2680-2681.

[118] "Leading Case", en *Harvard Law Review,* vol. 118, n.º 406, p. 412.

los intereses, no puede dejar de calificarse de excesivamente cauteloso e incluso insuficiente para la coyuntura histórica de aquel momento.

En la primera cuestión, la mayoría decidió adoptar un criterio meramente institucional-formal de revisión de la constitucionalidad de los actos de la rama ejecutiva en momentos de guerra, lo cual no resulta suficiente. En cambio, las posturas señaladas por Scalia, con apoyo de Stevens, adoptaron un criterio adecuado de revisión, ponderando su razonabilidad sobre la base de si afecta o no el núcleo esencial del derecho restringido.

A distinta conclusión se arriba respecto a la decisión de la segunda cuestión planteada. Tanto la posibilidad de revisión judicial admitida por la Corte, elogiada por la mayoría de los autores,[119] como el propio razonamiento llevado adelante resultaron, en principio, adecuados.

Un reproche permanente en la doctrina norteamericana es que la Corte dejó demasiados temas pendientes.[120] Por ejemplo, no indicó qué estándar de prueba deben aplicar las cortes inferiores a fin de determinar si alguien es un *enemigo combatiente.*[121] También se señaló que, si bien la postura mayoritaria se preocupó por habilitar un proceso que revisara la calificación de *enemigo combatiente,* omitió poner el acento en que dicho proceso debía haberse articulado también para analizar si, en dicho caso concreto, la detención estaba convalidada dentro del marco de la autorización del Congreso.[122] Esta última hipótesis habría implicado una mayor expansión de las potestades controladoras del Poder Judicial, y no se desprende su admisibilidad en la decisión de la Corte.

A su vez, la mayoría es muy generosa en cuanto a la distorsión o adecuación a favor del gobierno que puede efectuarse sobre las pautas procesales, tales como la carga de la prueba, y no ha habido un criterio claro en cuando a la configuración jurisdiccional del órgano de revisión.

El aspecto quizá más conflictivo es que, preocupada O'Connor en delimitar la decisión a las circunstancias de la causa, no se había indicado con certeza la situación de aquellas personas detenidas fuera del campo de batalla o fuera del conflicto bélico estado contra estado, atento las particularidades que puede presentar la *guerra contra el terrorismo.*[123] Es decir, la Corte no había aportado criterio jurisprudencial en torno a la política de detenciones del gobierno ante una amenaza no convencional, que no resultaría subsumible dentro de los conceptos de conflicto bélico típico del derecho internacional público. Las cortes inferiores, el Poder Legislativo, y el Poder Ejecutivo habían quedado huérfanos de directrices de la Suprema Corte al respecto.[124]

---

[119] Andrew Siegel: "Court is adjourned - what have we learmed?", en *S. Carolina Lawyer,* vol. 16, n.º 14.

[120] Véase, por ejemplo, "Leading Case", o. cit., p. 413, Siegel: o. cit. p. 14, Chemerinsky: o. cit., p. 327, entre otros.

[121] "Leading Case", o. cit., p. 413.

[122] Ibídem, p. 415.

[123] Ibídem, pp. 413-414.

[124] Ibídem, p. 416.

## 3.3. Rumsfeld v Padilla:[125] exégesis en el hábeas corpus

### *3.3.1. Planteamiento de la causa*

El 8 de mayo de 2002 José Padilla, un ciudadano estadounidense convertido al islam, fue arrestado en el aeropuerto de Chicago O'Hare, en virtud de una orden a fin de convocarlo como testigo para una causa tramitada en el distrito de Nueva York, en conexión con una investigación en torno a los hechos terroristas del 11 de septiembre. Una vez transportado a dicha ciudad, el 22 de mayo su defensor público introdujo una moción para declarar vacante la orden. Antes de que dicha moción fuera decidida, el 9 de junio el gobierno notificó al tribunal que el presidente de la nación había catalogado a Padilla como *enemigo combatiente* y ordenó su detención. Alegó que se encontraba planeando la construcción y detonación de una bomba sucia en los Estados Unidos. Así, Padilla fue trasladado en custodia a la prisión naval ubicada en Charleston, Carolina del Sur, donde fue mantenido incomunicado por 26 meses sin que se presentaran cargos contra él.[126] Dos días después, el abogado en su anterior causa inició una petición de hábeas corpus ante la justicia de Nueva York, contra el presidente Bush, el secretario Rumsfeld y Melanie Marr (comandante de la base de Charleston), indicando que la detención resultaba inconstitucional.

La discusión se centró en el sujeto legitimado pasivo de la pretensión de hábeas corpus. La corte de distrito mantuvo solo la legitimación pasiva de Rumsfeld y, respecto a los méritos, sostuvo que el presidente tenía autoridad para detener a Padilla en virtud de la Constitución y la autorización para hacer uso de la fuerza dictada. Por su parte, la corte de circuito confirmó la legitimación pasiva de Rumsfeld, pero consideró que el presidente carecía de potestades para detener a Padilla, ciudadano estadounidense, fuera de la zona de combate.

El caso presentaba aristas diferenciadoras sumamente relevantes: en primer lugar, Padilla fue detenido en Chicago, territorio de Estados Unidos. Además, al ser detenido no se encontraba armado, y el gobierno, hasta ese momento, no había presentado evidencia de que resultara una amenaza para la seguridad de la nación. En este sentido, la doctrina cuestionó que el Presidente se encontrara facultado a extender sus prerrogativas, ya que, según estos autores,

> […] existe una profunda diferencia entre la practica histórica de detener prisioneros de guerra en el campo de batalla y el nuevo poder que pretende el presidente aquí, de convertir a la nación entera en un campo de batalla en el cual cualquier persona podría ser arrestada y ser detenida indefinidamente sin juicio.[127]

---

[125] 124 S. Ct. 2711 (2004).

[126] "Supreme Court to Hear 'Dirty Bomber' Case -Decision Will Determine Whether U. S. Can Hold Citizens Indefinitely as 'Enemy Combatants'", The Associated Press, 20 de febrero del 2004.

[127] Donna R. Newman, abogada de Padilla, citada por Anne Gearan: o. cit.

### *3.3.2. Legitimado pasivo del hábeas corpus*

La Corte, en una apretada decisión de 5-4, con la opinión mayoritaria escrita por el *justice* Rehnquist, revocó la decisión por aspectos formales, tales como legitimación pasiva y carencia de jurisdicción, y en consecuencia omitió el tratamiento de los méritos de la causa.

Mediante la interpretación del tenor literal de la Federal Habeas Corpus Statute[128] —que refiere con el artículo *él* [129] cuando describe a la persona que tiene custodia sobre el detenido—, sostuvo que generalmente existe una sola persona que revista el carácter de legitimado pasivo en el proceso. Se remitió al precedente *Wales v. Whitney*,[130] de donde desprendió que la inmediata custodia debe ser entendida como custodia *física,* sin que el caso de Padilla presente particularidades que exijan excluirlo de tal regla. Así, concluyó que el comandante Marr era el custodio de Padilla y ejercía el control "día a día" sobre él, en virtud de lo cual era la única persona legitimada pasiva en el hábeas corpus.[131]

### *3.3.3. Jurisdicción de la Corte de Distrito de Nueva York*

Posteriormente, la posición mayoritaria concluyó que Nueva York carecía de jurisdicción para escuchar la petición intentada por Padilla, es decir, carecía de poder para resolver la causa, por entender que toda persona debe presentar la petición de hábeas corpus en el distrito de confinamiento, contra la persona inmediatamente responsable por su detención, sin que en el caso se verificaran circunstancias excepcionales que justificaran la excepción a la regla.

El *justice* Kennedy compartió la opinión del tribunal y agregó que, si bien en algunos casos se había atendido a la petición de hábeas corpus más allá del incumplimiento de las pautas jurisdiccionales, en este parecía que se encontraba en análisis un caso de *personal jurisdiction or venue,* es decir, jurisdicción en virtud de la persona o competencia territorial.[132] Por otra parte, no surgía que el caso hubiera sido un supuesto de excepción, ni que el gobierno hubiese abusado de su poder al trasladar al detenido, con el objeto de apartarlo de la justicia.

### *3.3.4. Voces disidentes*

El *justice* Steven redactó la disidencia, la que fue compartida por los *justices* Souter, Ginsburg y Breyer, lamentando que Padilla, que se había visto detenido por más de dos años, debiera comenzar todo de nuevo.

---

[128] Ley federal de Hábeas Corpus.
[129] "The", 28 U. S. C. 2242.
[130] 114 U. S., 564 (1885)
[131] 124 S. Ct., pp. 2721-2722.
[132] Ibídem, p. 2728.

Señaló que era necesario aplicar la teoría de la *bright-line rule,* creada con miras a evitar el *forum shopping* de los litigantes,[133] aplicando analógicamente el precedente de *ex parte Endo.*[134] Así, se procuraba evitar que el gobierno, mediante el traslado de los detenidos, evadiera el control jurisdiccional. Asimismo, sostuvo que Rumsfeld tenía pleno control sobre Padilla, por lo que debía considerarse como un legitimado pasivo de la petición de hábeas corpus. En consecuencia, la Corte de Nueva York tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la causa, además de ser el foro más eficiente, por cuanto habría minimizado las posibilidades de *forum shopping* por el gobierno.[135]

### *3.3.5. Evaluación*

La construcción de la sentencia dictada en el caso Padilla fue netamente exegética. Rehnquist adoptó una actitud conservadora y analizó en términos estrictamente formales las disposiciones de la Ley Federal de Hábeas Corpus. Sin embargo, ello aparece como insuficiente, no solo teniendo en cuenta cómo prolongó la resolución definitiva de los méritos del caso, sino también la propia consistencia interna del pronunciamiento.

Si se pondera la totalidad de la normativa y los precedentes aplicables, se concluye que ninguno apoyaba de manera directa la rigidez argumentativa que la mayoría adoptó al aplicarlos.[136] Se critica en la doctrina la interpretación que intentó desprender Scalia del término *the* citado, a fin de ponderar que existe una limitación legal a *un solo custodio posible.* Por otra parte, el argumento de que el custodio es el que posee *custodia física* también resulta de vaga referencia o base en el estatuto.[137] Efectivamente, los antecedentes citados por el *justice* Steven, en particular *ex parte Endo,* justificarían concebir que la presente causa habría sido una excepción a tal pauta.

Con respecto a la segunda de las cuestiones analizadas, tampoco se desarrolla debidamente cómo actúa la regla de competencia territorial en particulares circunstancias de custodia física, aspecto que aparentemente es el argumento para no aplicar los antecedentes que contradicen el criterio postulado por el tribunal.[138]

En resumen, ciertos sectores doctrinarios han criticado el pronunciamiento sobre la base de que, en el fondo, el cúmulo de análisis exegéticos del estatuto no sería otra cosa que un intento de justificar una decisión jurisdiccional determinada.[139] Algunos sostienen que la cuestión radicaba directamente en que no es un tema de *jurisdicción* —es decir, inherente potestad de un tribunal de resolver una causa— sino un tema de *venue,* es decir, competencia territorial para resolver un caso concreto.[140]

---

[133] Ibídem, pp. 2729-2730.
[134] 323 U. S. 283 (1944).
[135] Ibídem, pp. 2734-2735.
[136] "Leading Case", o. cit., p. 421.
[137] Ibídem, pp. 421-422.
[138] Ibídem, p. 424.
[139] Ibídem.
[140] Ibídem.

Así, algunos autores consideran que el forum más indicado habría sido el del distrito de Columbia —designado en tal sentido por la Suprema Corte para entender los casos respecto los detenidos en Guantánamo—,[141] que tiene cercano acceso a los documentos referentes a la acción del gobierno en torno a la guerra contra el terrorismo.

Más allá de los argumentos formales, podría formularse la pregunta de si, leyendo entre líneas los pronunciamientos en conjunto, habría cinco jueces que sostenían que era ilegal mantener a Padilla detenido como enemigo combatiente. En una nota al pie, el *justice* Steven expresamente señaló que él había *acordado*[142] con la cámara del segundo circuito que no había autoridad legal para detener a Padilla como enemigo combatiente.[143] La mayoría de cinco jueces se desprendería de que Scalia fue enfático en su disidencia en *Hamdi* al señalar que un ciudadano estadounidense no puede ser mantenido en prisión sin juicio como un enemigo combatiente, salvo que el Congreso suspenda el hábeas corpus. Sin embargo, para que Padilla pudiera aspirar a leer una sentencia en dicho sentido, debía recorrer un nuevo camino jurisdiccional…

## 3.4. Más sombras que luces en los pronunciamientos

En el período 2003-2004, las decisiones en la guerra al terror parecían haber sido esbozadas por una Corte que solo tuviera en su paleta tonos grises. Podía encontrarse un poco de luz en algunos conceptos positivos desde el punto de vista del acceso a la justicia. Así, cuando en *Rasul* se abrió la puerta de entrada de los estrados a los extranjeros *enemigos combatientes,* pareciera que, planteado el marco circundante al debate, si bien la decisión era sumamente restringida en el reconocimiento de los derechos —ya que solo abrió el acceso a las cortes con base estatutaria y no constitucional, sin referir al control de la sustancia de las medidas adoptadas por el Ejecutivo—, ello igualmente constituyó un primer paso en oden al reconocimiento de la plenitud de los derechos de los extranjeros al acceso a la justicia.

*Hamdi* fue otro cúmulo de tonos grisáceos. La habilitación de la potestad ejecutiva de aprisionamiento en virtud de la autorización del Congreso aparece como excesivamente generosa, dados los términos de la ley. Por su parte, no debe olvidarse que el *test* formal-institucional es el ámbito mínimo de control de constitucionalidad de los poderes de emergencia que ha sido generalmente reconocido por la Suprema Corte. Es decir, no había innovación al respecto. La luz apareció al pretender canalizar dicho balance teniendo en cuenta el núcleo esencial del derecho en crisis y ponderando si existían medidas menos restrictivas. Ello de por sí es una apertura en el margen de control sustancial del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, si bien en la aplicación del primero de los criterios citados el *test* propiciado para sopesar tal aspecto, en la práctica, implicó una vuelta al criterio de control de eficiencia de la medida que se vislumbró en precedentes anteriores. Es el segundo de los puntos a considerar el que resulta más recalcable, puesto que ponderar

[141] *Rasul v. Bush,* 124 S. Ct. 2686, 2698 (2004).
[142] "Agreed".
[143] P. 2735, fn. 8 (Disidencia de Stevens).

las diversas opciones o alternativas que poseía el Ejecutivo a la hora de limitar el derecho resultó, de por sí, el afianzamiento de un recomendable criterio, antes apenas esbozado en algunos casos por el tribunal. Las sombras volvían a abarcar la situación dada la ambigüedad que expresaba la mayoría de la Corte en torno a las características que deberían revestir los procesos ante los denominados *tribunales neutrales.* Asimismo, la escueta cobertura del fallo, que solo refería a los supuestos de detenidos en guerra entre estados, dejó huérfanas a las instituciones políticas y judiciales respecto a los criterios para afrontar las nuevas causas que se ventilaron en torno a la lucha contra el terrorismo.

*Padilla* debe su carácter gris, justamente, a dicho extremo. Dado que el demandante había sido detenido en territorio estadounidense y no en el campo de batalla, cualquier definición del tribunal habría implicado tomar posición en torno a dicho punto controvertido, más allá del "detalle" respecto a su carácter de ciudadano estadounidense. La templada respuesta del tribunal no implicó una luz para Padilla, quien debió recorrer nuevamente todo el camino para obtener la sentencia que ponderara sus méritos, con escaso éxito.

Vista desde esta perspectiva, la evaluación exige una conclusión negativa, que señale que la Corte ha pecado de excesiva cautela. Sumado ello al momento histórico del dictado de las resoluciones, en pleno proceso eleccionario, la falta de contundencia pudo verse aún más criticable. No debe obviarse la posibilidad, posteriormente concretada, de que dos miembros de la Corte renunciaran a sus mandatos durante el nuevo período del presidente Bush. Los acontecimientos posteriores parecieron confirmar estos cuestionamientos.

## 4. Los *juicios al terror* en el período 2005-2006 de la USSC

### 4.1. Nuevos miembros y nuevas normas

Los pronunciamientos siguientes de la Suprema Corte de Estados Unidos en materia de guerra al terror se gestaron en un escenario con algunas variaciones, tanto en la composición del tribunal como en la normativa que regulaba la materia.

La exigencia estatuida por el Tribunal en la causa *Rasul* llevó a la gestación de los tribunales de revisión del estatus de los combatientes (Combatant Status Review Tribunals [CSRT]), creados por el Departamento de Defensa. Se otorgó representación legal a los detenidos —provista por el Estado y no elegida libremente por los imputados—, pero se permitía el recurso a evidencia circunstancial, y los argumentos de hecho invocados por el Estado se presumían como verdaderos, salvo prueba en contrario, entre otras previsiones cuestionables de constitucionalidad.

Por su parte, el Congreso dictó en diciembre de 2005 la Ley de Tratamiento a los Detenidos (DTA),[144] en virtud de la cual se limitó sumamente la posibilidad de que estos interpusieran acciones en cortes federales. Específicamente, los enemigos combatientes no tenían el derecho a interponer hábeas corpus, sino que solo se les permitía la interposición de un recurso en concreto —ante la Corte de Apelaciones

[144] Detainee Treatment Act, 2005, H. R. 2863, título X.

para el distrito del circuito de Columbia—, una vez finiquitado el procedimiento ante la comisión o el tribunal militar. La revisión se limitaba a determinar si las decisiones emitidas eran congruentes con los estándares y procedimientos especificados por la Secretaría de Defensa y con la Constitución y la ley de los Estados Unidos.

La configuración de la Corte también sufrió mutaciones. Tras el éxito electoral, en su segunda gestión como titular del Poder Ejecutivo, las designaciones gestadas en virtud de la nominación por el presidente George W. Bush del *justice* Samuel A. Alito Jr. y del *chief of justice* John G. Roberts Jr., en reemplazo del *justice* O'Connor y el *chief of justice* Rehnquist, alteraron la dinámica de equilibrio del tribunal. De la ponderación de la cadena de pronunciamientos dictados por la Corte a partir de su nueva composición los analistas advierten una inclinación del tribunal hacia las decisiones conservadoras.[145]

## 4.2. Un nuevo revés para José Padilla

### *4.2.1. Planteamiento de la causa*

En el año 2004 Padilla vio rechazado su hábeas corpus por cuestiones formales.[146] Para que pudiera intentar garantizar su derecho se hizo necesario que intentara recorrer un nuevo camino jurisdiccional. El camino se bifurcó por segunda vez en el período 2005-2006 de la Suprema Corte, por lo que el caso ha sido considerado como representación de una de las más agresivas afirmaciones de la autoridad presidencial en tiempos de guerra desde el atentado realizado el 11 de septiembre de 2001.[147]

Una vez dictada la sentencia de la Corte, en el 2004, Padilla inició otro hábeas corpus, siguiendo las instrucciones señaladas, el cual fue despachado favorablemente en primera instancia. Sin embargo, en noviembre del 2005 el Poder Ejecutivo hizo un movimiento estratégico: lo transfirió de la base naval en que se encontraba a una prisión civil, a fin de someterlo ante una corte criminal en Miami. Los abogados defensores se opusieron al traslado y solicitaron a la Suprema Corte que considerara la materia cuanto antes;[148] sin embargo, en enero el tribunal lo autorizó. El imputado fue trasladado a Miami para enfrentar los cargos criminales, en esta oportunidad bajo la alegación

[145] Charles Lane: "Narrow Victories Move Roberts Court to Right. Decisiones Ignore Precedent, Liberal Justices Contend", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de junio del 2007, p. A 04. En apoyo a esta conclusion, Robert Barnes y Jon Cohen citan las encuestas elaboradas por Washington Post - ABC News poll, en "Fewer see Balance in Court's Decisions", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de julio del 2007, p. A 03. Si bien los dos *justices* mencionados consolidan un bloque conservador en la Corte, actúan con notas diferenciadoras de los *justices* más tradicionalistas que ya componían el tribunal: Antonin Scalia y Clarence Thomas. Véase María Sofía Sagüés: "Dinámica de la polarización de la Suprema Corte de Estados Unidos de América", en *El Dial,* ‹http://www.eldial.com›.

[146] 124 S. Ct. 2711 (2004).

[147] Charles Lane: "Justices Won't Review Padilla case", en *Washington Post,* Washington DC, 4 de abril del 2006, p. A 06.

[148] "Padilla's lawyers opose transfer", en *Washington Post,* Washington DC, 31 de diciembre, p. A 04.

de que formaba parte de una cédula terrorista ubicada en Norteamérica, destinada a recolectar fondos y soldados para alentar la violencia fuera de Estados Unidos. Tras el traslado, el gobierno argumentó que el debate respecto la detención indefinida de Padilla en la base anterior había devenido abstracto, posición acogida por la Corte de Apelaciones del circuito n.º 4 de Richmond (Virginia).

El nuevo planteo introducido por Padilla (*Padilla v. Hanft*, n.º 05-533) fue que se clarificara "hasta dónde puede ir el gobierno cuando procura el apresamiento de terroristas americanos en este país".[149]

### *4.2.2. Análisis de la legitimación pasiva*

En la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo de fecha 3 de abril del 2006 fue dividido por un voto de 6 a 3. Si bien la mayoría hizo lugar al planteo del Poder Ejecutivo, tres miembros, los *justices* Souter, Ginsbourg y Breyer señalaron que el tribunal debía haber abierto la causa.

El argumento de la mayoría partió de sostener que, estando concomitantemente sometido a la jurisdicción de un tribunal criminal, el hábeas corpus generado en la privación de justicia anterior habría devenido abstracto. En consecuencia, los *justices* procuraron dejar a su curso el desarrollo de dicho juicio, antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

El *justice* Kennedy, en un voto concurrente acompañado por los *chiefs of justice* Roberts y Stevens, explicó que no correspondía el tratamiento de los argumentos relativos a la separación de poderes, o al rol y la función de las cortes, debido a que el curso de los procedimientos legales había vuelto a dichos planteos, por lo menos en ese momento, hipotéticos. Sin embargo, recalcó que el tribunal criminal de Miami debía velar atentamente por el cumplimiento de los derechos procesales y sustanciales del imputado, y si así no lo hacía quedarían habilitados los respectivos remedios judiciales.

Como señala la doctrina,[150] la decisión fue una victoria para la administración Bush, porque dejaba intacto lo resuelto por una corte de apelaciones que había convalidado la autoridad del presidente para detener Padilla como un *enemigo combatiente.*

## 4.3. El caso Hamdan, Salim Ahmed v. Rumsfeld: aplicación de las Convenciones de Ginebra

### *4.3.1. Planteamiento de la causa*

El caso en análisis, cuyos argumentos orales ante la Corte Suprema de Estados Unidos tuvieron lugar el 28 de marzo del 2006 en un clima de alta tensión,[151] surge de una petición por hábeas corpus planteada por Salim Ahmed Hamdan, un antiguo chofer de

[149] Gina Holland: "Supreme Court rejects challenge to Bush's wartime detention powers case", en *FindLaw,* 3 de abril del 2006.

[150] Lane: "Justices…", o. cit.

[151] Holland: o. cit.

Osama bin Laden detenido en Afganistán en noviembre del 2001, quien fue recluido en la prisión de Guantánamo Bay (Cuba) durante cuatro años y formó parte del grupo de diez personas que enfrentaron un juicio militar, sin que en él se haya dictado sentencia. La imputación que se le formuló a Hamdan es el haber conspirado junto con su antiguo jefe a fin de llevar adelante determinados actos terroristas. El año anterior, la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia hizo lugar a la posición de la administración y revocó una decisión a favor de Hamdan dictada por la Corte de Circuito.

El *chief of justice* John Roberts Jr. no participó en la decisión de la Suprema Corte puesto que, como juez de la Cámara de Apelaciones, formó parte del panel cuya resolución fue favorable a las comisiones militares.

Por su parte, un grupo de generales retirados había solicitado la separación de Scalia de la causa, en virtud de unos dichos que el *justice* habría vertido en la Universidad de Freiberg (Suiza) el 8 de marzo del 2006, respecto a que aquellos que llevaran adelante una guerra contra los Estados Unidos no tendrían derechos bajo la Constitución. Lo que cuestionaron fue que Scalia podría tener una inclinación negativa ante Hamdan, en particular tomando en cuenta que el hijo del *justice* sirvió en el ejército en Iraq.[152]

Una vez abierto el hábeas corpus ante la Suprema Corte, el Congreso dictó en diciembre del 2005 la Ley de Tratamiento a los Detenidos, que limitaba tal revisión.[153] En consecuencia, un primer núcleo de la decisión versó sobre la posibilidad de que se establecieran legislativamente límites a los casos ya presentados y abiertos a consideración de la Suprema Corte.

La Corte rechazó la petición del Poder Ejecutivo de abandonar el tratamiento de la causa antes de los alegatos orales.[154] El *justice* Kennedy analizó el problema de la nueva ley recalcando que la única forma de que se declarara la validez de los juzgamientos realizados por las comisiones militares era que ellas respetaran las Convenciones de Ginebra respecto a los derechos de los detenidos de guerra. Así, el problema que se planteó —y que fue uno de los temas troncales para la resolución de la Corte— fue la validez constitucional de la posición del Poder Ejecutivo si se estimaba que creaba un doble estándar, conforme al cual los supuestos terroristas eran acusados de violar las reglas de la guerra y, al mismo tiempo, se les denegaba la protección del derecho internacional humanitario.

El tribunal adoptó criterios que permiten sostener que, en principio, abandonó cierta tibieza con que manejaba la materia en los anteriores pronunciamientos. La decisión citada contiene no solo aspectos fundamentales en la actual coyuntura de la lucha contra el terrorismo en Estados Unidos, sino también en su ordenamiento jurídico en general. Sin embargo, continuaban pendientes temas nucleares cuya resolución se reclamaba imperiosamente.

---

[152] "Retired military brass want Justice Scalia to withdraw from Gantanamo detainee case", en *FindLaw*, 28 de marzo del 2006.

[153] En virtud de la cual se restringió la posibilidad de interposición de la garantía solo a aquellos casos en que se ha finiquitado el procedimiento ante la comisión.

[154] Charles Lane: "Case tests power of Judiciary, President Military Tribunal's Legality is Debate", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de marzo del 2006, p. A 06.

El *justice* Stevens tomó la responsabilidad de redactar el pronunciamiento, que suscribieron los *justices* Souter, Ginsburg y Breyer. Kennedy lo acompañó en parte. Por su lado, como era previsible, Scalia, Thomas y Alito disintieron.

La Corte abandonó sus precedentes dictados tras la Segunda Guerra Mundial, retrocediendo hacia los criterios que se manejaron durante la posguerra civil estadounidense, pero también dio muestra del impacto del orden internacional de los derechos humanos frente a los sistemas jurídicos regionales. Específicamente, el *justice* Stevens refirió a que los precedentes no seguidos habían devenido inaplicables en virtud de los cambios generados en las leyes federales y el derecho internacional de guerra.

### *4.3.2. Análisis de las potestades del Congreso en torno a causas pendientes ante la Suprema Corte*

En primer término, se habilitó el tratamiento jurisdiccional del caso por la Corte Suprema de Justicia. Para arribar a dicha conclusión, el tribunal consideró que la Ley de Tratamiento de los Detenidos no había alterado su jurisdicción. Ello conforme los debates parlamentarios de la norma citada, en los que no se había hecho mención a los casos pendientes, de lo que debe concluirse que, si la intención del legislador hubiese sido aplicar la norma a casos en trámite, así se habría sostenido. Asimismo, explicó que el tribunal que juzgaba a Handam no formaba parte de un sistema integrado de cortes.

### *4.3.3. Exigencia de respeto a la división de funciones*

En segundo término, el tribunal reafirmó la necesidad de respetar plenamente el sistema de división de funciones y frenos y contrapesos, ya que rechazó la posición invocada por el Ejecutivo en cuanto a la existencia de poderes inherentes del presidente que le permitieran actuar de manera unilateral en materia de seguridad nacional.

Básicamente la Corte sostuvo que el establecimiento de las *comisiones militares* por el Ejecutivo resultó violatorio del principio de división de funciones, por lo que tales comisiones no estaban autorizadas para fallar el caso. La Corte declaró que para justificar el sometimiento de personas a su juzgamiento por comisiones militares era necesaria una ley del Congreso o exigencia militar. En este caso en concreto no se verificaba ninguna de las dos exigencias, dado que Handam se encontraba detenido desde hacía muchos años, sin haber participado activamente en el campo de batalla, y por su parte el Congreso no había autorizado las comisiones militares.

### *4.3.4. Aplicación de las Convenciones de Ginebra*

Un aspecto de suma relevancia es que el Tribunal señaló la aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra a los sospechosos de actos terroristas capturados en Afganistán. La argumentación realizada partió de afirmar que, conforme el precedente

*Quirin y* el Código de Justicia Militar, las comisiones debían actuar conforme el derecho de guerra, en virtud de lo cual sería aplicable el artículo común n.º 3 de las Convenciones de Ginebra.

Una primera duda que se planteó fue si dicho artículo era aplicable a las tácticas de guerrilla de Al-Qaeda, por cuanto dicha organización terrorista no es signataria de la Convención. Sin embargo, la Corte sostuvo que correspondía remitir a las convenciones, por considerar que el Código de Justicia Militar remite al derecho de la guerra, e igualmente correspondería aplicar el artículo 3, relativo a conflictos no internacionales. Así, explicó que, incluso cuando Handam fuera un individuo peligroso que pudiera causar un gran daño o la muerte de personas civiles inocentes, el Ejecutivo debe cumplir con las reglas del Estado de derecho al juzgarlo.

En consecuencia, los detenidos solo podrían ser procesados mediante el cumplimiento del debido proceso al que refiere el derecho de guerra, ante un tribunal que satisficiera las mismas protecciones que una corte marcial, aspectos que no eran satisfechos por las comisiones militares. Ello tomaba especial relevancia, debido a que, conforme el tribunal, el Poder Ejecutivo no había incorporado elementos que permitieran verificar que no era posible establecer cortes marciales.

Entre los vicios de procedimiento de la comisión se mencionó la posibilidad de exclusión del imputado y su asesor durante la producción de pruebas, en virtud del secreto de la información, la preservación de la integridad física de los testigos u "otros asuntos de interés de la seguridad nacional".

Señaló la Corte que el pleno respeto a las convenciones exige que el imputado no podría ser condenado por actividades normales en las hostilidades que llevaron a su detención, debería recibir la decisión de un tribunal competente y tendría los mismos derechos al debido proceso que un soldado estadounidense, por el principio de no discriminación. En consecuencia, correspondía llevar adelante un proceso conforme lo reconocen los pueblos civilizados (entre estas reglas, estar presente durante el testimonio, conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3).

Dos argumentos sostenidos por Stevens no fueron compartidos por Kennedy. El primero partió de la base de que la conspiración por sí misma, sin la imputación de otros actos al procesado, no constituye crimen de guerra, por lo que el gobierno no había imputado a Handam una ofensa que, conforme el derecho de guerra, pudiera ser juzgada por comisiones militares. Para que así fuera debía existir un precedente pleno y no ambiguo, y no había tal precedente en torno a la figura de la *conspiración.*

Un amplio sector de la doctrina, entre los que puede citarse al profesor George P. Fletcher,[155] señaló que la conspiración es un crimen de preparación, por lo que no es aceptado actualmente como crimen de guerra, lo cual resulta conteste con la

[155] Disertación brindada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, el 1 de agosto del 2006.

jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Efectivamente, cuatro votos de la mayoría aceptaron esta posición.

### *4.3.5. Voces disidentes*

El *justice* Scalia, en su disidencia, entendió que, por aplicación de la DTA, no correspondía pronunciarse a la Corte Suprema debido a que no había sentencia final de las comisiones militares. Recurrió a hacer prevalecer la interpretación literal sobre la teleológica de la norma en análisis, y sostuvo que los congresistas sabían que el caso estaba pendiente ante la Corte Suprema y fueron concluyentes al establecer la imposibilidad de revisión jurisdiccional previa a la sentencia militar. Asimismo, consideró que no había fundamento para sostener que la decisión en revisión de la Corte de circuito de DC no era suficiente.

Finalmente, señaló que, incluso en caso de que ello correspondiera, razones de equidad recomendaban no hacerlo, por cuanto el hábeas corpus es una solución residual, a lo que se suma que hay razones militares que justifican la jurisdicción militar. En síntesis, conforme el magistrado citado, tal aspecto era una decisión del Poder Ejecutivo, no de la Corte Suprema estadounidense.

El *justice* Thomas centró su disidencia en la teoría de la división de funciones. Explicó que es necesario reconocer los poderes de guerra del presidente, en virtud de la imperiosa necesidad de una respuesta única en caso de conflicto bélico. Asimismo, manifiestó que las comisiones militares satisfacen los requisitos del Código de Justicia Militar, debido que e *common law* es el orden que determina la jurisdicción de las comisiones. Finalmente, expresó que se habían deducido imputaciones válidas contra Handam, las cuales eran el formar parte o unirse a un grupo o empresa que comparte un propósito criminal, conspiración.

### *4.3.6. Evaluación*

La posición mayoritaria de la Corte Suprema reafirmó algunos posibles límites de las potestades legislativas en la lucha contra el terrorismo. Para arribar a tal solución se afianzó en el sistema de división de funciones y también en una fuerte injerencia del derecho humanitario y el debido proceso consagrado dentro de sus pautas.

Ahora bien, una lectura más particularizada de la decisión lleva a concluir que presenta serias flaquezas, ya que implicó un juego con muy estrecho margen de mayoría, donde un equilibrio de votos llevó a enlazar la resolución a la coyuntural composición del Tribunal, entonces sin Roberts.

Si bien se verificó un efectivo avance al resolver la aplicación de las Convenciones de Ginebra y sostener que no es posible imputar a Handam el delito de conspiración, aspectos generales de política criminal de lucha contra el terrorismo aún se verificaban como irresueltos, ya que la Corte no se pronunció sobre actos cuestionados del Poder Ejecutivo y dejó pendientes temáticas fundamentales. Así, no rechazó la potestad del Ejecutivo de mantener prisioneros detenidos en Guantánamo sin

límite temporal, ni la de otorgar a los sospechosos de actos terroristas la calidad de *enemigos combatientes.*[156] Asimismo, quedaba abierta la duda con relación a la revisión jurisdiccional de actos del Poder Ejecutivo fuera de Estados Unidos y la base de Guantánamo Bay.

## 5. Los *juicios al terror* en el período 2007-2008 de la USSC

### 5.1. El caso *Boumediene et al.:* la plenitud del hábeas corpus[157]

#### *5.1.1. Planteamiento de la causa*

En el año 2006 el Congreso sancionó la Ley de las Comisiones Militares (Military Commissions Act [MCA]), conforme a la cual la Ley de Tratamiento de los Detenidos (DTA) era de aplicación también retroactiva. En consecuencia, los detenidos no podían articular hábeas corpus y no tenían otro remedio que el recurso ante la Corte de Circuito del DC una vez finalizados los procesos antes las comisiones militares.[158]

Boumediene, junto con otros cinco hombres de origen argelino, fue arrestado en octubre del 2001 en Bosnia, y se les imputaron actividades terroristas tendientes al ataque de la embajada de Estados Unidos en dicho país. Si bien la Suprema Corte de Bosnia ordenó su libertad, dada la falta de elementos probatorios, las tropas estadounidenses los custodiaron hasta su detención en Guantánamo, donde fueron catalogados como *enemigos combatientes.* Él y otros treinta y seis detenidos en Guantánamo presentaron hábeas corpus sobre la base de la doctrina sentada por la Corte en el caso *Rasul.*

En el caso *Boumediene et al. v. Bush*, decidido el 12 de junio del 2008,[159] el tribunal analizó en concreto dos cuestiones: si la garantía constitucional de hábeas corpus se aplica a detenidos privados de su libertad en Guantánamo, fuera del territorio de Estados Unidos en sentido estricto, y la constitucionalidad de los tribunales de revisión del estatus de los combatientes (Combatant Status Review Tribunals [CSRT]) creados por el Departamento de Defensa. Es decir, si el proceso articulado por dicha ley resulta un sustituto adecuado y suficiente del hábeas corpus, que satisfaga las exigencias constitucionales.

La Corte nuevamente se pronunció en una escueta división, donde Kennedy determinó la suerte del fallo, y en un voto redactado por él señaló la posición mayoritaria. A su vez, Souter redactó su voto concurrente, el cual también fue firmado por Ginsburg y Breyer. En disidencia, por su parte, se presentó Roberts, con quien concurrieron

---

[156] Véase Michael C. Dorf: "The Hidden – and Obvious – Lessons in the Supreme Court's Divided Ruling Invalidating Military Commissions", en *FindLaw,* 30 de junio del 2006, disponible en ‹http://writ.news.findlaw.com/dorf/20060630.html›.

[157] 128, S. Ct. 2229 (2008).

[158] Al respecto puede consultarse a David Weissbrodt y Andrea V. Templeton, "Fair Trials? The manual for Military Commissions in Light of Common Article 3 and other internacional law", en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice,* vol. 26, n.º 353, verano del 2008.

[159] 128, S. Ct. 2229 (2008).

Scalia, Thomas y Alito. Scalia también redactó una opinión en disidencia, que Roberts, Thomas y Alito suscribieron.

La doctrina ha calificado este pronunciamiento como "una de las más importantes decisiones de la Suprema Corte de los años recientes",[160] aunque no haya liberado a ninguno de los detenidos en Guantánamo, puesto que hizo posible para ellos discutir en una corte federal de distrito que la administración no tenía bases fácticas ni legales para privarlos de su libertad.[161]

### *5.1.2. El derecho al hábeas corpus de los detenidos en Guantánamo Bay*

La mayoría de la Corte reivindica el tradicional principio del derecho anglosajón, conforme al cual todo aquel que se encuentra privado de su libertad tiene derecho a una garantía que le permita requerir la justificación de la detención ante un tribunal.[162] Esta referencia a los principios toma especial relevancia porque en torno a los argumentos originalistas a los que, como se verá más adelante, refirió Scalia, Kennedy señala que no es posible identificar la extensión de la aplicación de la figura del hábeas corpus en el *common law* en la génesis del constitucionalismo norteamericano, por lo que el análisis debe adentrarse en la satisfacción de los principios constitucionales aplicables a la materia.[163]

La posición mayoritaria hizo lugar al cuestionamiento de las disposiciones adoptadas por el Congreso tendientes a denegar el remedio de hábeas corpus a detenidos en la base naval de Guantánamo. En primer término señaló que, si bien el artículo 1, sección 9, de la Constitución permite al Congreso suspender el hábeas corpus en tiempos de rebelión o invasión, ninguna de esas dos situaciones había sido invocada en la causa.

Asimismo, sostuvo que el hecho de ser detenidos como *enemigos combatientes* no los priva de dicha garantía ni del derecho a invocar la cláusula de suspensión, la cual tiene "plenos efectos en Guantánamo", y reiteró que, si bien Cuba mantiene jurisdicción en dicho territorio, esta característica no es la piedra angular sobre la que se estructura la garantía.

Expresó la mayoría que la Constitución Nacional no puede ser negociable. Aunque Estados Unidos ha tenido un completo e ininterrumpido control de Guantánamo por más de cien años, el argumento del gobierno de que la norma suprema no tiene efectos allí, al menos con respecto a no ciudadanos —debido a que Estados Unidos reconoce que no tiene la soberanía formal en el contrato celebrado con Cuba en 1903—, implicaría llegar a concebir los derechos constitucionales como sujetos a contratación. Así, la Corte concluyó enfáticamente que el *test* para determinar el ámbito de la provisión

[160] Dworkin: o. cit.
[161] Ibídem.
[162] Ibídem.
[163] Véase ibídem.

del hábeas corpus no puede estar sujeto a la manipulación por aquellos cuyo poder es el que debe ser restringido.[164]

### *5.1.3. Insuficiencia de la garantía sustituta prevista por el Congreso*

Seguidamente la mayoría sostuvo que, en caso de suspenderse el hábeas corpus, debe respetarse el requisito constitucional, que es la previsión de procedimientos de tutela sustitutos efectivos, aspecto que no se ha verificado, ya que los procedimientos previstos por la DTA no son suficientes ni efectivos en los términos de la garantía, por lo que se configura una privación y negación de esta.

Sobre la base de analizar el tenor literal de la normativa aplicable, señaló que se trasluce una notoria intención del Congreso de aportar un marco de revisión más restringido que el constitucional.

Seguidamente pasó a considerar que no es competencia del Congreso determinar el proceso sustitutivo idóneo, y señaló que la garantía debería reconocer al prisionero una amplia oportunidad para demostrar que está siendo retenido debido a una errónea aplicación o interpretación de una ley relevante.[165] Es decir, conforme la mayoría, el remedio tendría que permitir una amplia revisión de los hechos, puesto que las cortes federales deben tener mucho menos deferencia en la revisión de la decisión de uno de estos tribunales administrativos que la que se tiene frente al pronunciamiento de un tribunal estadual, particularmente cuando los procedimientos del tribunal administrativo son limitados frente a los estándares de una corte de juicio normal. Asimismo, exigió que la Corte que despache el hábeas corpus, o su sustituto, pueda tener el poder de ordenar la libertad condicional de un detenido en condiciones ilegítimas, y afirmó que debería poder ponderarse evidencia exculpatoria no presentada ante los tribunales, más allá de que haya finiquitado la audiencia en el proceso anterior.

En resumen, a los imputados debe garantizárseles el acceso a una instancia de revisión amplia que les otorgue la posibilidad de demostrar que han sido detenidos en virtud de una errónea aplicación o interpretación de la normativa relevante.[166] El hábeas corpus o su sustituto tienen que funcionar como un efectivo y pleno remedio en ese contexto, y la corte que conduzca el procedimiento colateral debe tener la habilidad de corregir errores, acceder con plenitud a la evidencia del Poder Ejecutivo y admitir prueba en contrario que sea relevante, aunque no haya sido presentada con anterioridad.

Esta garantía no es satisfecha por el proceso ante las comisiones militares. Las deficiencias del mecanismo de revisión son diversas: tiene restricciones probatorias, no otorga el derecho a asistencia letrada, no garantiza que el imputado esté al tanto de las más importantes alegaciones sobre las cuales el Poder Ejecutivo sostiene la acusación, la oportunidad de confrontar testigos es más hipotética que real, etcétera.

---

[164] "The test for determining the scope of its provision must not be subject to manipulation by those whose power it is designed to restrain".

[165] *INS* v. *St. Cyr*, 533 U. S. 289, 302.

[166] *Criminal Law Bulletin,* vol. 44, n.º 5, septiembre-octubre del 2008.

En resumen, la mayoría consideró que el procedimiento alternativo implica un riesgo de error serio y considerable. Teniendo en cuenta que la detención puede durar el lapso de las hostilidades, una generación o más, este riesgo es demasiado significativo para ser ignorado. Los procedimientos llevados a cabo ante las cortes criminales deben ser agotados antes de la interposición de un remedio de hábeas corpus, lo cual ha conllevado, en algunos casos, más de seis años de retraso en el acceso a la tutela jurisdiccional.[167] Exigir el cumplimiento de la revisión limitada implicaría postergarla aún más.

Explicó la Corte que, al fallar en torno a los lineamientos procesales y sustantivos usados para disponer la prisión en orden a prevenir actos de terrorismo, las cortes deben otorgar la debida preferencia a los poderes políticos. Sin embargo, el control subsiste también en torno a la fidelidad a los principios fundamentales de la libertad, y entre ellos especialmente el derecho a ser libre de una restricción ilegal o arbitraria a la libertad personal, para cuyo cumplimiento se exige el pleno respeto a la separación de poderes.

### *5.1.4. Voces disidentes*

El *chief of justice* Roberts redactó la opinión disidente, en la que señaló que en realidad no debe exagerarse el impacto del pronunciamiento, puesto que, en términos prácticos, los detenidos no tendrían mayores oportunidades de liberación que las ya consagradas con anterioridad.

Sostiuvo que el proceso llevado adelante ante los tribunales resultaba satisfactorio del debido proceso, y que el remedio recursivo previsto satisfaría el acceso a la tutela judicial efectiva en la misma magnitud que si se previera directamente el hábeas corpus ante una corte de justicia. Si bien esta conclusión no se desprende del tenor literal de la ley, el *chief of justice* concluyó que la corte de circuito podría articularla a fin de procurar un procedimiento adecuado al mandato constitucional.

Scalía basó su disidencia en una interpretación originalista del texto constitucional, para concluir que el *common law* vigente en el momento de la sanción del texto no extendía la figura del hábeas corpus con la magnitud que procuraban otorgarle los demandantes. Volvió sobre el caso *Johnson v. Eisenträger,* citado en *Rasul,* y cuestionó la aplicación de la garantía en estudio en torno a los extranjeros.

Con un perfil netamente crítico, también señaló la potencial liberación de peligrosos terroristas con la consiguiente posibilidad de que más estadounidenses fueran asesinados. Chemerinsky respondió a esta posición explicando:

> [Scalia] puede estar acertado en que alguien liberado pueda cometer actos terroristas. Pero cada momento en que una persona es eximida de su privación de libertad por evidencia inadecuada, existe la posibilidad de que dicho individuo pueda cometer crímenes y gente pueda morir. Esto, por supuesto, nunca ha sido

[167] Souter refiere expresamente a este extremo.

> considerado como justificación para permitir la detención indefinida sin debido proceso, y tampoco puede ser la base para la detención indefinida de enemigos combatientes sin una aproximación al debido proceso.[168]

### *5.1.5. Evaluación*

La sentencia ha recibido críticas divididas en la doctrina y la sociedad estadounidenses. La polarización que se verificó en los pronunciamientos del tribunal se proyectó en la sociedad. Por ejemplo, el senador John McCain, candidato al sillón presidencial en los últimos comicios, señaló que el pronunciamiento era uno de los peores de la historia del país. En otro extremo del análisis, el senador Obama, hoy presidente de Estados Unidos, apoyó la decisión.[169]

El pronunciamiento debe considerarse positivo. Finalmente se contribuyó a evadir distinciones incómodas al texto constitucional, tales como el tratamiento diferenciado de nacionales y extranjeros y de detenidos dentro o fuera del territorio, en torno al acceso a garantías que satisfagan el debido proceso.

Dworkin ha señalado que ninguna de estas dos distinciones tenían sentido a la luz de los principios del orden constitucional estadounidense:[170]

> América ensalza su deber de respetar los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a no ser privado de su libertad injustamente, con relación a todos aquellos que se encuentran bajo su autoridad, y no puede encontrarse ninguna justificación moral para discriminar contra los extranjeros en la definición o aplicación de esos derechos. El texto de la Constitución sugiere que este principio moral es un principio jurídico en cuanto declara que todas las personas tienen derecho al debido proceso.[171]

*Boumediene* avanzó un paso en que se honrara la calificación del país como una *comunidad de iguales*. En síntesis, se ha incorporado un nuevo capítulo al respeto a la tutela judicial efectiva, relevante elemento clarificador de una jurisprudencia que exigía este tipo de pronunciamientos.

Sin embargo, se dejaron a salvo algunos aspectos que facilitan el peso de los hábeas corpus sobre las autoridades militares. Entre ellos puede mencionarse la canalización de casos futuros en una sola corte de distrito y la exigencia de que la corte use su discreción para acomodar al máximo posible el interés legítimo del gobierno en proteger las fuentes y los métodos de obtención de datos de inteligencia.[172]

---

[168] Erwin Chemerinsky: "When it matters most, It is still the Kennedy Court", en *Green Bag,* verano del 2008.

[169] Dworkin: o. cit.

[170] Ibídem.

[171] Ibídem.

[172] *Criminal Law Bulletin,* o. cit. Puede también consultarse Gregory S. McNeal: ""Beyond Guantánamo, obstacles and options", en *Northwestern University Law Review,* n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008, y Benjamin G. Davis: "No third class processes for foreigners", en *Northwestern*

## 6. Ponderaciones finales

El 2008 no es un año más en la reacción de los Estados Unidos ante el terrorismo. Dos respuestas se aportaron por muy distintos cauces. El proceso electoral determinó una exigencia de cambio, y los ciudadanos optaron por modificar la orientación política del Ejecutivo[173] en busca de respuesta a esa exigencia. Por otra parte, la Suprema Corte también adoptó una decisión de cambio al avanzar en la solución de una problemática cada vez más conflictiva y criticada por la comunidad internacional.

Una frase de la posición mayoritaria en el último pronunciamiento del tribunal puede resumir un peregrinar de su jurisprudencia, otrora zigzagueante, y hoy orientada hacia el respeto de los derechos fundamentales. Tras años de debate, la jurisdicción constitucional estadounidense, por estricta mayoría, pero mayoría al fin, ha arribado a una solución en la que "la libertad y la seguridad pueden ser reconciliadas".[174]

## Bibliografía

Allon, Richard, Daniel J. Meltzer y David L.Shapiro: *The Federal Courts and The Federal System,* Nueva York: University Casebooks Series, 4.ª ed., 1996.

"America makes history. Obama wins. 'Change has come to America,' he says after election to presidency erases a racial barrier; Democrats make gains", en *USA Today,* 5 de noviembre del 2008.

Barnes, Robert, y Jon Cohen: "Fewer see Balance in Court's Decisions", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de julio del 2007, p. A 03.

Barnest, Robert: "Newest Justice Tips High Court to Right. Alito cast key votes in mayor 5 to 4 rulings on Abortion and Campaign Finance", en *Washington Post,* Washington DC, 28 de junio del 2007, p. A 15.

Bidart Campos, Germán: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* t. I, Buenos Aires: Ediar, nueva edición ampliada y actualizada, 1993.

Bigel, Alan I.: "The Supreme Court on Emergency Powers, Foreign Affairs and Protection of Civil Liberties 1935-1975", Lanham (Maryland): University Press of America, 1986.

Bleich, Jeffery L., y Anne M. Voigts: "Supreme Court Watch: leaving the door way open": October term 2003, 2004 San Francisco Att' y 14.

CIDH: *Reporte Anual,* 1974, OEA/Serv. L/V/II, 34, doc. 31, rev. 1 (1975), en ‹http://www.cidh.org/annualrep/74sp/indice.htm›.

*Criminal Law Bulletin,* vol. 44, n.º 5, septiembre-octubre del 2008.

*University Law Review,* n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008, p. 88, disponible en ‹http://colloquy.law.northwestern.edu/main/author_davis_benjamin_g/›.

[173] Véase "America makes history. Obama wins. 'Change has come to America,' he says after election to presidency erases a racial barrier; Democrats make gains", en *USA Today,* 5 de noviembre del 2008.

[174] "Liberty and security can be reconciled". USSC, *Boumediene et al. vs. Bush.*

Chemerinsky, Erwin: *Federal Jurisdiction,* Londres: Little, Brown and Company, 1989.

— "When it matters most, It is still the Kennedy Court", en *Green Bag,* verano del 2008.

Davis, Benjamín G.: "No third class processes for foreigners", en *Northwestern University Law Review,* n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008, p. 88, disponible en ‹http://colloquy.law.northwestern.edu/main/author_davis_benjamin_g/›.

Delgado, Richard: *Justice at War, Civil Liberties and Civil Rights during times of Crisis,* Nueva York: New York University Press, 2003.

Dorf, Michael C.: "The Hidden – and Obvious – Lessons in the Supreme Court's Divided Ruling Invalidating Military Commissions", en *FindLaw,* 30 de junio del 2006, disponible en ‹http://writ.news.findlaw.com/dorf/20060630.html›.

Dworkin, Ronald: "Why it Was a Great Victory", en *The New York Review of Books,* vol. 55, n.º 13, 14 de agosto del 2008.

Gearan, Anne: "Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case", Associated Press, 4 de febrero del 2004.

Harvard Law Review Association: "Developments in the Law. The National Security Interest and Civil Liberties. The exercise of Emergency Powers", en *Harvard Law Review*, 1972, p. 1284.

Holland, Gina: "Supreme Court rejects challenge to Bush's wartime detention powers case", en *FindLaw,* 3 de abril del 2006.

Hudson, David L.: "Padilla Decision leaves unanswered questions. Supreme Courts denies review, but the issue of detainee status still alive".

Hyland Jr., William G.: "Law v. National Security: When Lawyers make terrorism policy", *Rich. J. Global L. & Bus.*, vol. 7, n.º 247.

Jefferson, Thomas: "Letter from Thomas Jefferson to J. B. Colvin" (20 de septiembre de 1810), en Adrienne Koch & Wiliam Peden (eds.): *The Life and Selected Writings of Tomas Jefferson,* 1944.

Joseph, Joel D.: *Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court,* Bethesda (Maryland): National Press, 1991.

Lane, Charles: "Case tests power of Judiciary, President Military Tribunal's Legality is Debate", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de marzo de 2006, p. A 06.

— "Court Case Challenges Power of the President", en *Washington Post,* Washington DC, 26 de marzo, p. A01.

— "Court Denies Review of Post-9/11 Secrecy. But Justices Will Hear Two Cases on Rules for Deporting Convicted Immigrants", en *Washington Post,* Washington DC, 24 de febrero del 2004, p. A 06.

— "Justices Won't Review Padilla case", en *Washington Post,* Washington DC, 4 de abril del 2006, p. A 06.

— "Narrow Victories Move Roberts Court to Right. Decisiones Ignore Precedent, Liberal Justices Contend", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de junio del 2007, p. A 04.

"Leading Case", en *Harvard Law Review,* n.º 118, p. 406.

López Guerra, Luis, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrústegui: *Derecho constitucional,* vol. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

Mathews, Melissa K.: "Current Public Law and Policy Issues: Restoring The Imperial Presidency: An Examination Of President Bush's New Emergency Powers", en *Hamline Journal of Public Law and Policy,* n.º 455, 2002.

McMilion, Rhonda: "ABA Leaders Zero in on a Dozen Key Issues for Advocacy Efforts in Congress", en *ABAJ,* n.º 68.

McNeal, Gregory S.: "Beyond Guantánamo, obstacles and options", en *Northwestern University Law Review,* n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008.

Mintz, John: "Both sides say Tribunals will be fair Trials", en *Washington Post,* Washington DC, 23 de mayo del 2003, p. A 03.

"No exceptions Rights", *Washington Post,* Washington DC, 5 de junio del 2003, p. A 32.

Nowak, John E., y Ronald D. Rotunda: *Constitutional Law,* St. Paul (Minn.): West Publishing, 4.ª ed., 1991.

"Padilla's lawyers opose transfer", en *Washington Post,* Washington DC, 31 de diciembre, p. A 04.

Rehnquist, William H.: "All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime", 1998.

"Retired military brass want Justice Scalia to withdraw from Guantanamo detainee case", en *FindLaw,* 28 de marzo del 2006.

Richey, Warren: "Detainee cases hit court", en *The Christian Science Monitor,* 23 de enero del 2004.

Sagüés, María Sofía: "Dinámica de la polarización de la Suprema Corte de Estados Unidos de América", en *El Dial,* ‹http://www.eldial.com›.

Sheffer, Martin S.: *The judicial development of presidential war powers,* Connecticut: Praeger, 1999.

Siegel, Andrew: "Court is adjourned - what have we learmed?", en *S. Carolina Lawyer,* vol. 16, n.º 14.

Stone, Geoffrey R., Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein y Mark V. Tushnet: *Constitutional law,* Londres: Little Brown, 2.ª ed., 1999.

"Supreme Court to Hear 'Dirty Bomber' Case -Decision Will Determine Whether U. S. Can Hold Citizens Indefinitely as 'Enemy Combatants'" -The Associated Press, Friday, February 20, 2004; 1:30 PM.

Sustein, Cass R.: "An Eighteenth Century Presidency in a twenty-first Century World", *Ark. L. Rev.,* vol. 48, n.º 13, 1995.

"Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct terrorism", "(USA Patriot) Act of 2001", H. R. 3162, Pub. L. n.º 107 § 10756, 2001.

Venkat, Iyer: "States of Emergency - Moderating their Effects on Human Rights", en *Dalhousie L.J.,* vol. 22, n.º 125.

Washington Post: "ABC News poll", en "Fewer see Balance in Court's Decisions", en *Washington Post,* Washington DC, 29 de julio del 2007, p. A 03.

Weissbrodt, David, y Andrea V. Templeton: "Fair Trials? The manual for Military Commissions in Light of Common Article 3 and other internacional law", en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice,* vol. 26, n.º 353, verano del 2008.

Zovatto G., Daniel: *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina,* San José (Costa Rica): IIDH, 1999.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP 483-495, ISSN 1510-4974

**Geovana Tavares de Mattos (Brasil)***

# A inconstitucionalidade da privatização dos presídios

## RESUMO

**A terceirização dos presídios é uma nova forma de gerenciamento do sistema prisional, defendido por aqueles que atribuem as mazelas do sistema carcerário a uma administração pública ineficaz. Baseia-se no argumento de melhoraria das condições de vida do encarcerado, viabilizando a pretensa função de ressocialização, sem necessidade de onerar o Estado. Todavia, não são estes os resultados obtidos nas prisões já geridas por particulares. Vê-se, pois, que a intenção de privatizar os presídios surge como uma iniciativa baseada em interesses econômicos e de manutenção de políticas excludentes através do controle social repressivo, confirmando a relação entre o cárcere e o trabalho penal. Além do mais, é inconcebível a implementação de um sistema penal baseado na obtenção do lucro às custas do sofrimento humano. Assim, o presente texto procura demonstrar a inconstitucionalidade deste sistema, demonstrando que a função jurisdicional é exclusiva do Estado, sendo indelegável e instranferível.**

**Palavras-chave: responsabilidade do Estado, garantias constitucionais, privatização das prisões, direitos humanos, Brasil.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Das Outsourcen von Haftanstalten ist eine neue Form des Managements von Gefängnissystemen und wird von denjenigen verteidigt, die die Mängel des Systems auf eine ineffiziente öffentliche Verwaltung zurückführen. Es stützt sich auf das Argument der angeblichen Verbesserung der Haftbedingungen und der dadurch ermöglichten Umsetzung des Resozialisierungsauftrags ohne zusätzliche Belastungen für den Staat. Die Ergebnisse der bereits privat geführten Haftanstalten untermauern dieses Argument allerdings nicht. Die beabsichtigte Privatisierung der Vollzugsanstalten erfolgt vielmehr aus wirtschaftlichen Interessen und dient der Aufrechterhaltung einer Politik der Ausgrenzung mit Hilfe repressiver sozialer Kontrollen; sie belegt so die Beziehung zwischen Strafanstalt und strafrechtlicher Praxis. Davon abgesehen ist die Einführung eines Haftsystems, das aus menschlichem Leid Gewinn schlägt, generell unvertretbar. Der vorliegende**

* Professora de Direito Penal e Processo Penal da UFMG e da PUC Minas. Mestranda em Direito pela UFMG e Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas. ‹geovanamattos@gmail.com›

**Text beabsichtigt, die Verfassungswidrigkeit dieses Systems aufzuzeigen, indem er darlegt, dass die Gerichtsbarkeit ausschliesslich dem Staat untersteht und weder abgetreten noch übertragen werden kann.**

**Schlagwörter: Verantwortungsbereich des Staates, Grundrechte, Privatisierung von Haftanstalten, Menschenrechte, Brasilien.**

**ABSTRACT**

**Outsourcing prisons is a new form of managing the prison system, supported by those who impute the flaws of the prison system to an inefficient public administration. This contention is based on the idea of improving the living conditions of convicts, tending to the implementation of their assumed re-socialization, without any need to be a financial burden for the State. However, these are not the results obtained by prisons already privately managed. The purpose to privatize prisons, then, comes out of an initiative based on economic interests and on keeping exclusive policies through the control of repression, confirming the relationship between the prison and the penal work. Besides, it is inconceivable to think of the implementation of a penal system based on profits to be obtained at the expense of human suffering. Thus this paper intends to show the unconstitutionality of this system, stating that the jurisdictional function of the State is exclusively the state's, non delegable and untransferable.**

**Key words: State responsibility, constitutional guarantees, privatization of prisons, human rights, Brazil.**

*O sistema penal de qualquer sociedade não é um fenômeno isolado que obedeça somente às suas próprias leis. É, a justo título, um elemento do sistema social em seu conjunto; ele partilha suas aspirações e defeitos.*[1]

## 1. Introdução

As experiências com privatização das prisões privadas foram iniciadas nos Estados Unidos a partir da década de 80.[2] No Brasil, a implementação da terceirização dos presídios foi proposta em 1992 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mas em decorrência da divergência em relação à sua viabilidade a proposta foi arquivada.

Entretanto, alguns Estados passaram a discutir a questão isoladamente, tendo o Estado do Paraná criado o primeiro presídio administrado por particulares, a Penitenciária Industrial do Guarapuava.

---

[1] Rushe e Kirshheimer, 1939

[2] Loic Wacquant. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*

Adotando a parceria entre a segurança pública e privada, existem hoje no país outros quatro estabelecimentos semelhantes, localizados nas seguintes cidades: Valença (BA), Sobral (CE), Fortaleza (CE) e Juazeiro do Norte (CE).

A proposta de terceirização dos presídios se baseia em dois principais fundamentos, quais sejam: a suposta redução dos crescentes custos com os encarcerados para o Estado e seus contribuintes, e a possibilidade de se alcançar a pretensa função de ressocialização, inviável num cenário de superpolução carcerária, com condições de vida subumanas, teoricamente resultantes apenas da decantada falência do sistema prisional.

Assim, os defensores da privatização das prisões pretendem atribuir todas as mazelas do sistema carcerário a uma administração pública ineficaz.

Embora não seja o enfoque do presente estudo, é importante salientar que se acredita não poder-se atribuir somente a inviabilidade de se alcançar a pretensa função de ressocialização dos encarcerados às atuais condições carcerárias. A própria técnica de pretender reinserir o preso excluindo-o do convívio social já é fadada ao fracasso. *"Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir."* [3]

Percebe-se que a terceirização dos presídios se adequa ao projeto neoliberal, de redução da presença do Estado, transferindo para a iniciativa privada o controle de setores relevantes para a sociedade. Além do mais, a iniciativa de tornar particular a segurança "pública" tem partido da própria sociedade. O crescente sentimento de insegurança tem levado a população (aqueles que têm condições de pagar para tanto), a contratar empresas privadas de segurança, que atualmente tem um contigente maior garantindo a segurança daqueles que pagaram por ela, do que policiais nas ruas.[4]

Portanto, a flexibilização do monopólio do poder punitivo estatal não apenas é aceita como exigida por uma sociedade amedrontada pelos meios de comunicação, *"legitimadores e mantenedores da crença popular na funcionalidade do sistema penal."* [5]

A espetacularização da criminalidade promovida pela mídia[6] é uma forma de explorar o medo da sociedade, promovendo a "venda" do sistema penal,[7] que passa a ser anunciado como "produto" destinado a fornecer segurança e tranqüilidade à população.[8]

---

[3] Alessandro Baratta. *Criminologia crítica e crítica do direito penal,* p. 186.

[4] Guimarães demonstra como o sentimento de insegurança, propositadamente difundido pela mídia, é grande responsável pela exploração da segurança: "Por fim, a característica mais execrável da substituição do Estado de bem-estar pelo Estado policial ou penal, é o lucro fácil que os grandes grupos empresariais auferem com a administração do medo imposto à sociedade na forma de insegurança total. As empresas de segurança privada, de prestação de serviços para o sistema penitenciário, de pretenso combate ao crime de uma forma geral, nunca lucraram tanto como nos dias atuais." p. 300

[5] Claudio Alberto Gabriel Guimarães, p. 267.

[6] Sobre a vinculação mídia-sistema penal, Batista, 2003.

[7] "é bom que fique claro, os lucros da indústria do controle do crime não se orginam tão-somente da administração e contrução dos presídios. Outras importantes fontes de lucros se verificam na automação dos acessos às unidades carcerárias, na instalação dos controles de segurança, com alarmes, câmeras de vídeo, sensores, entre outros dispositivos e, até mesmo, com o controle dos que estão em sursis ou livramento condicional, através de braceletes que monitoram seu deslocamento." Claudio Alberto Gabriel Guimarães, p. 299.

[8] Maria Lúcia Karam. *De crimes, penas e fantasias...* p. 196/197

Todavia, o Estado não pode pretender desvincular-se de suas obrigações sob a justificativa de desonerar-se. Vale lembrar que, segundo a clássica formulação contratualista, o direito excepcional de privar alguém de sua liberdade fundamenta a própria razão de ser do Estado, que tem o monopólio do direito de punir, que é indelegável, instransferível, sob pena de voltar a admitir-se a vingança privada.

## 2. Surgimento das prisões

A análise histórica do surgimento do cárcere como pena é imprescindível para considerarmos sua real função. Para tanto, devemos analisar os sistemas punitivos como fenômenos sociais, sendo indispensável nos desfazermos *"antes de tudo, da ilusão de que a pena seja, principalmente (se não exclusivamente), um modo de repressão dos delitos"*.[9]

Verifica-se uma estreita relação entre a pena privativa de liberdade e o trabalho, havendo uma evidente conexão entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da pena privativa de liberdade.

> Num sistema de produção pré-capitalista, o cárcere como pena não existe. Essa afirmação é historicamente verificável, advertindo-se que a realidade feudal não ignora propriamente o cárcere como instituição, mas a pena do internamento como privação da liberdade. Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas, mas não se pode afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada por um determinado período de tempo e não acompanhada por nenhum outro sofrimento, fosse conhecida e portanto prevista como pena autônoma e ordinária [...] as primeiras hipóteses historicamente aceitáveis de pena carcerária devem ser localizadas no final do século XIV, na Inglaterra, num momento em que o sistema socioeconômico feudal já dava mostras de profunda desagregação.[10]

Tem-se, portanto, que o advento do capitalismo exigia a criação de uma grande reserva da força de trabalho. Em contrapartida, no mesmo período

> [...] o trabalho tornava-se relativamente um bem escasso. Os capitalistas do período mercantilista podiam obter força de trabalho somente no mercado livre, através do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis [...] O início do desaparecimento da reserva de mão-de-obra representou um duro golpe para os proprietário dos meios de produção [...] Os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital.[11]

---

[9] Ibidem, p. 192.
[10] Melossi e Pavarini, *Carcere e fábrica*, p. 21
[11] Rusche e Kirchheimier, *Punição e estrutura social,* pg. 47

Para atender a demanda criada, as instituições penais passaram a tornar os encarcerados funcionais para as indústrias. Alterou-se a forma de punição à medida que se percebeu a possibilidade de lucrar com os encarcerados, não sendo mais interessante matá-los ou impor-lhes uma pena corporal, já que poderiam ser explorados em prol do novo sistema que se estabelecia.

> A possibilidade de lucros era um motivo decisivo para a instituição das casas de correção. Henelius, um de seus defensores mais ativos, argumentava em favor da substituição da pena de morte pelo confinamento, dizendo que a execução pode ser mais barata de um ponto de vista imediato, mas que a longo prazo era improdutiva e até mesmo mais cara, de modo que a nova forma de punição iria forçar os delinqüentes a trabalhar para o Estado.[12]

A tentativa de criar uma grande reserva de mão de obra alterou, inclusive, o tratamento destinado aos pobres. Passou-se a repudiar o ócio em que muitos deles viviam, criminalizando a vadiagem e a mendicância, aumentando assim o número de encarcerados que poderiam ser explorados. Além de produzir a mão de obra desejada, atendia ainda o ideal de "limpar" as cidades destes cidadãos indesejáveis.

Desta forma, o cárcere tornou-se imprescindível para a economia capitalista, tendo as penitenciárias se transformado em verdadeiro depósito de mão-de-obra desqualificada. Os baixos salários dos encarcerados e o controle que se tem sobre eles foram importantes fatores no crescimento da produção capitalista.

Para aperfeiçoar o controle estatal sobre os encarcerados, Bentham cria um:

> [...] estabelecimento carcerário "panóptico", ou seja, a construção de um estabelecimento radial, com pavilhões a partir de um centro, comum, de onde se consegue o máximo de controle sobre toda a atividade diária do indivíduo, com um mínimo de esforço. A partir do centro, um único guarda pode observar todos os pavilhões com apenas um giro da cabeça. A ideologia da pena era a do treinamento, mediante controle estrito da conduta do apenado, sem que este pudesse dispor de um só instante de privacidade. Essa ideologia será expandida e reformulada pelos diversos criadores de regimes e sistemas "progressivos", mas no fundo seguirá sendo a mesma: vigilância, arrependimento, aprendizagem, "moralização" (trabalhar para a felicidade). Em geral, corresponde à forma de trabalho industrial, tal como era concebida e praticada na época: a vigilância estrita do trabalhador na fábrica, o controle permanente pelo capataz, a impossibilidade de dispor de tempo livre durante o trabalho etc. As analogias entre o cárcere e a fábrica têm sido estudadas nos últimos anos, com resultados satisfatórios e reveladores. Não podia ser outra maneira, por quanto se havia concebido o cárcere como o treinamento dos desordeiros para as fábricas.[13]

---

[12] *Ibidem,* p. 71.

[13] Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro,* v. 1, p. 279

O principal efeito do panóptico é o preso se conscientizar da possibilidade de estar sendo vigiado a qualquer momento, embora nem sempre o estivesse efetivamente, sendo um importante instrumento de discliplina.[14]

É importante salientar que o cárcere como pena não é somente uma forma de produzir mão-de-obra, mas uma forma de conter a massa operária. O encarceramento desempenha também o papel de adaptar os presos à disciplina da fábrica. Para Michel Foucault a utilidade do trabalho penal é a construção desse universo disciplinar que representa a relação de poder do sistema econômico:

> Fabricação de indivíduos-máquinas, mas também de proletários; efetivamente, quando o homem possui apenas "os braços como bens"' só poderá viver "do produto de seu trabalho" pelo exercício de uma profissão, ou do produto do trabalho alheio, pelo ofício do roubo [...] O trabalho pelo qual o condenado atende a suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil. E é nesse ponto que intervém a utilidade de uma retribuição pelo trabalho penal; ela impõe ao detento a forma 'moral' do salário como condição de sua existência. O salário faz com que se adquira 'amor e hábito' ao trabalho; dá a esses malfeitores que ignoram a diferença entre o meu e o teu o sentido da propriedade.[15]

Vê-se, portanto, que o encarceramento reproduz as desigualdades sociais, pois é necessário manter a diversidade na distribuição de renda e dos meios de produção, visto que o desenvolvimento do capitalismo depende dessa desigualdade, capaz de manter as relações de submissão e de exploração.[16]

---

[14] Foucault demonstra a importância do Panóptico na adaptação do homem à disciplina da fábrica: "O panóptico, ao contrário, tem um papel de amplificação; se organiza o poder, não é pelo próprio poder, nem pela salvação imediata de uma sociedade ameaçada: o que importa é tornar mais fortes as forças sociais – aumentar a produção, desenvolver a economia, espalhar a instrução, elevar o nível da moral pública; fazer crescer e multiplicar." (Michel Foucault. Vigiar e Punir, p. 172).

[15] Michel Foucault. *Vigiar e Punir,* p. 204.

Nesse sentido, ainda, Foucault alega que "Em sua concepção primitiva o trabalho penal não é o aprendizado deste ou daquele ofício, mas o aprendizado da própria virtude do trabalho. Trabalhar sem objetivo, trabalhar por trabalhar, deveria dar aos indivíduos a forma ideal do trabalhador. Talvez uma quimera, mas que havia sido perfeitamente programada e definida pelos quakers na América (constituição das workhouses) e pelos holandeses. Posteriormente, a partir dos anos 1835–1840, tornou–se claro que não se procurava reeducar os delinqüentes, torná–los virtuosos, mas sim agrupá–los num meio bem definido, rotulado, que pudesse ser uma arma com fins econômicos ou políticos. O problema então não era ensinar–lhes alguma coisa, mas ao contrário, não lhes ensinar nada para se estar bem seguro de que nada poderão fazer saindo da prisão." *(*Michel Foucault. *Microfísica do poder,* p. 76*)*

[16] A este respeito, comenta Baratta: *"o cárcere reflete, sobretudo nas características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais 'pura', das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração.* (Alessandro Baratta. *Criminologia Crítica e a crítica do Direito penal*, p. 186)

Cabe salientar que a questão atual já não mais envolve a escassez de mão-de-obra, mas a lucratividade e o controle. Se a pena privativa de liberdade surgiu para atender a demanda do sistema capitalista que começava a ascender, hoje vigora com propósitos diferentes. O cárcere funciona como fábrica de exclusão, permitindo um eficaz controle da massa proletariada.

Nesse contexto, Guimarães afirma que

> já não há como escamotear, portanto, a clara e incisiva utilização do cárcere como forma de controle social direcionada por determinadas classes sociais contra outras, com o fim precípuo de manter a escala vertical da sociedade, pela via da disciplina social que sempre gira em torno de intereses econômicos e políticos amplamente segmentados.[17]

Vale lembrar da teoria do *labeling approach,*[18] que acenou para o fato de que o poder de criminalização e o exercício deste poder estão ligados à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade.

Deste modo, criminaliza-se a classe social desprivilegiada, dificultando, senão impedindo, qualquer chance de sua ascenção sócio-econômica, garantindo à classe hegemônica manter-se como detentora dos meios de produção, dominando os bens e oportunidades.

Assim, conforme salientado por Rusche e Kirchheimer, tem-se que

> Todo sistema de produção tem uma tendência a descobrir (e a utilizar) sistemas punitivos que correspondem às próprias relações de produção.[19]

Tem-se, portanto, que a pretensa função de ressocialização não é alcançada não somente devido à falência do nosso sistema prisional, como pretendem fazer crer os defensores da privatização das prisões, mas porque é uma meta que não pretende ser alcançada pelo cárcere, seja ele gerido pelo setor público, e principalmente se administrado pelos particulares, detentores dos meios de produção, principais beneficiados pela desigualdade social reproduzida nas prisões.

Sendo assim, é evidente a relação entre o surgimento da pena privativa de liberdade e o trabalho penal.

## 3. A privatização

Vê-se, pois, que existe uma evidente relação entre o surgimento do cárcere e o modo de produção capitalista, tendo a pena privativa de liberdade surgido como forma de exploração da mão-de-obra dos presos, e como um instrumento para manter a

---

[17] Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista,* p. 212.

[18] Alessandro Baratta. *Criminologia Crítica e a crítica do Direito penal.* pp. 101-116.

[19] George Rusche; Otto Kirchheimer. *Punição e estrutura social,* pg. 39.

desigualdade social, não apenas típica da sociedade capitalista, mas imprescindível para sua existência.

Entretanto, percebeu-se que o cárcere podia render ainda mais, podendo os presídios tornarem-se empresas comerciais para particulares.

> O encarceramento tornou-se assim uma verdadeira indústria – e uma indústria lucrativa. Pois a política do 'tudo penal' estimulou o crescimento exponencial do setor das prisões privadas, para o qual as administrações públicas perpetuamente carentes de fundos se voltam para melhor rentabilizar os orçamentos consagrados à gestão das populações encarceradas. Elas eram 1.345 em 1985; serão 49.154 dez anos mais tarde, faturando dinheiro público contra a promessa de economias ridículas: alguns centavos por dia e preso, mas que, multiplicados por centenas de milhares de cabeças, justificariam a privatização de fato de uma das funções régias do Estado. Um verdadeiro comércio de importação-exportação de prisioneiros que prospera hoje entre os diferentes membros da União: a cada ano, o Texas 'importa' vários milhares de detentos dos estados vizinhos, ao arrepio do direito de visita das famílias, para reenviá-los no fim da pena para suas cidades de origem, onde serão consignados sob liberdade condicional.[20]

Utilizando-se da exaltada falência do sistema prisional, e sob os falsos argumentos de desonerar o Estado e seus contribuintes e de viabilizar a ressocialização dos encarcerados, há um crescente movimento em prol da terceirização dos presídios.

A superpopulação carcerária, as condições subumanas e o desrepeito à dignidade dos presos são realidades em nosso sistema prisional. Entretanto, não podemos admitir a solução simplista de aceitar a incapacidade do Estado em gerir os presidíos, e passar tal função, de privar a liberdade dos cidadãos, à iniciativa privada, para que possa lucrar com o sofrimento humano.

A execução da pena é uma função pública instranferível. Há tempos que não mais se admite que um particular coaja outrem com o uso da força, cabendo exclusivamente ao Estado assegurar a ordem pública.

É impossível transferir a administração das prisões aos particulares sem que isso resulte, inevitavelmente, na cessão da função jurisdicional do Estado a particulares, delegação eivada de inconstitucionalidade.

Desse modo, a delegação da administração dos presídios implica em destituir o Estado do seu monopólio do direito de punir.

Tendo em vista que a coação e o uso da força são indispensáveis à administração de instituições penais, admitir-se-ia que o particular responsável pelo gerenciamento da prisão mate um interno ao empreender uma força para evitar uma rebelião, ou mesmo para proteger outro interno?

---

[20] Loïc Wacquant. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos,* p. 31.

Além disso, serão os particulares administradores do presídio responsáveis por decidir políticas disciplinares no âmbito interno das prisões, como o julgamento de infrações?

Ademais, é inconcebível que a iniciativa privada possa enriquecer-se com a exploração do trabalho dos encarcerados, mercado que se mostra cada vez mais promissor.

> Essa promissora indústria, apenas na esfera das cadeias locais norte-americanas, movimentou algo como US$ 65 bilhões no ano de 1994. Leia-se a respeito o convite estampado em catálogo da Associação Americana das Cadeias Locais para conferência de treinamento e exposição de produtos, negócios e oportunidades ocorrida em maio de 1994, em Indiana:
>
> "Expo Prisão 1994: Participe do mercado de US$ 65 bilhões das cadeias locais.
>
> O público-alvo da 'Expo Prisão' é constituído por tomadores de decisão na área das prisões locais — xerifes dos condados, administradores de estabelecimentos correcionais, autoridades locais, diretores de serviços médicos e alimentares, arquitetos, engenheiros — pessoas de todos os pontos do país envolvidas em questões relativas à administração de cadeias locais, novos produtos, serviços e tendências. Existem mais de 100.000 pessoas que trabalham nas quase 3.400 cadeias locais dos Estados Unidos. Apenas no ano passado mais de US$ 65 bilhões foram movimentados por essa indústria. O mercado das cadeias locais é muito lucrativo! Cadeias são um Grande Negócio'.[21]

Portanto, não há como se admitir que um particular possa explorar o trabalho de outro particular, atráves da execução de sanções penais, que só pode ser praticada pelo Estado.

Os defensores da privatização dos presídios afirmam sua necessidade em prol da efetivação da dignidade dos encarcerados, o que, de acordo com eles, só seria possível com a terceirização das prisões.

Entretanto, a prática tem demonstrado justamente o contrário. Utilizando-se do direito comparado, posto que os exemplos brasileiros além de ínfimos são muito recentes para se fazer um estudo mais aprofundado, constata-se que os investimentos para ressocialização dos presos foram reduzidos, o que nos parece óbvio. Se nos presídios administrados pelo Estado, os quais não deveriam ter como objetivo auferir lucro, não há incentivo na reeducação dos encarcerados, menos ainda haverá na administração dos particulares, cuja pretensão é obter lucro com a exploração desse mercado em ascenção.

---

[21] Laurindo Dias Minhoto. *As prisões do mercado.*

Minhoto ainda traz à baila o programa de uma conferência patrocinada pelo Instituto Nacional de Justiça dos EUA, ocorrida em junho de 1999: "Tecnologia de Aplicação da Lei para o Século XXI: A Alternativa Não Letal". Objetivos da conferência: aguçar a percepção quanto às demandas da aplicação da lei; entender a importância do valor tecnológico incorporado à aplicação da lei; destacar as oportunidades de transferência de tecnologia para a indústria de defesa; enfatizar as oportunidades industriais no mercado da aplicação da lei.

> Uma pesquisa realizada em 1995 junto a 823 diretores de prisão (wardens) confirma o abandono do ideal da 'reabilitação' em proveito da função única de 'neutralização' do encarceramento e o endurecimento correlativo das condições de detenção (Johnson, Bennet and Flanagan, 1997:24-41). Dois terços dos pesquisados dizem ter reduzido ou suprimido os programas de educação pós-secundária em seu estabelecimento, 47% o uso do tabaco, 40% o boxe e as visitas conjugais (lá onde eram praticadas) e um terço a leitura de revistas de caráter sexual, o uso de roupas pessoais e de pesos e halteres e a odontologia estética. Ademais, mais de 70% dos diretores de prisão desejam limitar ou eliminar a distribuição de contraceptivos, o pagamento das verbas para deficientes físicos, enquanto a metade preconiza restringir o acesso dos detentos à entreajuda jurídica e à assistência jurídica gratuita. A comparação com pesquisas anteriores mostra que os diretores de prisão atuais têm orientações nitidamente mais punitivas do que seus predecessores (Cullen et al., 1993).[22]

Também nos exemplos brasileiros os objetivos que pretendem justificar a terceirização das penitenciárias não são cumpridos, sendo que cenários de tortura, maus tratos, exploração e violência psíquica permanecem, em nada alterando a vida dos encarcerados, havendo até mesmo aqueles que solicitam retornar para as cadeias estatais. (Fortaleza, 2001)

Além do mais, outra questão que se coloca, que vai de encontro justamente com outro dos fundamentos levantados em prol da terceirização dos presídios, é sobre o interesse dos particulares responsáveis pela execução penal – pois é o que efetivamente são quando administram as prisões – em diminuir a criminalidade.

Ora, se os particulares terão lucros com base na exploração dos presos, haverá interesse em reduzir a população carcerária, responsável pelos lucros exorbitantes que fazem do sofrimento humano um grande negócio?

Os lucros estão intimamente correlacionados com a própria existência da criminalidade. Logo, crê-se que não haverá qualquer interesse em reduzir as taxas de reincidência. Pelo contrário, quanto maior o número de criminosos, maior o número de mão-de-obra a ser explorada, e, consequentemente, maior o lucro.

Constata-se que a população carcerária dos EUA aumentou vertiginosamente desde a implementação das prisões privatizadas.

> Em seguida, o número de detentos mantidos nas prisões com fins lucrativos cresceu em um ritmo frenético: de 3.100 em 1987 saltou para 15.300 três anos mais tarde, ultrapassando 85 mil em 1996. Segundo as projeções do Private Corrections Project da Universidade da Flórida, em Gainesville, esta cifra deverá duplicar de novo a cada dois anos para elevar-se a 276 mil posto em 2001. Dos 5º de hoje, a parte do setor comercial poderia ultrapassar um quarto da população carcerária dos Estados Unidos antes de dez anos. Inimaginável há apenas quinze anos, a

[22] Loïc Wacquant. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos,* p. 88.

> prisão privada é hoje uma realidade incontornável da paisagem penal americana. Melhor: uma "indústria" em pleno boom, destinada a um futuro radioso, o que faz dela a queridinha da Bolsa.[23]

Wacquant ainda demonstra que essa criminalização é selecionada, recaindo basicamente sobre a população negra, pobre ou latina, havendo uma criminalização da miséria.

Outro falácia utilizada na defesa da terceirização dos presídios é a questão da redução do investimento estatal. Alega-se que as prisões privatizadas, além de melhorarem as condições dos encarcerados – que já vimos que não é a realidade – ainda o fariam sem investimento do Estado, ou seja, supostamente deixando de onerar os seus contribuintes.

Todavia, este fato também é não constatado na prática.

> Entre 1982 e 1993, os orçamentos das administrações penitenciárias aumentaram em 254%, enquanto as somas destinadas às funções de justiça em seu conjunto cresceram 172% e as despesas globais dos estados em 140%. Em fim de período, a América gasta 50% a mais em suas prisões do que em sua administração judiciária (32 bilhões de dólares contra 21 bilhões), enquanto 10 anos antes as dotações das duas administrações eram similares (em torno de 7 bilhões cada uma). A função carcerária absorve hoje em dia um terço do orçamento da justiça, contra um quarto na primeira metade da década de 80. As somas engolidads pelo país só para a construção de penitenciárias e de cadeias disparam entre 1979 e 1989: mais 612%, ou seja, três vezes o ritmo de crescimento dos gastos militares em nível nacionais, os quais, no entanto, gozaram de favores absolutamente excepcionais durante as presidência de Reagan e Bush. A construção de prisões conhece uma explosão tal que vários condados e estados se vêem às voltas com falta de fundos para contratar o pessoal necessário para a abertura dos estabelecimentos que constroem![24]

Vê-se, pois, que a única melhoria alcançada com a implementação da terceirização dos presídios tem sido o aumento no lucro dos particulares que a administram.

## 4. Conclusão

A terceirização dos presídios se coaduna com o ideal neoliberal, em ascenção, de redução do aparelho estatal no âmbito social, ampliando a intervenção penal.

---

[23] Ibidem, p. 86.
[24] Ibidem, p. 76.

Observa-se um grande desinteresse da sociedade em discutir soluções para redução da criminalidade, que se vê seduzida pela proposta de desonerar o Estado e a si própria dos encargos com os encarcerados.

Não se pode reduzir todo o problema da execução penal a uma questão meramente de custo-benefício. Além de termos demonstrado a falsidade na alegação de desoneração Estatal, ainda que ela fosse real, o Estado não pode delegar ou transferir o direito de punir, que lhe é exclusivo e que fundamenta sua própria razão de ser.

Além do mais, verificou-se que o processo de privatização das cadeias americanas, onde a tercerização já está consolidada há algum tempo, se transformou em uma indústria de criar presos, comprovando, assim, ser fundado o receio de que os interesses privados de obteção de lucro com a exploração dos encarcerados intervenham nas políticas adotadas. Afinal, se a mão-de-obra do preso é a responsável pelos lucros exorbitantes alcançados pela iniciativa privada, quanto mais mão-de-obra, maior o lucro.

É inconcebível a implementação de um sistema penal baseado na obtenção do lucro a custa do sofrimento humano. A possibilidade de privar um cidadão de sua liberdade somente é admissível quando exercida pelo Estado, através da imposição e execução das sanções penais.

Conclui-se, portanto, que é preciso eliminar de vez qualquer pretensão de terceirizar a execução penal, função exclusiva do Estado.

## Referências bibliográficas

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 254 p. ISBN 85-353-0188-7.

Batista, Nilo. "Mídia e sistema penal no capitalismo tardio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, SP , v. 11, n. 42 , p. 242-263, jan/mar 2003.

Fortaleza. *Jornal O Povo,* Fortaleza, 08 de agosto. 2001. Disponível em ‹www.noolhar.com.br/opovo/fortaleza/27756.html› acessado em 03/02/2005.

Foucault, Michel. *Microfísica do poder.* 22ª. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006. 295 p. ISBN 8570380194

— *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.* 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000. ISBN 8532605087

Guimarães, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.* Rio de Janeiro: Revan, 2007. 349 p. ISBN 978-85-7106-355-6.

Karam, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias.* 2ª ed. Niteroi: Luam, 1993. 207 p.

Melosi, Dário e Massimo Pavarini. *Carcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX).* Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. 272 p. ISBN 85-7106-335-4.

Minhoto, Laurindo Dias. *As prisões do mercado. Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 55-56, 2002.

Moreira, Rômulo de Andrade. *A privatização das prisões.* Disponível em ‹http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html› acessado em 29/09/2007.

Neto, Eduardo Araújo. *Aspectos sobre a privatização dos presídios no Brasil.* Disponível em ‹http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/print.asp?iCodigo=76› acessado em 28/09/2007.

Rusche, George, Otto Kirchheimer. *Punição e estrutura social.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 282 p. ISBN 853530178X

Wacquant, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001. 157 p. ISBN 85-353-0218-2.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Nilo Batista. Alejandro Alagia. Alejandro Slokar. *Direito penal brasileiro*: *teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 660 p. ISBN: 8571062749.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal brasileiro:* parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p. ISBN 85203217204.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 497-522, ISSN 1570-4974

**Karen van Rompaey (Uruguay)***

# Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos

## RESUMEN

**El estudio de la relación entre la propiedad intelectual y los derechos humanos ha ido ganando terreno en los últimos años a la luz de la globalización de las patentes farmacéuticas a través del sistema multilateral de comercio y su impacto en la salud global y los derechos humanos. Este trabajo busca desentrañar el actual régimen de propiedad intelectual, su evolución y su dialéctica, centrándose en su relación con el acceso a las medicinas y el derecho a la salud. La salud es un derecho humano fundamental. Su realización comporta la protección, promoción y materialización, entre otros elementos, de un acceso equitativo a los medicamentos por los Estados en coordinación con otros actores no estatales y organismos internacionales. El presente trabajo sostiene que el acceso a las medicinas y el derecho a la salud de la mayoría de la población mundial, en particular de sus sectores más vulnerables, están amenazados por el actual sistema de propiedad intelectual orientado al mercado. Avanzar hacia un acceso a los medicamentos con equidad a escala mundial requiere, entre otras medidas, que el derecho a la salud se difunda e incorpore en todas las legislaciones y en los procesos de formación de políticas nacionales e internacionales. De esta forma, los países en desarrollo podrán extraer la base legal y moral para utilizar las flexibilidades que brinda el sistema global de patentes y asegurar una mayor accesibilidad física y económica a las medicinas, así también como el fundamento para la cooperación internacional que promueva la salud y los derechos humanos a escala global.**

**Palabras clave: propiedad intelectual, patentes farmacéuticas, derecho a la salud, acceso a los medicamentos, derechos fundamentales, globalización económica, comercio internacional, ADPIC, países en desarrollo.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die Untersuchung des Verhältnisses von geistigen Eigentumsrechten und Menschenrechten hat in den vergangenen Jahren angesichts der Globalisierung von Pharma-Patenten über das multilaterale**

*Master (con distinción) en Economía Política Internacional de la Universidad de Warwick (Inglaterra). Actualmente trabaja como asesora en relaciones internacionales y responsable para el seguimiento de la cooperación europea y del Mercosur al Uruguay en el Departamento de Cooperación Internacional de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), ex becaria de la Fundación Konrad Adenauer. ‹kvanrom@hotmail.com›

Handelssystem und deren Auswirkungen auf das internationale Gesundheitssystem und die Menschenrechte an Bedeutung gewonnen. Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, das bestehende System geistiger Eigentumsrechte, seine Entwicklung und seine Dialektik darzustellen und geht dabei auf die Beziehung zwischen dem Zugang zu Medikamenten und dem Recht auf Gesundheit ein. Gesundheit ist ein grundlegendes Menschenrecht. Seine Umsetzung impliziert unter anderem, dass die Staaten gemeinsam mit weiteren nicht-staatlichen Akteuren und internationalen Organisationen den gleichberechtigten Zugang zu Medikamenten schützen, fördern und praktisch umsetzen. Die vorliegende Untersuchung vertritt die Auffassung, dass die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit und Zugang zu Medikamenten bei der Mehrheit der Bevölkerung, besonders aber bei den am meisten gefährdeten Gruppen, durch das bestehende Marktorientierte System der geistigen Eigentumsrechte gefährdet wird. Um Fortschritte auf dem Weg zu einem weltweit gleichberechtigten Zugang zu Medikamenten zu erreichen, ist es unter anderem erforderlich, das Recht auf Gesundheit bekannt zu machen und in die Gesetzgebung sowie nationale und internationale politische Entscheidungsprozesse einfliessen zu lassen. Damit würden die Entwicklungsländer über die notwendige gesetzliche und moralische Grundlage verfügen, um die Möglichkeiten des globalen Patentsystems flexibel zu nutzen und so den Zugang zu Medikamenten materiell und ökonomisch zu erleichtern. Gleichzeitig würde eine Grundlage für eine internationale Kooperation zur weltweiten Verbesserung der Gesundheits- und Menschenrechtssituation geschaffen.

**Schlagwörter**: Geistiges Eigentum, Pharma-Patente, Recht auf Gesundheit, Zugang zu Medikamenten, Grundrechte, wirtschaftliche Globalisierung, Welthandel, ADPIC, Entwicklungsländer.

## ABSTRACT

The study of the relationship between intellectual property and human rights has been gaining momentum lately in the light of the globalization of pharmaceutical patents through the multilateral trade system and its impact in global health and human rights. This paper seeks to unfold the current intellectual property system, its development and dialectics, focusing on its impact on access to medicines and the right to health. Achieving this right carries the protection, promotion and fulfillment, among other elements, of equitable access to medicines by the States yet in coordination with other non-state actors and international bodies. This paper argues that access to medicines and the right to health for the most vulnerable sectors of the world's population are threatened by the current market-driven IP system. Advancing equitable access to medicines worldwide requires the mainstreaming of the right to health in all national and international policy-making processes. In so doing, developing countries may gain the moral and legal basis for securing increased physical accessibility and affordability of medicines as well as international cooperation towards the realization of global health and human rights.

**Key words:** intellectual property, pharmaceutical patents, right to health, access to medicines, fundamental rights, economic globalization, international trade, TRIPS, developing countries.

## 1. Introducción

Paradójicamente, en la era de la globalización y la biotecnología las enfermedades infecciosas continúan matando a diez millones de personas por año, 90% de las cuales viven en el mundo en desarrollo.[1] Muchas de estas enfermedades son prevenibles, como la diarrea, las enfermedades respiratorias graves, las paperas, la malaria y las enfermedades derivadas de la malnutrición.[2] Solo el 15% de la población mundial consume el 90% de la producción farmacéutica.[3] Asimismo, el acceso a los medicamentos esenciales[4] se le niega a una tercera parte de la población mundial.[5] Como sugieren estos números, la salud global y el acceso a las medicinas están regidos por profundas desigualdades.[6]

El acceso a las medicinas es un componente esencial del derecho a la salud. Los Estados poseen la obligación legal —resultante de haber ratificado varios instrumentos internacionales de derechos humanos— de respetar, proteger y promover el más alto estándar de salud física y mental de sus pueblos de una manera equitativa y no discriminatoria.[7] El acceso a los medicamentos es un tema sensible por dos aspectos interrelacionados: la accesibilidad física y la asequibilidad.[8] Actualmente, las iniciativas de investigación y desarrollo (I+D) en medicamentos son lideradas predominantemente por grandes compañías farmacéuticas que persiguen el lucro. Las ganancias, por su parte, se aseguran a través del régimen de propiedad intelectual global que permite que las compañías recuperen sus inversiones en I+D a través de la explotación de patentes monopólicas durante veinte años o más.[9] Por un lado, este sistema orientado al mercado desincentiva la I+D[10] en las llamadas *enfermedades desatendidas* (*neglected diseases*), como el mal de Chagas, la encefalitis letárgica o la enfermedad del sueño (*sleeping sickness*), entre otras. Los mercados para estas medicinas son en su mayoría poblaciones que viven en extrema pobreza, de manera que para las empresas farmacéuticas no es rentable invertir en investigación ni producir estas drogas, lo que resulta

---

[1] 't Hoen, 2005, p. 203.

[2] Banco Mundial, 2006.

[3] Para ilustrar esto, de las 1223 sustancias químicas desarrolladas entre 1975 y 1996, solamente 11 fueron destinadas al tratamiento de enfermedades tropicales (OMS, 2001).

[4] La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a los medicamentos esenciales como aquellos "que satisfacen las necesidades prioritarias del cuidado de la salud primaria de la población […] que son seleccionados de acuerdo con la prevalencia de las patologías y enfermedades, la evidencia que sustenta su eficacia, su seguridad y costo comparativo. Se busca que las medicinas esenciales estén siempre disponibles en cantidades suficientes, en las dosis apropiadas y con la calidad asegurada y a un precio que el individuo y la comunidad puedan solventar" (OMS, 2006).

[5] Hunt, 2007*a*.

[6] Ibídem.

[7] Hunt, 2004, 2007*a*.

[8] Hunt, 2007*a*.

[9] Hunt, 2004.

[10] En 1990, un reporte de la Comisión de Investigación en Salud para el Desarrollo reveló que el 10% del financiamiento para I+D era dedicado al 90% de los temas de salud global —la llamada *brecha 90/10*—. Ello demuestra que hay una falla de mercado para aquellas enfermedades que primordialmente afectan al mundo en desarrollo (Milstein y Kaddar, 2006, p. 361).

en una falta de acceso físico a los medicamentos para las poblaciones afectadas.[11] Por otra parte, allí donde sí existe un mercado rentable —por ejemplo, para las drogas antirretrovirales (ARV) para tratar el SIDA—, el sistema de patentes y la inelasticidad relativa de la demanda elevan el precio de las medicinas, volviéndolas inaccesibles para grandes grupos de la población mundial.[12]

El estudio de la relación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos ha ido ganando terreno, dadas las repercusiones que para la salud y los derechos humanos a escala global tiene la globalización del sistema de patentes para las medicinas y los desarrollos vinculados a la salud.[13] Mientras en los años sesenta y setenta los países en desarrollo eran libres de determinar sus propias leyes de patentes, el régimen de propiedad intelectual se fue endureciendo a partir de los ochenta.[14] La inclusión de los derechos de propiedad intelectual en el sistema multilateral de comercio a través de la negociación del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) resultó en la internalización de un mínimo de (altos) estándares en las legislaciones nacionales. En particular, para el caso del acceso a los medicamentos, el fortalecimiento de las reglas de propiedad intelectual ha repercutido en el encarecimiento del precio[15] de las medicinas, con lo que compromete la realización del derecho a la salud en los países en desarrollo.[16] Esto, a su vez, plantea un dilema ético global[17] en torno a la cuestión de si es correcto que las medicinas esenciales sean patentables.[18]

El presente ensayo examina el régimen de la propiedad intelectual global y su relación con el acceso a las medicinas desde la perspectiva del derecho a la salud. En este marco se argumenta que el acceso verdaderamente global y equitativo a las medicinas, y por ende al derecho a la salud de la población mundial, se encuentra amenazado por el actual sistema de patentes orientado al mercado inscrito en las reglas de comercio internacional. El trabajo sostiene, en cambio, que es necesario un abordaje del acceso a los medicamentos basado en los derechos (*rights-based approach*) para avanzar la realización del derecho a la salud a escala mundial. Con este fin se debería promover la conceptualización de la salud como un derecho humano y la difusión masiva del abordaje de la salud basado en los derechos en todos los procesos de diseño de política relevantes. Un abordaje de la salud y el acceso a las medicinas basado en los derechos

---

[11] Véase, por ejemplo, "t Hoen: o. cit., y Milstien y Kaddar: o. cit.

[12] Hunt, 2004, par. 43.

[13] Cullet, 2005.

[14] Eren-Vural, 2007.

[15] Por ejemplo, un estudio conducido por la OMS reveló que las compañías farmacéuticas estaban marcando los precios de las drogas ARV más altos para aquellos países de ingresos bajos y medios, donde no hay verdadero riesgo de competencia con la industria genérica (Vasan et al., 2006, p. 396).

[16] Ibídem.

[17] Varios autores suscriben a la idea de que las medicinas y los desarrollos relacionados con la salud representan un bien público (*public good*). El dilema se inscribe en la cuestión más amplia sobre la producción y distribución equitativa de los bienes públicos, que involucra una compleja y controvertida relación entre valores y deberes (Pakes, 2006, p. 341).

[18] Cullet: o. cit., p. 179.

humanos provee el sustento moral y legal para la cooperación internacional, al tiempo que brinda el espacio para la formulación de políticas (*policy space*) necesario para las estrategias de desarrollo nacional congruentes con todos los derechos humanos de todas las personas. Por otra parte, esto contribuiría a asegurar medicinas más económicas y accesibles para todos, mejorando el nivel de salud física y mental, en particular el de los grupos más vulnerables de la población.[19]

La primera sección del trabajo explora el abordaje de la salud basado en los derechos (humanos). La segunda sección discute la evolución y las principales características del régimen de propiedad intelectual y su impacto en el acceso a las medicinas. La tercera examina las posibilidades de un acceso más equitativo a las medicinas, a través de un esquema de los actores y sus estrategias, y las responsabilidades compartidas respecto a la salud global. La sección final presenta algunos comentarios a modo de conclusión.

## 2. El nexo entre salud y derechos humanos: el derecho a la salud

La salud y los derechos humanos están intrínsecamente vinculados.[20] Las violaciones a los derechos humanos —como la tortura y otros abusos derivados de guerras, conflictos, crisis económicas, desigualdades sociales, raciales y de género— generan efectos nocivos sobre el bienestar físico y mental de los individuos.[21] Concomitantemente, los programas, políticas y prácticas de salud pública pueden ejercer impactos sobre los derechos humanos.[22] En términos prácticos, los profesionales de la salud no solo tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos a la hora de formular políticas, programas y prácticas de salud pública, sino también, desde su posición como trabajadores de la salud, la de contribuir activamente a la realización social de estos derechos.[23] Asimismo, los derechos humanos pueden aportar al campo de la salud, ya que, por ejemplo, "una medición del estado de salud de los individuos a partir del grado de realización de los derechos humanos puede constituir un mejor y más comprehensivo índice de bienestar que los indicadores tradicionales del estado de salud".[24] Este ejemplo ilustra cómo un enfoque de la salud basado en los derechos humanos puede generar sinergias en ambos campos.

---

[19] En términos del acceso al cuidado sanitario y a las medicinas, la OMS ha identificado que los sectores más vulnerables de la población son las mujeres y niñas que viven en condiciones de extrema pobreza (OMS, 2002). Hogerzeif, por su parte, identifica los siguientes grupos vulnerables en cuanto al acceso a las medicinas: personas que viven en condiciones de pobreza, comunidades rurales, poblaciones indígenas, minorías nacionales (étnicas, religiosas, lingüísticas), personas desplazadas internamente, adultos mayores, discapacitados y prisioneros (Hogerzeil, 2006, p. 373).

[20] Mann y Tarantola, 1998, p. 8.

[21] Farmer, 2005.

[22] Mann et al., 1999, p. 5.

[23] Mann et al.: o. cit., p. 17 (traducción mía).

[24] Ibídem.

En el plano normativo, el derecho a la salud[25] fue invocado por primera vez como un derecho humano fundamental en la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946.[26] Posteriormente, el artículo 25[27] de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) "sentó las bases del marco legal internacional para el derecho de la salud".[28] La DUDH, si bien solamente menciona el término *salud* una vez, se centra en los determinantes sociales de la salud y abarca un abanico de temas y debates de salud pública.[29] El derecho a la salud fue reiterado en otros varios instrumentos legalmente vinculantes de carácter regional y multilateral.[30] A su vez, está contenido en numerosas constituciones nacionales, lo que ha generado una vasta jurisprudencia.[31] Sin embargo, entre todas estas codificaciones, la interpretación del derecho a la salud que posee mayor autoridad yace en el artículo 12 de la CIDESC, junto con el comentario general número 14 sobre el derecho a la salud adoptado por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el 2000.[32]

Así como lo ilustra su nombre completo, el "derecho de cada individuo al más alto estándar obtenible de salud física y mental"[33] es a la vez extenso y complejo.[34] La realización de este derecho incluye el derecho al tratamiento de la salud, que abarca los determinantes subyacentes: el acceso a la vivienda segura, agua potable y sanidad, información relativa a la salud y educación.[35] Concurrentemente, el derecho a la salud involucra libertades tales como la de no ser discriminado y la de rechazar un tratamiento médico. Este derecho está asimismo compuesto por varios elementos, entre otros: la salud maternal, la salud infantil y el acceso a las medicinas esenciales.[36]

---

[25] La OMS definió a la salud como "un estado de completo bienestar físico y mental y no meramente la ausencia de enfermedad" (OMS, 1946: 1).

[26] Los derechos humanos fueron cristalizados en la Carta Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos junto con la Convención Internacional de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) como "un estándar común de logro para todas las personas y naciones", reconociendo que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (UNDHR, 1948: artículo 1). Los derechos humanos son ex persona, universales, protegen intereses inmateriales por un tiempo ilimitado. Además, no son asignables ni explotables (Velmer: o. cit.).

[27] El artículo 25 de la UDHR establece que "todos los individuos tienen el derecho a un estándar de vida adecuado para su salud y bienestar y el de su familia, incluyendo comida, ropa, vivienda y asistencia médica y los servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad ante el desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otra falta de sustento de vida en circunstancias más allá de su control" (artículo 25 UDHR, traducción mía).

[28] Hunt, 2003, p. 6.

[29] Mann et al.: o. cit., p. 2.

[30] El derecho a la salud está contenido en la Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de la Salud, de 1978, y en la Declaración Mundial de la Salud, de 1998, así como también en los artículos 10, 12 y 14 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW) y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Velmer: o. cit.).

[31] Hunt, 2006.

[32] OMS, 2002.

[33] CIDESC, 1996, artículo 12.

[34] Hunt, 2007*a*.

[35] Hunt, 2006, p. 604.

[36] Ibídem.

El derecho a la salud se inscribe en el proyecto más amplio de los derechos humanos y en el abordaje del desarrollo basado en los derechos,[37] a través del cual los Estados están legalmente comprometidos a "asegurar que los derechos humanos básicos no sean boicoteados por los programas económicos"[38] y que ante la escasez de recursos se asigne prioridad a aquellos "derechos que son esenciales para el derecho a la vida, como la salud primaria y la educación".[39]

## 2.1. El derecho a la salud y el acceso a las medicinas

Consecuentemente, un enfoque basado en los derechos (humanos) del acceso a los medicamentos y a la salud sostiene que los Estados tienen la responsabilidad primaria en lo que implica avanzar progresivamente hacia la realización de los derechos humanos en el mundo. Sin embargo, también identifica que todos los actores de la sociedad —individuos, comunidades locales, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, profesionales de la salud, empresas privadas, entre otros— comparten la responsabilidad de asegurar la realización del derecho a la salud[40] y, por ende, ello se extiende al acceso a las medicinas. Esta definición representa un corrimiento desde la concepción tradicional de los derechos humanos como la protección del individuo de los potenciales abusos del Estado, único poseedor de deberes respecto a la realización de los derechos humanos, hacia un abordaje más holístico, de responsabilidades compartidas, en el cual el Estado continúa siendo el actor principal, con competencias de monitoreo sobre el resto de los actores. Esto, a su vez, protege al Estado frente a las prescripciones de políticas provenientes de las organizaciones multinacionales que puedan contravenir su responsabilidad primordial, la de proteger todos los derechos y libertades fundamentales del conjunto de sus nacionales. Invocando los derechos humanos y consolidando las obligaciones resultantes de protegerlos en la definición de políticas, los Estados ganan en coherencia y reducen la brecha entre la declaración de voluntad y la acción (*compliance gap*) que se genera cuando firman instrumentos internacionales de derechos humanos y adoptan políticas económicas y comerciales que amenazan su capacidad de honrar las obligaciones emanadas de dichos instrumentos.[41]

El derecho a la salud, a su vez, comporta la no discriminación y la equidad en el acceso a las medicinas. La equidad asegura justicia (*fairness*), de modo que las "necesidades de las personas y no sus privilegios sociales guían la distribución de oportunidades para el bienestar".[42] Un acceso equitativo a los medicamentos requeriría poner el foco en los sectores más desfavorecidos de la sociedad.[43] En la práctica, esto requeriría que las medicinas esenciales fueran asequibles o gratuitas para los sectores más

[37] Hogerzeil, 2006, p. 373.
[38] Hellum y Stib Knudsen, 2006, p. 344.
[39] Ibídem.
[40] Hunt, 2004, p. 8.
[41] Dunne y Wheeler, 1999, p. 2.
[42] OMS: o. cit., p. 22.
[43] Ibídem.

carenciados de la población mundial.[44] Paralelamente, implicaría que, para mejorar la accesibilidad física de las medicinas, la I+D en enfermedades desatendidas fuera conducida con fondos públicos o a través de la construcción de asociaciones estratégicas público-privadas.[45] De esta manera, para progresar en la realización del derecho a la salud, los países en desarrollo tienen la responsabilidad de apelar a la cooperación internacional, a la vez que los países desarrollados tienen una responsabilidad compartida de contribuir a la realización del derecho a la salud global.[46]

Por otra parte, el vocero especial (*special rapporteur*) para el Derecho de la Salud señaló que existen dos vías para reclamar el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos. Una es el *abordaje judicial* (*judicial approach*) a través de las cortes, tribunales y procesos de *ombud,* por el cual los individuos pueden reclamarle al Estado por su derecho a la salud.[47] La otra vía es el *abordaje basado en las políticas* (*policy approach*), que implica entrelazar los derechos humanos con los procesos de formación de políticas, de forma tal que las políticas y los programas se establezcan para promover y proteger los derechos humanos tanto en el ámbito nacional como internacional.[48] Esta vía está fundada en la concepción de que los Estados son "agentes de la emancipación humana"[49] y que a través de esta estrategia pasarían de fijar estándares a honrar sus compromisos en materia de derechos humanos.[50]

En esta línea, todos los Estados deberían incorporar los derechos humanos en las políticas concernientes a la salud, tanto a escala nacional como internacional, e involucrar a los trabajadores de la salud en la campaña pro realización del derecho a la salud.[51] Una vez que las provisiones constitucionales y legales del derecho a la salud han sido erigidas en los respectivos Estados, "los programas nacionales de medicamentos[52] pueden ser usados para promover el acceso a las medicinas esenciales como parte de la realización progresiva del derecho a la salud".[53] Así, los Estados deben elaborar una lista de medicamentos esenciales constantemente actualizada, en consulta con los actores de la salud, las ONG, los consumidores y pacientes.[54] Estas medicinas esenciales deberían brindarse de manera asequible o gratuita y no discriminatoria.

---

[44] Munderi et al., 2005, p. 16.

[45] Ibídem.

[46] Hunt, 2006.

[47] Véase por ejemplo el caso *Cruz Bermúdez et al. vs. el Ministerio de Salud y Asistencia Social,* Suprema Corte de Venezuela (1999), y el caso *Edgar Carpio Castro Jofre Mendoza y otros vs. el Ministerio de Salud,* Corte Constitucional de Ecuador (2004) (Hunt, 2007*a,* p. 34).

[48] Hunt, 2006, p. 18.

[49] Booth, 2007, p. 323.

[50] Ibídem.

[51] Hunt, 2008, p. 4.

[52] Estos programas deberían indicar la naturaleza y el foco de las obligaciones de los distintos *stakeholders* con respecto a la provisión de los servicios de salud y el acceso a las medicinas esenciales con énfasis en los sectores más vulnerables de la población. Las estadísticas para monitorear el acceso a las medicinas deberían recopilarse desagregando por género y por grupos vulnerables (Hogerzeil, 2006).

[53] Hogerzeil: o. cit., p. 374.

[54] Ibídem, p. 373.

De la misma forma, este enfoque subraya que, cuando los Estados se embarcan en la formación de política comercial, deberían evaluar el impacto de las reglas comerciales en la realización del derecho a la salud y los derechos humanos derivados, como el acceso a las medicinas.[55] Al resspecto, los Estados deben sopesar el potencial impacto de estas políticas en el precio y la calidad de los productos, las facilidades y los servicios de la salud.[56]

## 2.2. Evaluando el abordaje de la salud basado en los derechos humanos

El abordaje de la salud basado en los derechos humanos ha sido criticado tanto por los (neo)liberales como por los radicales. Los primeros argumentan que la salud es más una aspiración social que un derecho, por lo cual "satisfacer las aspiraciones sociales solamente se logra cuando los valores liberales representados por las libertades negativas[57] son promovidos y protegidos, ya que estas libertades ofrecen los principios de acción para la creación de riqueza".[58] Este enfoque jerarquiza los derechos y libertades civiles y políticos por encima de los derechos económicos, sociales y culturales, donde se ubicaría el derecho a la salud, a los que atribuye el carácter de aspiración social. Visiones más radicales, por su parte, sostienen que el enfoque basado en los derechos de la salud dice poco acerca de las desigualdades y de la violencia estructural subyacente que amenazan la realización de los derechos humanos.[59] Afirman que, por el contrario, los derechos humanos son un discurso que refleja "en gran medida los valores de los miembros más poderosos de la comunidad internacional",[60] quienes priorizan algunos derechos sobre otros y aceptan estándares morales dobles, debido a que "el orden global existente es incoherente con las convicciones morales firmemente arraigadas sobre la moralidad interpersonal y la justicia doméstica".[61] En consecuencia, estos pensadores sostienen que solamente una justicia global reparatoria[62] puede corregir las desigualdades actuales e históricas,[63] y que el enfoque de los derechos humanos no da cuenta de las estructuras de poder que atraviesan dichas desigualdades estructurales. Un enfoque que diera cuenta de dichas estructuras permitiría entender la problemática del acceso a los medicamentos como una lucha entre las compañías farmacéuticas globales, las organizaciones multinacionales y la sociedad civil trasnacional mediada

[55] Hunt, 2004.

[56] Ibídem, p. 15.

[57] Para los liberales "en el orden mundial actual, los derechos humanos son definidos como un conjunto de derechos que requieren la abstención del Estado de actuar de manera que viole la libertad del individuo para innovar, para invertir tiempo, capital y recursos en el proceso de producción e intercambio" (Tetrault, 1998, citado en Evans, 2002, p. 201).

[58] Evans, 2002, p. 203.

[59] Farmer: o. cit.

[60] Forsythe, 2006, p. 8.

[61] Pogge, 2002, p. 1.

[62] La justicia global reparatoria implica "las obligaciones de justicia intergeneracional adeudadas por aquellos que se beneficiaron de los males antiguos como la esclavitud y el colonialismo y otros males contemporáneos constituidos por diversos ensamblajes de prácticas neoliberales y globalizantes de gobernanza global" (Baxi, 2007, p. 14).

[63] Farmer: o. cit.

por los Estados, los cuales han venido sufriendo una progresiva erosión de su rol de creadores de reglas.[64]

Sin embargo, es posible afirmar que la fuerza del enfoque basado en los derechos humanos reside en el amplio consenso normativo de sus postulados y valores.[65] El abordaje de los derechos humanos persigue como objetivo fundamental ganar espacio a la hora de formular políticas para el desarrollo estableciendo obligaciones legales para los Estados, e indirectamente para los organismos internacionales y los actores privados, de respetar, proteger y cumplir todos los derechos y libertades fundamentales.[66] Asimismo, constituye un proyecto emancipatorio en la medida en que la estrategia de salud y derechos humanos se erige "para deslegitimar las políticas y las practicas que favorecen a los poderosos al costo de aquellos cuya salud es concebida como prescindible para la riqueza corporativa y nacional".[67] A continuación, se analiza el impacto en el acceso a las medicinas del actual régimen de propiedad intelectual desde el enfoque del derecho a la salud.

## 3. El régimen de propiedad intelectual, el acceso a los medicamentos y el derecho a la salud

A pesar de que un desarrollo histórico extensivo del régimen de propiedad intelectual está fuera del foco de este trabajo, es importante entender cómo y por qué dicho régimen ha ido evolucionando hacia un sistema de protección cada vez más fuerte. Los derechos de propiedad intelectual son personales o corporativos y protegen intereses materiales provenientes de una invención o creación. Son otorgados ex lege por un período fijo y pueden ser explotados comercialmente.[68] Los derechos de propiedad intelectual están protegidos fundamentalmente a través de las patentes, que son derechos fijados en el tiempo para el poseedor de la patente de comercializar la invención a precios monopólicos.[69]

Al comienzo es crucial examinar la relación entre el nivel de desarrollo económico y la protección de la propiedad intelectual. En el pasado, muchos de los actuales países desarrollados establecieron sistemas débiles[70] de protección de patentes, lo que les permitió pavimentar el camino hacia el progreso tecnológico.[71] El vínculo entre la propiedad intelectual y el nivel de industrialización está pautado por las oportunidades que una protección débil brinda a los productores nacionales de adquirir tecnología foránea a bajos costos y, de esta manera, acumular capacidad de producción local.[72] En

[64] Rangnekar, 2007, p. 7.
[65] Velmer, 2007, y Dunne y Wheeler, 1999.
[66] Hellum y Stib Knudsen: o. cit.
[67] Marks, 1997, p. 104.
[68] Verma: o. cit.
[69] Cullet: o. cit., p. 180.
[70] Algunos ejemplos de ello los constituyen la industria de la margarina en Holanda, los sectores electrónicos, químicos y de tinturas en Suiza y las políticas de patente adoptadas por los Estados Unidos en la primera mitad del siglo XIX (Eren-Vural, 2007: 111).
[71] Véase por ejemplo Brenner-Beck, 1992; Reidl, 1990; Shiff, 1997, citado en Eren-Vural: o. cit.
[72] Eren-Vural: o. cit., p. 111.

efecto, ni bien un sector se vuelve suficientemente competitivo como para empezar a innovar, comenzará a reclamar un sistema de protección de la propiedad intelectual más exigente. Ello conduce a una tensión[73] en el seno de los Estados entre los intereses que abogan por la provisión de protección exclusiva y monopólica que brindan las patentes *vis-à-vis* las ventajas de mantener una difusión pública y mayor competencia.[74]

En el caso particular de las patentes de medicamentos, existe un conflicto entre las expectativas de la industria farmacéutica de recobrar las inversiones y la necesidad del gobierno de mantener el costo de la salud bajo control.[75] Algunos autores sostienen que la industria farmacéutica necesita de los incentivos que otorga el sistema de protección de patentes porque sus gastos en I+D[76] son mayores que los de cualquier otra industria, ello agravado por el hecho de que, mientras desarrollar nuevas medicinas es un proceso costoso, es relativamente fácil copiar una droga existente.[77] Considerando todo lo anterior, el régimen de propiedad intelectual es una lucha entre fuerzas proteccionistas y liberalizadoras, tanto a escala nacional como internacional.

Hasta los años setenta, los países en desarrollo se beneficiaron de un sistema débil de patentes o de no patentes, lo que favoreció su industrialización a través de esfuerzos de sustitución de importaciones y llevó al establecimiento de industrias farmacéuticas nacionales.[78] Asimismo, la industria de genéricos floreció conjuntamente con las industrias nacionales, lo que a su vez bajó el costo mundial de las medicinas,[79] volviéndolas más asequibles y accesibles, y de esa manera contribuyó a la realización progresiva del derecho a la salud. Consecuentemente, a partir de los ochenta, las compañías farmacéuticas más importantes realizaron un trabajo de cabildeo (*lobby*) en sus gobiernos[80] con el objetivo de conseguir mayor protección de patentes como respuesta a la reducción de sus márgenes de ganancia.[81] El sector farmacéutico global incrementó su poder durante los noventa con la globalización neoliberal,[82] que lanzó a los gobiernos

---

[73] Esta tensión entre los derechos de propiedad intelectual y el interés público fue resuelta por la CIDSOC. El artículo 15 (1)(c) de la CIDSOC reconoce del derecho de cada individuo a "beneficiarse de la protección de sus intereses morales y materiales resultantes de cualquier producción científica, literaria o artística que sea de su autoría". Si bien el literal *d* reconoce los derechos de autores e inventores, lo hace con el objetivo de vincularlos al derecho a participar en la vida cultural y disfrutar colectivamente del progreso científico (Verma, 2007).

[74] Verma: o. cit.

[75] Cullet: o. cit.

[76] El costo para el sector farmacéutico privado de desarrollar una nueva droga está estimado entre USD 115 millones y USD 802 millones (Hestermeyer, 2007, p. 296).

[77] Cullet: o. cit.

[78] Eren-Vural: o. cit.

[79] WHO, 2006.

[80] Los Estados Unidos, por ejemplo, aplicaron medidas unilaterales a través de la Sección 301, como la amenaza de suspender los beneficios otorgados a través del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) a aquellos países en desarrollo acusados de infringir el régimen de patentes (Eren-Vural: o. cit.).

[81] Ibídem.

[82] Desde los años ochenta se llevó a cabo un proceso paralelo de privatización de la salud que provocó la fragmentación y multiplicación de los actores de la salud, lo que a su vez dificultó la articulación de una respuesta de la salud de carácter internacional (Ingram, 2005).

desarrollados a la carrera de fortalecer los derechos de propiedad intelectual a través del régimen de comercio.

## 3.1. ADPIC, acceso a las medicinas y el derecho a la salud

Durante la Ronda Uruguay de negociaciones multilaterales de comercio, se firmó un acuerdo de ADPIC orientado a armonizar la protección de patentes entre los países miembros de la OMC.[83] El ADPIC se transformó en el "principal vehículo para la introducción de patentes médicas en los países en desarrollo"[84] bajo "fuertes reglas de observancia",[85] respaldado por el sistema de solución de controversias de la OMC.[86] A pesar de que este acuerdo eleva la protección de patentes al nivel de los estándares de los países en desarrollo, permite algunas excepciones en materia de política pública y por motivos que apelan al desarrollo.[87] El artículo 8 del ADPIC habilita cierto espacio para políticas a fin de que los Estados adopten mecanismos para proteger la salud pública y la nutrición, así como los sectores estratégicos para el desarrollo tecnológico y socioeconómico.[88]

Por otra parte, en lo relativo al acceso a los medicamentos, las provisiones dispuestas en los artículos 27.2 y 30 prevén excepciones importantes al sistema de patentes para que los Estados puedan proteger sus objetivos de salud pública.[89] El artículo 31 establece un marco regulatorio para la emisión de licencias compulsorias en aquellos productos para los cuales exista una patente farmacéutica. Además, se determina que las licencias compulsorias solo pueden emitirse una vez que las negociaciones con el dueño de la patente hayan finalizado, a menos que la situación se presente como una emergencia nacional[90] o bien que el país quiera hacer uso público no comercial del objeto de la patente. No obstante, la licencia compulsoria es una excepción a los derechos de propiedad intelectual, a la que se apela en una modalidad caso por caso (*case by case*). Conjuntamente, la licencia debe estar definida en el tiempo de acuerdo con el propósito para el cual fue autorizada, y debe estar orientada únicamente a abastecer el mercado interno del Estado que aplica la licencia. Finalmente, la norma dispone

[83] Hestermeyer, 2007.
[84] Cullet: o. cit., p. 183.
[85] Rangnekar: o. cit., p. 3.
[86] Artículo 4 del APIC.
[87] Hestermeyer, 2007.
[88] Además, el artículo 7 del ADPIC establece los objetivos del régimen de propiedad intelectual: la promoción de la innovación tecnológica y la transferencia y diseminación de tecnología de manera que conduzca al bienestar social y económico. De alguna manera, esta regla "busca un compromiso entre los derechos del dueño de la patente y los intereses de los usuarios" (Hestermeyer, 2007, p. 51).
[89] El artículo 27 describe las excepciones de orden público a la materia patentable y el artículo 30 prevé las excepciones a los derechos conferidos.
[90] El artículo 73 del ADPIC puede ser utilizado en caso de ciertas enfermedades invocando una necesidad de seguridad nacional. Las más recientes elaboraciones del término seguridad incluyen epidemias de sida y otras pandemias como amenazas nacionales. Finalmente, por el artículo 65.4 se otorgó un período de 5 y 10 años respectivamente a los países en desarrollo y a los países menos desarrollados para ajustar sus legislaciones nacionales ('t Hoen: o. cit.)

que el tenedor de la patente posee el derecho a una "adecuada" remuneración definida por el Estado.[91] A pesar de estas flexibilidades,[92] el ADPIC no toma en consideración a aquellos países en los cuales no existe la posibilidad de producir la droga localmente y necesitan importar de terceros países, pues no regula sobre estos casos.

En la práctica, no obstante, el método permanece muy vago y técnico como para estimular a que los países en desarrollo lo utilicen de manera de mejorar su acceso a las medicinas esenciales y el derecho a la salud.[93] De esta forma, el ADPIC plantea una serie de amenazas al respecto. En primer lugar, la introducción de las patentes farmacológicas eleva inexorablemente los precios de los medicamentos, y los países en desarrollo no pueden pagar precios monopólicos atribuibles a las patentes sin comprometer su nivel de acceso a las medicinas.[94] En segundo lugar, el cumplimiento de las reglas consagradas en el ADPIC impacta negativamente en la capacidad manufacturera de los países en desarrollo y afecta a la producción de genéricos de calidad, de los que estos países dependen.[95] En tercer lugar, la trasposición de recursos hacia el sector farmacéutico global que siguió a la introducción de patentes no ha significado el tan necesario desarrollo de medicinas para las enfermedades desatendidas que mayormente afectan a las personas que viven en la pobreza.[96] En cuarto lugar, el actual sistema de patentes favorece las mejoras artificiales de los medicamentos y mantiene elevados los precios mientras muy pocos de los nuevos tratamientos y drogas se desarrollan innovadoramente. En su lugar, se patentan nuevas versiones levemente modificadas de viejos medicamentos.[97] Finalmente, la brecha en el acceso a las medicinas y a la salud se amplía entre países desarrollados y países en desarrollo.[98] A la luz de todo lo anterior, el ADPIC constituye "un impedimento al acceso de las medicinas sin causar un beneficio adecuado",[99] que a su vez retrasa la realización del derecho a la salud en los países en desarrollo.[100]

## 3.2. ¿Remediando el ADPIC? La Declaración de Doha, la decisión 30.08.03 y la enmienda del ADPIC

En febrero de 1998, Sudáfrica emitió una legislación (acta de enmienda n.º 90) sobre medicinas y sustancias relacionadas que fue contestada por varias multinacionales farmacéuticas apoyadas por sus Estados huéspedes,[101] alegando que era violatoria del

[91] 't Hoen: o. cit.
[92] Ibídem.
[93] Cullet: o. cit.
[94] Hestermeyer: o. cit., p. 279.
[95] Ibídem, p. 205.
[96] Comisión de los Derechos de Propiedad Intelectual, 2002.
[97] Kucinich, 2003, citado en Chee Khoon y de Wildt, 2008.
[98] 't Hoen: o. cit.
[99] Hestermeyer: o. cit., p. 297.
[100] Hunt, 2004, par. 42-44.
[101] Primero los Estados Unidos y luego la Unión Europea buscaron presionar al gobierno sudafricano para que retirara la recientemente aprobada ley de patentes (t'Hoen, 2005).

ADPIC y de la Constitución nacional sudafricana.[102] El acto de enmienda introduce la sustitución genérica de medicinas fuera de patente, un sistema de precios transparente y la importación paralela de patentes medicinales para incrementar la accesibilidad y asequibilidad de las medicinas.[103] En el 2001, la demanda fue retirada por las farmacéuticas a la luz de que su posición legal era débil y de que se generó una fuerte oposición liderada por los activistas globales del sida que movilizó a la opinión pública internacional.[104] La relevancia de este caso estuvo dada fundamentalmente por dos motivos. Por un lado, ilustró que las flexibilidades consagradas en el ADPIC precisaban mayor clarificación, de manera de garantizar que los países en desarrollo pudieran ejercer sus derechos al hacer uso de dichas flexibilidades sin sufrir amenazas legales o presiones políticas de las grandes compañías farmacéuticas y los gobiernos desarrollados. Por otro lado, los países desarrollados que presionaron para defender los intereses de sus compañías farmacéuticas comprobaron a través del caso sudafricano que ya no podían ejercer ese tipo de presiones políticas sin sufrir la condena de la opinión pública.[105]

En el 2001, la Declaración de Doha sobre el ADPIC y la salud pública —una iniciativa de la coalición de países en desarrollo, así como también un triunfo de la capacidad de cabildeo de las ONG transnacionales— fue acordada en reconocimiento de que "la gravedad de los problemas de salud pública que afectan a numerosos países en desarrollo y países de menor desarrollo relativo, especialmente aquellos resultantes del VIH/sida, tuberculosis, malaria y otras epidemias".[106] A pesar de que la Declaración de Doha[107] reconoce las preocupaciones derivadas de los efectos de las patentes sobre el acceso a las medicinas,[108] y por ello "redefine e incrementa los mecanismos[109] que los Estados pueden utilizar dentro del contexto del ADPIC para promover objetivos de salud pública",[110] no clarifica el rol del acceso a las medicinas dentro del sistema de la OMC, ya que no establece la superioridad del derecho al acceso a los medicamentos por sobre los derechos de propiedad intelectual.[111] Asimismo, la Declaración no resuelve la prohibición a un tercer país de emitir una licencia compulsoria para un país en desarrollo que no tiene capacidad de manufacturar sus propios genéricos.[112]

---

[102] 't Hoen: o. cit.

[103] Ibídem.

[104] Ibídem.

[105] Ibídem.

[106] Véase la Declaración de Doha, par. 1 (OMC, 2001).

[107] Después de algún debate acerca del estatus legal de la Declaración de Doha, se arribó a la conclusión de que se puede considerar una interpretación autorizada del artículo IX:2 del ADPIC confirmada por la práctica ulterior de los Estados (Hestermeyer, 2007: 280).

[108] OMC: o. cit., par. 3.

[109] La Declaración de Doha clarifica parte de la incertidumbre en la interpretación del ADPIC; por ejemplo, lo hace para los casos sobre la cuestión de la permisibilidad de la extinción internacional y la remuneración adecuada para el caso de las licencias compulsorias, haciendo hincapié en el acceso a las medicinas (Hestermeyer, 2007).

[110] Cullet: o. cit., p. 190.

[111] Hestermeyer: o. cit., p. 261.

[112] Cullet, 2005.

En el 2003, los Estados negociaron la decisión 30.08.08 de la OMC, que exonera las obligaciones derivadas del artículo 31.*f*[113] del ADPIC permitiendo a los países en desarrollo y de menor desarrollo relativo que no tengan capacidad manufacturera[114] emitir una licencia compulsoria para la importación de genéricos por motivos de salud pública. Sin embargo, el contenido de la decisión es complejo, ya que para beneficiarse de la exención el Estado debe cumplir varios requisitos, como la declaración del nombre y de las cantidades estimadas de la droga, la confirmación de la falta de capacidad productiva, la confirmación de que se intenta emitir una licencia compulsoria si el producto está patentado en ese territorio, etcétera.[115] Además, el sistema descansa en la voluntad del país exportador de emitir una licencia compulsoria para producir genéricos para la exportación. Ello también requiere que los Estados exportadores deban ajustar sus leyes de patentes nacionales para permitir licencias compulsorias a fin de producir genéricos para su exportación.[116]

En la práctica, estas especificaciones dificultan la materialización de la decisión, ya que son finalmente los productores de genéricos quienes deberán decidir si incurren en la inversión necesaria para producir un medicamento genérico con vistas a satisfacer un pedido de importación por licencia compulsoria de un país pequeño y pobre.[117] Lo ilustra el hecho de que hasta la fecha únicamente Ruanda ha notificado su intención de importar AVR según este mecanismo.[118] Finalmente, en diciembre del 2005 los miembros de la OMC aprobaron una enmienda del acuerdo ADPIC con el objetivo de transformar la decisión 30.08.03 en una enmienda permanente. Esta enmienda todavía no ha entrado en vigencia, ya que necesita la aprobación de dos tercios[119] de la membresía de la OMC.[120]

A pesar de estos intentos, el hecho de que las flexibilidades o *waivers* a las patentes farmacológicas se otorguen únicamente ad hoc con la condición de emergencias de salud pública (y no automáticamente para todas las medicinas esenciales), en una modalidad caso-a-caso, de manera preestablecida, se puede considerar insuficiente desde el punto de vista del derecho a la salud. Esto es así debido a que, en esta perspectiva, "la preocupación central de la salud está enmarcada coherentemente como una excepción al derecho de propiedad" [121] y no como un derecho fundamental que debe ser promovido, protegido y realizado por sobre intereses rentistas. Para un Estado, la observancia del ADPIC que comprometa el acceso a las medicinas podría resultar en una violación

[113] El artículo 31.f del ADPIC establece que las licencias compulsorias "solo pueden ser autorizadas predominantemente para el abastecimiento de la demanda del mercado interno del país miembro que autoriza su uso".

[114] La responsabilidad de declararse carente de capacidad manufacturera recae en el Estado a través de una notificación al Consejo del ADPIC (Hestermeyer, 2007).

[115] Ibídem.

[116] Ibídem.

[117] Ibídem.

[118] OMC, 19.7.2007.

[119] Hasta ahora, únicamente algunos Estados han aceptado esta enmienda, y la fecha de expiración se ha postergado hasta el 2009 para facilitar que los miembros la acepten (IP Watch, 23.10.2007).

[120] Hestermeyer: o. cit., p. 301.

[121] Cullet: o. cit., p. 193.

al artículo 12 de la CIDSC, que requiere que los Estados tomen medidas positivas que favorezcan el cumplimiento del derecho a la salud. El ADPIC, de esta manera, representa un retroceso deliberado en el acceso a las medicinas, y por ello en la realización del derecho a la salud y, en última instancia, del derecho a la vida.[122]

## 3.3. ¿Un virus resistente? Los Acuerdos ADPICplus

Pese a la escasa utilización de las flexibilidades del ADPIC, es posible afirmar que los países en desarrollo han ido fortaleciendo sus posiciones negociadoras a través de un proceso de aprendizaje institucional en la OMC[123] y, de esta forma y con el apoyo de las ONG transnacionales, han ido ganando cierto espacio para avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos y del desarrollo. Como resultado, una nueva ola de acuerdos de libre comercio bilaterales (TLC) y acuerdos bilaterales de inversión (BIT por sus siglas en inglés) fueron propulsados por los Estados Unidos y crecientemente por la Unión Europea.[124] Los llamados *acuerdos ADPICplus* persiguen la implementación de reglas de propiedad intelectual entre las partes más estrictas que las negociadas de forma multilateral.[125] Por ejemplo, los TLC negociados por los Estados Unidos extienden los plazos de las patentes[126] para compensar demoras injustificadas en el registro de las patentes.[127] Asimismo, la posibilidad de una extensión de este tipo genera incertidumbre para los fabricantes de genéricos, con obvias consecuencias para la salud pública: pérdida de bienestar del consumidor de medicamentos y más elevadas barreras al acceso a las medicinas, especialmente para los sectores carenciados de la población.[128]

Adicionalmente, estos acuerdos ADPICplus requieren una vinculación entre el registro de la droga y la protección de la patente que afecta la autorización de los genéricos, y además protegen los datos de prueba (*test data*) por un período de diez años. Muchos de estos acuerdos limitan también las razones por las cuales las partes pueden emitir una licencia compulsoria.[129] Por ello, estos acuerdos representan un retroceso dramático para los países en desarrollo, en la medida en que no solo erosionan aun más la capacidad de los Estados de mejorar su acceso a las medicinas negando la letra y el espíritu de la Declaración de Doha, sino que también suman nuevas obligaciones que restringen dicho acceso y así dificultan aún más la realización del derecho a la

[122] Cullet: o. cit., p. 194.
[123] Hurrell y Narlikar, 2006.
[124] South Centre, 2007.
[125] Phillips, 2005.
[126] Esta extensión del plazo de la patente no tiene justificación fundada porque los costos de I+D pueden ser recuperados después de algunos meses de venta a precios monopólicos. Por otra parte, el tiempo necesario para ajustarse a los requisitos para la aprobación de marketing se han acortado. Finalmente, solo un puñado de patentes protege a los nuevos ingredientes activos (Correa, 2006).
[127] Esta regulación es todavía más estricta que la ley de patentes estadounidense, que prevé que la extensión no puede durar más de cinco años, y nunca más de catorce años desde la fecha de aprobación (35 USC, par. 156, citado en Correa, 2006, p. 400).
[128] Correa: o. cit., p. 401.
[129] Ibídem.

salud.[130] Además, este tipo de arreglos por los cuales los Estados firman simultáneamente varios tratados con diferentes provisiones en materia de propiedad intelectual suman al argumento propatente sostenido por los países desarrollados, y de esta forma desestimulan que los países en desarrollo utilicen las flexibilidades que les brinda el sistema multilateral para evitar desafíos y presiones de los países desarrollados.[131]

## 4. ¿Hacia un acceso más equitativo a las medicinas?

Como se ha visto, la actual gobernanza de la propiedad intelectual orientada al mercado compromete el acceso a las medicinas para amplios sectores de la población mundial. Por el contrario, un régimen balanceado de la propiedad intelectual podría derivar su legitimidad de los instrumentos de derechos humanos, de modo que el propósito social de los derechos de propiedad intelectual y el derecho a la salud prevalecieran sobre cualquier otra provisión para garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio a las medicinas en todo el mundo.

Para llegar a tal solución debe construirse un nuevo consenso entre todos los actores con responsabilidad en la realización del derecho a la salud, de manera "de aumentar los fondos disponibles en una base sustentable y promover sinergias entre los esfuerzos de los distintos socios",[132] y así asegurar el acceso a los medicamentos para los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la población mundial.

Llevando esto al plano de *lo posible,* este nuevo consenso podría alcanzarse por dos vías alternativas: una vuelta a un esquema de libre determinación por cada Estado del sistema de patentes más adecuado a su nivel de desarrollo, que implique desmantelar el ADPIC y los acuerdos bilaterales posteriores, o un abordaje de tipo gradual a partir de la gestión de los impactos más negativos de los derechos de propiedad intelectual sobre el derecho a la salud.

El primer abordaje involucraría, o bien el desmantelamiento de la OMC y sus obligaciones, lo que es poco viable al día de hoy, o bien la renegociación del ADPIC en vista de que dicho acuerdo obstaculiza el acceso a las medicinas esenciales y el derecho a la salud de gran parte de la población mundial con el objetivo de obtener mejores y más simples prerrogativas. Sin embargo, esta medida implicaría un riesgo para los países en desarrollo, ya que un fracaso en la renegociación podría significar un retroceso en la agenda del acceso a las medicinas a niveles ex ante la Declaración de Doha y el ADPIC, o el avance todavía más agresivo de las fórmulas ADPICplus. Si bien se evalúa que volver a una situación pre-ADPIC sería una solución más favorable para un acceso equitativo de los medicamentos, ya que podría conducir a una reducción generalizada de los precios, ello no necesariamente corregiría la falla que aqueja a las enfermedades desatendidas, pues deberían encontrarse otros incentivos, como la cooperación entre Estados e instituciones privadas para la intervención en I+D o los fondos globales, que se describirán más adelante.

---

[130] Ibídem.
[131] Hestermeyer: o. cit., p. 289.
[132] WHO, 2006, p. xi.

Por otra parte, un abordaje gradual al acceso a los medicamentos involucra el aprovechamiento de las ambigüedades y flexibilidades ofrecidas por el ADPIC a través de la incorporación del derecho a la salud en los procesos de toma de decisión nacionales e internacionales y su aplicación por la vía judicial, así como el uso efectivo de estas flexibilidades a través de las licencias compulsorias, amparados en el derecho a la salud y al acceso equitativo a los medicamentos. Asimismo, implica atender progresivamente las fallas del mercado que el régimen actual de propiedad intelectual exhibe mediante el desarrollo de iniciativas conjuntas para bajar los precios y aumentar la accesibilidad de las drogas con el objetivo de avanzar hacia un acceso equitativo.

Por ejemplo, la campaña de Brasil para tratar el VIH/sida fue reconocida internacionalmente como exitosa y como un modelo para los países en desarrollo.[133] Brasil emitió un decreto[134] que le permite otorgar libremente licencias compulsorias sobre la base del "interés público".[135] Las implicaciones de la ley de protección de patentes en el acceso a las medicinas y la realización del derecho a la salud han sido positivas.[136] Brasil ha amenazado en varias ocasiones con emitir una licencia compulsoria para negociar precios más bajos para las medicinas patentadas.[137] El precio de los medicamentos para el sida cayó 82% en cinco años debido a la competencia de genéricos.[138] Asimismo, Brasil cumplió con su obligación de cooperar en el ámbito internacional para la realización del derecho a la salud, ya que puso a disposición su *know-how*[139] y su tecnología para la producción de drogas ARV-genéricas para aquellos países en desarrollo que así lo soliciten.

Como Canadá, algunos países han modificado sus legislaciones para facilitar las exportaciones de genéricos en línea con las provisiones del ADPIC y "con el deber de asistir internacionalmente y cooperar para el derecho a la salud".[140] No obstante,

---

[133] 't Hoen: o. cit.

[134] Véase el decreto n.º 3, 2001, de fecha 6.10.1999.

[135] *Interés público* significa "toda razón relacionada con la salud pública, la nutrición, la protección del medioambiente o el desarrollo técnico o social del país". Asimismo, el artículo 68 de la ley brasileña de patentes requiere una condición de "manufactura local" que implica que los poseedores de la patente en Brasil deben manufacturar la droga en el país y, si esto no es posible y es necesario importarla, autoriza las importaciones paralelas.

[136] Sin embargo, no todo fue fácil para Brasil, ya que el decreto de patentes fue desafiado por el gobierno de los Estados Unidos en el 2001. Los Estados Unidos amenazaron con llevar el asunto al órgano de solución de controversias de la OMC con el argumento de que la ley de patentes de Brasil era discriminatoria, lo que luego se dirimió creando un mecanismo de consulta para resolver la disputa (USTR, 25.6.2001).

[137] Recién en el 2007 Brasil emitió su primera licencia compulsoria para producir una droga para el VIH/sida, Efavirenz, utilizada por el 38% de los enfermos de sida en el país cuando fallaron las negociaciones con el laboratorio Merck, poseedor de la patente. La acción de Brasil fue seguida muy de cerca por ser un caso líder para otros países en desarrollo y por la comunidad internacional, ya que el efecto de ello sería la presión a la baja de los precios mundiales de este medicamento (IP Watch, 7.5.2007).

[138] 't Hoen: o. cit.

[139] Brasil ha sido vocero en los debates internacionales sobre el acceso a la medicinas y en varias ocasiones, en el foro G-8, la Mesa Redonda de la Comisión Europea y las reuniones de la OMS ('t Hoen 2005: pp. 207-208).

[140] Hunt, 2007*a*, p. 38.

las presiones de la industria farmacéutica global y los países en desarrollo sobre estos gobiernos continúan siendo inaceptables.[141]

En el ámbito internacional, a partir del ADPIC, un número de organizaciones intergubernamentales y foros abocaron sus esfuerzos a tender un puente entre el derecho a la salud y los derechos de propiedad intelectual.[142] Es el caso de la OMS,[143] la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI)[144] y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través del vocero especial para el Derecho a la Salud,[145] entre otras. Por ejemplo, los Estados han estado debatiendo la posibilidad de que la OMS asuma un rol fortalecido en lo que concierne a la innovación, los derechos de propiedad intelectual y el acceso a las medicinas con el establecimiento de un fondo global de I+D para las enfermedades desatendidas. Sin embargo, hasta la fecha estas iniciativas han sido sistemáticamente desestimadas por los países desarrollados, especialmente por los Estados Unidos.[146]

A pesar de ello, el debate internacional ha amplificado el nivel de conciencia y ha promovido medios alternativos para mejorar la accesibilidad y asequibilidad de las medicinas. Por ejemplo, ante la ausencia de incentivos de ganancia, los enfoques de reparto de la carga (*burden-sharing approaches*) que involucran a las asociaciones

[141] Por ejemplo, Tailandia emitió licencias compulsorias en el 2006 y principios del 2007 para drogas ARV y fue objeto de presión de los gobiernos occidentales, lo que incluyó la amenaza de sanciones comerciales por los Estados Unidos (Tailandia fue incluida en la Lista de Observación Prioritaria reservada para los países que no respetan las reglas comerciales) y críticas directas de la Comisión Europea. Asimismo, uno de los poseedores de las patentes, Laboratorios Abbott, retiró las solicitudes de registro en Tailandia de siete de sus medicinas, lo que las volvió inaccesibles en el país (IP Watch, 20.2.2008).

[142] Véanse Rangnekar: o. cit., y Verma: o. cit.

[143] La OMS estableció en el 2003 una Comisión para los Derechos de Propiedad Intelectual. En el 2006 la Comisión emitió un reporte largamente debatido sobre "Salud pública, innovación y derechos de propiedad" con este objetivo.

[144] Las negociaciones en la OMPI son de particular importancia para los países en desarrollo pues ellas fijan los estándares para el régimen de propiedad intelectual y el sistema multilateral (Correa, 2002). En el 2007, la Asamblea General adoptó la Agenda OMPI del Desarrollo. Además de la cooperación técnica, la agenda del desarrollo requiere que la OMPI "ajuste su rol y sus actividades a la luz de un mayor entendimiento de la compleja interrelación entre los derechos de propiedad intelectual, la innovación y el desarrollo sociocultural y económico" (South Centre, 2008, p. 2).

[145] El vocero especial para el derecho a la salud, el profesor Paul Hunt, ha producido siete reportes durante sus seis años de mandato. De interés particular es el que resulta de su misión especial a la OMC, el documento E/CN.4/2004/49/Add.1, del 1.3.2004. En esta ocasión, Hunt se entrevistó con diversas delegaciones de países ante la OMC con el objetivo de desentrañar si las reglas multilaterales de comercio son consistentes con las obligaciones de los Estados respecto al derecho a la salud. Actualmente, el vocero especial está terminando un borrador de la "Guía de derechos humanos para las compañías farmacéuticas en relación con el acceso a las medicinas", abierto a la consulta. Este es un intento para responsabilizar a las compañías farmacéuticas globales por su rol en la realización del derecho a la salud.

[146] Sen Gupta y Gopakumar, 2008.

publico-privadas,[147] los fondos públicos para la I+D,[148] las fuentes abiertas al público (*open public sources*), los premios de innovación médica, los acuerdos de transferencia tecnológica, las donaciones[149] y el *pooling* de patentes de parte de las compañías farmacéuticas,[150] los incentivos fiscales gubernamentales y la filantropía[151] representan algunos ejemplos de mejoras ad hoc del acceso a las medicinas.

Junto con esto, las iniciativas de cooperación sur-sur para el uso de las flexibilidades del ADPIC a través de numerosos acuerdos regionales ofrecen la posibilidad de mejorar el acceso a los medicamentos esenciales, ya que estos acuerdos pueden operar como un foco de resistencia a la imposición de reglas de propiedad intelectual más estrictas de la mano de los TLC.[152]

Como fue demostrado por el caso sudafricano, el rol de las ONG de salud y derechos humanos ha sido fundamental en el avance de un acceso más equitativo a las medicinas y para la realización progresiva del derecho a la salud. Por una parte, dichas organizaciones han contribuido a ello a través de su accionar directo: brindando asistencia médica, siendo observadores in situ y realizando campañas en todo el mundo.[153] Por otro lado, han contribuido cambiando los principios del debate acerca de la propiedad intelectual y los derechos humanos.[154] Asimismo, dichas ONG y movimientos sociales sensibilizan y concientizan acerca de los temas que están constriñendo la realización del derecho a la salud,[155] mediante la presión sobre los gobiernos a fin de que estos que honren sus compromisos para con el derecho a la salud y en materia de cooperación internacional.

Finalmente, las compañías farmacéuticas necesitan asumir su cuota parte en la realización del derecho a la salud. Hay una justificación moral, legal y de reputación

---

[147] Algunos analistas señalan que sin un cambio correspondiente en el sistema de propiedad intelectual y un rol más prominente de la OMS en el financiamiento en I+D, las asociaciones público-privadas pueden hasta llegar a ser beneficiosas para las grandes compañías farmacéuticas por mejoras de escasa significación en el acceso a las medicinas (Sen Gupta y Gopakumar: o. cit.).

[148] Por ejemplo, la Universidad de California - Berkeley y el gobierno de Samoa formaron una asociación para "aislar un gen de un árbol indígena para una promisoria droga antisida y para repartir los royalties de la venta de la droga derivada del gen" (OMS, 2006, p. 165).

[149] La donación de una patente es distinta de la donación de medicamentos. Mientras la primera es una iniciativa que merece ser fomentada, la segunda tiene efectos bastante distorsionantes en las prioridades de la salud, y puede llegar a imponer costos ocultos para los países receptores de la donación y/o afectar mercados locales desplazando a la competencia (DFID, 2005, p. 2).

[150] Por temor a un daño a su reputación, las grandes compañías farmacéuticas se han embarcado en acciones para incrementar el acceso a las medicinas en los países en desarrollo; por ejemplo, ofreciendo reducciones de precio para algunas drogas, I+D y donaciones (DFID, 2005, p. 2). Sin embargo, estos esfuerzos están lejos de ser suficientes. Un buen comienzo para las compañías farmacéuticas sería adoptar el código de conducta elaborado por el vocero especial, que apunta a un mejor y más equitativo acceso a las medicinas para todos.

[151] Gerhardsen, 2006.

[152] Musungu y Villanueva, 2004, p. 83.

[153] Algunas ONG que trabajan en este campo, como Médicos Sin Fronteras, tienen como cometido "aliviar el sufrimiento humano, proteger la vida y la salud y restaurar el respeto por los seres humanos y sus derechos humanos fundamentales" (véase ‹http://www.msf.org.uk/›).

[154] Sell y Pakrash, 2004.

[155] Por ejemplo, en materia de acceso a los medicamentos, Médicos Sin Fronteras ha estado sirviendo como canal de información sobre precios de las drogas ARV para tratar el VIH/sida para muchos gobiernos, incluido el de los Estados Unidos ('t Hoen, 2005).

para que así lo hagan. Primero, necesitan respetar el derecho de los países a emitir licencias compulsorias por motivos de salud pública, como se estipula en el ADPIC. Adicionalmente, deben lanzar al mercado los medicamentos con precios diferenciados, distinguiendo entre los mercados de bajos y de altos ingresos para garantizar un acceso equitativo a los medicamentos, contribuir más a la I+D en las enfermedades desatendidas, informar acerca de sus posiciones de cabildeo en los gobiernos y adherirse al *global compact* de las Naciones Unidas sobre estándares éticos, como sugiere el vocero especial para el Derecho a la Salud.[156]

## 5. Conclusiones

Este trabajo ha intentado demostrar que el actual régimen de la propiedad intelectual está obstaculizando las capacidades de los gobiernos de los países en desarrollo para mantener el nivel de acceso a los medicamentos necesario para garantizar el derecho a la salud de sus pueblos, y que un abordaje basado en los derechos humanos del acceso a las medicinas es necesario para corregir este desequilibrio.

Como fue consagrado en numerosos tratados internacionales, convenciones y legislaciones nacionales, el derecho al más alto estándar de salud física y mental es un derecho humano fundamental e implica, entre otros elementos constitutivos, el acceso equitativo a las medicinas. Los países, entonces, tienen la obligación de proteger, promover y satisfacer el derecho a la salud de sus nacionales a través del acceso a los medicamentos en forma equitativa.

Sin embargo, la producción local y la exportación de drogas genéricas que floreció con el sistema de patentes débil o inexistente hasta la década del ochenta sufrió crecientes trabas con la adopción de reglas más estrictas en materia de propiedad intelectual a través del sistema multilateral de comercio. En vista de la pandemia del VIH/sida y gracias al activismo transnacional, el ADPIC permitió algunas flexibilidades para que los países pudieran alegar emergencias de su salud pública y así asegurar un mejor acceso a los medicamentos. Las licencias compulsorias fueron permitidas únicamente caso por caso, fijadas en el tiempo y para consumo nacional. Se estableció un complejo mecanismo para que aquellos países en desarrollo sin capacidad manufacturera pudieran importar genéricos para mejorar su acceso a los medicamentos. Sin embargo, nuevos intentos de fortalecer las reglas de propiedad intelectual por los Estados Unidos y la Unión Europea se extendieron a través de la firma de acuerdos ADPICplus, más dañinos en sus efectos sobre el acceso a las medicinas y a la realización del derecho a la salud en los países en desarrollo.

En resumen, el nuevo régimen global de la propiedad intelectual ha tenido como resultado el encarecimiento de los precios de los medicamentos bajo patentes monopólicas. Además, este sistema no tuvo éxito en expandir la muy necesitada I+D para las enfermedades desatendidas tropicales que afectan a los pobres del mundo. Ello resulta

[156] Hunt, 2007*b*.

en una violación del derecho a la salud y en última instancia en el derecho a la vida de amplios sectores de la población mundial.

Para avanzar el derecho a la salud y el acceso equitativo a las medicinas, deben promoverse tanto el enfoque judicial como el enfoque de políticas. Mientras el enfoque judicial es una vía para que los individuos reclamen que sus gobiernos honren sus compromisos en materia del derecho a la salud, el enfoque de políticas es un intento de los países en desarrollo por ganar espacio para formular sus políticas de desarrollo, para achicar la brecha entre la promesa y el cumplimiento y para aumentar la coherencia en torno a los derechos humanos, a la vez que brinda la base moral y legal para apelar a la solidaridad internacional con vistas a la realización del derecho a la salud global.

Algunos países que incorporaron el derecho a la salud y las flexibilidades del ADPIC en sus legislaciones nacionales han conseguido un mejor acceso a los medicamentos. Sin embargo, las flexibilidades han probado ser todavía muy engorrosas y ambiguas, y por lo tanto insuficientes para prevenir que los países sufran presiones externas e internas al utilizarlas. Actualmente se están explorando numerosas iniciativas para corregir las fallas del sistema de patentes. Esto puede ayudar a avanzar en la realización del derecho a la salud mediante el abaratamiento de las medicinas y el aumento de la I+D en enfermedades desatendidas, pero todas ellas son fórmulas ad hoc y, por ende, todavía están lejos de ser suficientes para asegurar un acceso equitativo a las medicinas esenciales.

Mucho más necesita hacerse para garantizar ese acceso y la realización del derecho a la salud de los sectores más vulnerables de la población mundial. El avance requiere, en primer lugar, el compromiso político de todos los países de difundir e incorporar los derechos humanos en todos los procesos de toma de decisiones nacionales e internacionales, y la solidaridad internacional y transnacional para la realización de la salud y los derechos humanos a escala global.

## Bibliografía

Baxi, U. (2007): "The Place of the Human Right to Health and Contemporary Approaches to Global Justice: Some Impertinent Interrogations", trabajo presentado en la conferencia Perspectivas Teóricas en Salud Global y Derechos Humanos, Universidad de Liverpool, 19 y 20 de abril del 2007.

Banco Mundial (2006): "Vaccine-Preventable Diseases", Disease Control Priorities Project, Banco Mundial, ‹http://files.dcp2.org/pdf/expressbooks/vaccine.pdf› (consultado el 4.5.2008).

Booth, K. (2007):, "Theory of World Security", *Cambridge Studies in International Relations,* Cambridge: Cambridge University Press.

Chee Khoon, C., y G. de Wildt (2008): "Donor leverage: towards more equitable access to essential medicines?", *Development in Practice*, vol. 18, n.º 1, pp. 100-109.

Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000): "El derecho al más elevado estándar de salud", E/C.12/2000/4 (Comentarios generales), 11.8.2000, ‹http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument› (consultado el 10.4.2008).

*Convención Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, ‹http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_cescr.htm› (consultado el 14.4.2008).

Correa, C. (2002): *The WIPO Patent Agenda: Risks for DC,* Ginebra: South Centre.

— (2006): "Implications of bilateral free trade agreements on access to medicines", en *Bulletin of the World Health Organization*, n.º 84, pp. 399-404.

Cullet, P. (2005): "Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health", en Sofia Gruskin, Michael A. Grodin, George J. Annas y Stephen P. Marks (eds.): *Perspectives on Health and Human Rights*, Nueva York: Routledge, pp. 179-202.

*Declaración de Alma Ata* (1978), Conferencia Internacional en Salud Primaria, Alma-Ata (URSS), 6-12 de setiembre de 1978.

DFID (2005): "Increasing people's access to essential medicines in DC: a framework for good practice in the pharmaceutical industry", ‹http://www.dfid.gov.uk/Pubs/files/pharm-framework.pdf› (consultado el 10.4.2008).

Drahos, P. (1997): "Thinking Strategically About Intellectual Property Rights", *21 Telecommunications Policy* 201.

Dunne, T., y N. Wheeler (eds.) (1999): *Human Rights in Global Politics,* Cambridge: Cambridge University Press.

Eren-Vural, I. (2007): "Domestic contours of global regulation: Understanding the policy changes on pharmaceutical patents in India and Turkey", en *Review of International Political Economy*, vol. 14, n.º 1, pp. 105-142.

Evans, T. (2002): "A human right to health?", en *Third World Quarterly*, vol. 23, n.º 2, pp. 197-215.

Farmer, P. (2005): *Pathologies of Power. Health, Human Rights, and the New War on the Poor,* Berkeley: University of California Press.

Forsythe, D. (2006): *Human Rights in International Relations,* Cambridge: Cambridge University Press.

Gerhardsen, T. (2006): "Meeting the need for treatment: the initiatives", en *Bulletin of the World Health Organisation*, vol. 84, n.º 5, pp. 346-348.

Hellum, A., y A. Staib Knudsen (2006): "From Human Development to Human Rights: A Southern African Perspective on Women's and Girls' Right to Reproductive Choice", en *Forum for Development Studies*, n.º 1, pp. 53-77.

Hestermeyer, H. (2007): *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines,* Oxford: Oxford University Press.

Hogerzeil, H. (2006): "Essential medicines and human rights: what can they learn from each other?", en *Bulletin of the World Health Organisation*, vol. 84, n.º 5, pp. 371-375.

Hunt, P. (2003): "El derecho de todos al goce del más elevado estándar de salud física y mental. Reporte del Vocero Especial, presentado de acuerdo con la resolución de la Comisión 2002/31", Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/2003/58, 13.2.2003, ‹http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9854302995c2c86fc1256cec005a18d7/$FILE/G0310979.pdf› (consultado el 10.4.2008).

— (2004), "El derecho de todos al goce del más elevado estándar de salud física y mental. Reporte del Vocero Especial, Addendum, Misión a la Organización Mundial del Comercio", Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/2004/49/Add.1, 1.3.2004, ‹http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2004.49.Add.1.En?Opendocument› (consultado el 10.4.2008).

— (2006*a*): "The human right to the highest attainable standard of health: new opportunities and challenges", en *Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene*, n.º 100, pp. 603-607.

— (2006*b*): "Using All the Tools at Our Disposal: Poverty Reduction and the Right to the Highest Attainable Standard of Health", en *Development Outreach*, World Bank Institute, abril.

— (2007*a*): "Neglected diseases: a human rights analysis", *Social, Economic and Behavioural Research. Special Topics*, n.º 6, World Health Organisation, ‹http://www.who.int/tdr/publications/publications/seb_topic6.htm› (consultado el 12.4.2008).

— (2007*b*): "Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies in relation to Access to Medicines", borrador para consulta, 19.9.2007, ‹http://www2.essex.ac.uk/human_rights_centre/rth/projects.shtm› (consultado el 12.4.2008).

— (2008): "Special *Rapporteur* on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health", UN Human Rights Council, 11 de marzo del 2008.

Hurrell, A., y A. Narlikar (2006): "A New Politics of Confrontation? Brazil and India in Multilateral Trade Negotiations", en *Global Society*, vol. 20, n.º 4, pp. 415-433. Industry Canada, ‹http://www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/

261ce500dfcd7259852564820068dc6d/85256a5d006b972085257000006c78bf!OpenDocument›.

Ingram, A. (2005): "Global Leadership and Global Health: Contending Meta-narratives, Divergent Responses, Fatal Consequences", en *International Relations*, vol. 19, n.º 4, pp. 381-402.

*Intellectual Property Watch 2007,* "Brazil Takes Steps o Import Cheaper AIDS Drug Under Trade Law", 7.5.2007, ‹http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=614&print=1› (consultado el 14.4.2008).

*Intellectual Property Watch 2007,* "Concern rises Over EU Bilaterals with DC, 20.9.2007, ‹http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p+747&print=1› (consultado el 14.4.2008).

*Intellectual Property Watch 2007,* "TRIPS Council Extends Health Amendment; Targets Poor Nations' Needs", 23.10.2007, ‹http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p_789&print=1› (consultado el 14.4.2008).

*Intellectual Property Watch 2008,* "India Considers Compulsory Licences for Exportation of Drugs", 20.2.2008, ‹http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=933&print=1› (consultado el 14.4.2008).

Marks, S. (1997): "Common Strategies for Health and Human Rights: From Theory to Practice", en *Health and Human Rights*, vol. 2, n.º 3, Segunda Conferencia Internacional de Salud y Derechos Humanos, pp. 95-104.

Milstien, J., y M. Kaddar (2006): "Managing the effect of TRIPS on availability of priority vaccines", en *Bulletin of the World Health Organisation*, vol. 84, pp. 360-365.

Munderi, P., J. Paluzzi y B. Leach (2005): "Prescription for healthy development: increasing access to medicines", Grupo de Trabajo sobre Acceso a las Medicinas Esenciales, Task Force sobre VIH/SIDA, Malaria, TB y Accesso a Essential Medicines, UN Millennium Project, Earthscan, Londres.

Musungu, S., S. Villanueva y R. Blasetti (2004): "Utilising TRIPS Flexibilities for Public Health Protection through South-South Regional Frameworks", South Centre, ‹http://www.southcentre.org/publications/flexibilities/flexibilities.pdf› (consultado el 14.4.2008).

OMC (2001): "Declaración de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y Salud Pública", WT/MIN(01)/DEC/2, 20.11.01, ‹http://www.wto.org/English/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm› (consultado el 11.4.2008).

— (2007): "Canada is first to notify compulsory licence to export generic drug", WTO News, 4.10.2007, ‹http://www.wto.org/english/news_e/news07_e/trips_health_notif_oct07_e.htm› (consultado el 10.4.2008).

OMS (1946): Constitución.

— (2002): *25 Questions & Answers on Health and Human Rights,* Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos, n.º 1, julio del 2002.

— (2006*a*): "Public Health, Innovation and Intellectual Property Rights", Reporte de la Comisión sobre Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública, ‹http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/ENPublicHealthReport.pdf› (consultado el 4.5.2008).

— (2006*b*): "WHO launches taskforce to fight counterfeit drugs", ‹http://www.who.int›.

Pakes, B. (2006): "Public health ethics and intellectual property policy", en *Bulletin of the World Health Organisation*, vol. 84, n.º 5, p. 341.

Phillips, N. (2005): "US Power and the Politics of Economic Governance in the Americas", en *Latin American Politics & Society*, vol. 47, n.º 4, invierno del 2005, pp. 1-25.

Pogge, T. (2002): *World Poverty and Human Rights,* Cambridge: Polity Press.

Rangnekar, D. (2007): "Context and Ambiguity: A Comment on Amending India's Patent Act", CSGR Working Paper, n.º 224/07, Universidad de Warwick, ‹http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/csgr/research/workingpapers/2007/wp22407.pdf› (consultado el 3.5.2008).

Sell, S., y A. Prakash (2004): "Using Ideas Strategically: The Contest between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights", en *International Studies Quarterly*, vol. 48, n.º 1, pp. 143-175.

South Centre (2007): "Report of the Symposium on Examining IP Enforcement from a Development Perspective", Innovation and Access to Knowledge Programme, South Centre, ‹http://southcentre.blogspot.com/2007/10/international-symposium-on-examining-ip.html› (consultado el 10.4.2008).

— (2008): "Implementing the WIPO Development Agenda: Next Steps Forward", Working Paper, n.º 13, febrero del 2008, ‹http://www.southcentre.org/info/policybrief/13WIPO_Development_Agenda.pdf› (consultado el 4.5.2008).

't Hoen, E. (2005): "TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha", en Sofia Gruskin, Michael A. Grodin, George J. Annas y Stephen P. Marks (eds.): *Perspectives on Health and Human Rights*, Nueva York: Routledge, pp. 203-222.

Toebes, B. (1999): *The Right to Health as a Human Right in International Law,* Antwerpen: Intersentia-Hart.

USTR (2001*a*): "US, Brazil Withdraw HIV/Aids Dispute from WTO Litigation", ‹http://usinfo.state.gov/topical/econ/group8/summit01/wwwh01062512.html›, 25.6.2001 (consultado el 10.4.2008).

— (2001*b*): "United States and Brazil agree to use newly created Consultative Mechanism to promote cooperation on HIV/AIDS and address WTO patent dispute", ON 25.6.2001, ‹http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2001/June/United_States_Brazil_agree_to_use_newly_created_Consultative_Mechanism_to_promote_cooperation_on_HIV-AIDS_address_WTO_p.html› (consultado el 4.5.2008).

Vasan, A., D. Hoos, J. Mukherjee, P. Farmer, A Rosenfield y J. Perriens (2006): "The pricing and procurement of antiretroviral drugs: An observational study of data from the Global Fund", en *Bulletin of the World Health Organisation*, n.º 84, pp. 393-398.

Verma, S. K. (2007): Seminario sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Globalización y Temas Relacionados, Departamento de Economía, Universidad de Delhi, 6 de noviembre del 2007.

## IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- Elodia Almirón Prujel (Paraguay)
  *Derechos fundamentales y su incidencia en el plexo constitucional de los Estados*

- Wilson Engelmann (Brasil)
  *Os avanços nanotecnológicos no século XXI: os direitos humanos e os desafios (éticos) da regulamentação jurídica*

- André Luiz Cosme Ladeia (Brasil)
  *A relativização da soberania em face da preservação dos direitos e garantias fundamentais*

- Claudio Nash Rojas (Chile)
  *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*

- Leonardo Nemer Caldeira Brant e Larissa Campos de Oliveira Soares (Brasil)
  *A inter-relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário na perspectiva universal e interamericana*

- Torsten Stein (Alemania)
  *Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 525-539, ISSN 1510-4974

**Elodia Almirón Prujel (Paraguay)***

# Derechos fundamentales y su incidencia en el plexo constitucional de los Estados

## RESUMEN

**La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno de los estados es uno de los temas de mayor interés en la problemática constitucional actual, pues significa la incorporación de una norma no generada en el derecho doméstico para aplicarse en él y a su vez conlleva la asunción de responsabilidad internacional para el Estado ratificante. Esta situación permite que los Estados tomen conciencia y los justiciables conozcan y difundan el derecho internacional de los derechos humanos.**

**La aparición en la escena internacional del derecho internacional de los derechos humanos —creación de la Organización de las Naciones Unidas— trajo consigo también la aparición de numerosos instrumentos internacionales de protección de estos derechos. Estos tratados poseen características que los diferencian de los tratados tradicionales, por la naturaleza de los derechos consagrados.**

**Palabras clave: derechos humanos, derecho internacional, derecho constitucional, tratados.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die Anwendung internationaler Menschenrechtsverträge im nationalen Recht der Staaten ist insofern eine Verfassungsfrage von grösstem Interesse, als sie die Umsetzung von ausserhalb des staatlichen Rechts geschaffenen Normen als dessen Bestandteil beinhaltet und zugleich mit der Übernahme der internationalen Verantwortung durch die Unterzeichnerstaaten verbunden ist. Dank dieser Situation werden sich die Staaten der Bedeutung des Internationalen Menschenrechts bewusst, während die Normadressaten es kennen lernen und bekannt machen.**

**Das Auftreten des Internationalen Rechts der Menschenrechte – eine Schöpfung der Organisation der Vereinten Nationen – auf der internationalen Bühne war mit der Einführung zahlreicher internationaler**

* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Profesora adjunta por concurso de méritos en la cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. ‹prujel@hotmail.com›

**Instrumente zum Schutz dieser Menschenrechte verbunden. Aufgrund der Natur der niedergelegten Rechte unterscheiden sich diese Abkommen von herkömmlichen Verträgen.**

**Schlagwörter: Menschenrechte, Völkerrecht, Verfassungsrecht, Verträge.**

**ABSTRACT**

**The application of international treaties on human rights to the internal organization of states is one of the most interesting topics among present-day constitutional issues, for it means including provisions not generated in domestic law to be applied in it, and in turn, implies the assumption of international responsibility by the ratifying State. This situation allows the states to be duly aware of, and the adressees of the law to know and disseminate, international law on human rights.**

**The appearance on the international scene of the international law on human rights – a creation of the United Nations Organization – brought about also the emergence of numerous international instruments for the protection of such rights. These treaties show some characteristics that make them different from the traditional treaties, on account of the nature of the rights therein established.**

**Key words: Human rights, international law, constitutional law, treaties.**

## 1. Consideraciones previas

La incorporación de la normativa internacional de derechos humanos en el ámbito interno constituye uno de los temas de mayor interés en la problemática jurídica actual. Esta incorporación atraviesa una serie de particularidades en nuestro continente, permite la difusión de la doctrina de los derechos humanos y de ese modo contribuye a la efectiva y plena vigencia de tales derechos en nuestra comunidad.

La vigorosa aparición del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en la escena internacional, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, trajo consigo numerosos instrumentos internacionales de protec ción de los derechos humanos.

Este conjunto de normas dedicadas a la protección internacional del individuo se ubicó en la categoría *derecho internacional de los derechos humanos.* Según el profesor Villán Durán, el derecho internacional de los derechos humanos puede definirse como un sistema de principios y normas que regula las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de igual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es fomentar el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como establecer mecanismos para la protección y garantía de tales derechos y libertades, que se califican de *preocupación legítima* y, en algunos casos, de *intereses fundamentales* para la comunidad internacional.

Según Thomas Buergenthal, el derecho internacional de los derechos humanos es aquella rama del derecho internacional que se ocupa del establecimiento y la promoción de los derechos humanos y de la protección de individuos o grupos de individuos cuando ha habido violaciones gubernamentales de los derechos humanos.

Superada la fase de elaboración de instrumentos internacionales de derechos humanos, se imponía entonces ingresar en la dimensión vertical, es decir, en la incorporación y aplicación en los ámbitos nacionales de las garantías consagradas en los instrumentos internacionales.[1]

Así como hace cincuenta años el principal desafío fue la internacionalización de los derechos humanos (ante la insuficiencia de la protección nacional puesta de manifiesto por los horrores de la Segunda Guerra Mundial), el desafío de este siglo es la nacionalización de los derechos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno.

Algunos creen que la simple ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos por los Estados y la posibilidad que se brinda a la población —en ciertos casos— de acceder a una instancia jurisdiccional internacional aseguran un efectivo resguardo de nuestros derechos. Nada más erróneo, pues la incidencia de la jurisdicción internacional en materia de protección de derechos humanos resulta marginal frente a los innumerables casos de violaciones que día a día se plantean ante los tribunales locales.

Si bien el tradicional principio de la *competencia exclusiva* del Estado ha sido superado, no se debe olvidar el carácter mínimo y subsidiario que posee la protección internacional de derechos humanos. Es en el ámbito interno donde debe darse la principal respuesta al reclamo diario de justicia. Así lo ha entendido la Corte Europea de Derechos Humanos al afirmar:

> […] las normas transnacionales no pretenden reemplazar a las domésticas, que siguen siendo la plataforma principal de protección y de promoción de las prerrogativas del hombre.

También la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó en una reciente resolución:

> […] el derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales […].[2]

Por último no se debe olvidar el aporte que los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos han hecho en tal sentido. La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por citar

---

[1] Declaración y Programa de Acción de Viena, artículo 83.II. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 25 de junio de 1993.

[2] A/RES/53/144 del 8 de marzo de 1999.

solo dos, en sus artículos 2 y 2.2[3] respectivamente, señalan el deber que tienen los Estados partes de adoptar disposiciones —con arreglo a sus procedimientos constitucionales— a fin de hacer efectivos tales derechos y libertades.

## 2. Los tratados de derechos humanos: particularidades

Los tratados de derechos humanos poseen características que en cierto modo los diferencian de los tratados tradicionales. En estos últimos, el principal objetivo de los Estados signatarios es el intercambio recíproco de beneficios, y en caso de incumplimiento de una de las partes pueden suspenderse parcialmente sus efectos o aun quedar sin efecto el tratado.

Así lo prescribe el artículo 60.1 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969:

> Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como excusa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente […].

En materia de derechos humanos, sin embargo, semejante regla no se compadecería con su objeto y fin. Así lo prueba el límite que introduce la misma Convención de Viena en su artículo 60.5, cuando expresa:

> Lo previsto en los párrafos 1 a 3 [del artículo 60] no se aplicará a las diligencias relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados […].

La caracterización efectuada por la Corte Interamericana en su opinión consultiva 2/82 lo confirma cuando dice:

> […] no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo 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

[3] CADH, artículo 2: "Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera 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". PIDCP, artículo 2.2: Cada Estado Parte se compromete a adoptar […] las medidas […] 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".

> del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[4]

El carácter especial de estos instrumentos ya había sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya de 1951, cuando en su opinión consultiva y con relación a la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio manifestó:

> [En este tipo de tratados] los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones.[5]

Se pueden observar así diferencias concretas entre los tradicionales tratados y los referentes a derechos humanos. En efecto:

> [Los derechos humanos] tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas […].[6]

## 3. La recepción del derecho internacional en el derecho interno

El planteo doctrinal de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha tenido decisiva importancia en la regulación positiva de dichas relaciones. Surgen así dos grandes teorías: el monismo y el dualismo.

Para el monismo, el derecho internacional y el derecho interno eran un solo sistema; al decir de Kelsen, su gran exponente, en el ordenamiento jurídico existiría unidad. En realidad:

> […] bajo el presupuesto de la unidad del derecho, se proponía la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. Esta unidad implicaba que las normas se hallaban subordinadas unas a otras, formando un solo ordenamiento jurídico.[7]

---

[4] Corte IDH, OC-2/82: "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", 24 de setiembre de 1982, §_47.

[5] CIJ, Asunto relativo a las reservas a la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, 1951, p. 23.

[6] Pedro Nikken: *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* Madrid: IIDH y Civitas, 1987, p. 92.

[7] Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse: *Derecho Internacional Público,* t. I., Buenos Aires: Zavalía, 1994, p. 53.

En la cima de la pirámide kelseniana se encontraba la norma fundamental, que aseguraba la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. El problema surgía al querer determinar si esa norma fundamental era la norma internacional o la norma interna. Finalmente, Kelsen se inclinó por afirmar que la norma fundamental residía en el derecho internacional, por lo que el orden interno era un orden derivado respecto del derecho internacional.

En el otro extremo, los padres de la escuela idealista —Anzilotti, en su obra *Diritto Internazionale nel guidizi interni*— entendían que el derecho interno y el internacional eran dos órdenes jurídicos diferentes, por lo que una norma de derecho internacional no podía ser obligatoria en el orden jurídico interno. Ahora bien, como los órganos internos solo aplican las normas internas, para que un tratado internacional fuera aplicable en el orden local debía ser transformado en norma interna mediante un acto del legislador. Ante tal conclusión, cualquier norma posterior podría derogar o modificar la norma anterior.

Bidart Campos sintetiza con suma claridad esta discusión:

> […] el monismo con prevalencia del derecho internacional postula que el derecho internacional es directamente aplicable y vigente en el orden interno de un Estado, es decir que se incorpora automáticamente al derecho interno. El dualismo separa ambos derechos y niega que el primero opere por sí mismo en el segundo, porque cada uno tiene su propio sistema de fuentes. Para que el derecho internacional sea aplicado en el derecho interno es necesario que sea recepcionado por una fuente de derecho interno.

En las últimas tres décadas, particularmente, se aprecia un creciente campo de aplicación del derecho internacional en el orden interno, y cada vez son más los particulares que invocan derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por sus países.

Esta tendencia cuasiuniversal debe sortear algunos obstáculos en el ámbito interamericano. En esta línea argumental:

> […] el orden interno correspondería a un ámbito de relaciones que competería, legislativa y jurisdiccionalmente, de modo exclusivo al Estado nacional; el orden internacional correspondería a las relaciones entre Estados […].[8]

En resumen, las normas de derechos humanos contenidas en tales acuerdos internacionales no deben observarse como derecho internacional:

> Se trata, sí, de normas de origen internacional, pero que al ser aprobadas y ratificadas han pasado a formar parte del derecho interno, en virtud del mandato constitucional expreso que en la mayoría de casos nacionales les reconoce mayor

[8] IIDH: *Las normas de derechos humanos de origen internacional y el derecho interno: guía sobre aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna,* San José: IIDH, 1996, p. 27.

> valor que a la ley ordinaria. En consecuencia, estas normas pueden ser invocadas ante los tribunales nacionales y deben ser aplicadas por estos en aquellos casos en que resulten pertinentes. De ahí la importancia crucial de esta vía, a los efectos de asegurar la vigencia de los derechos humanos, aun en defecto de la legislación de origen interno […].[9]

Más allá de argumentos esgrimidos por monistas y dualistas, el problema central radica en la operatividad interna del derecho internacional (en el caso del derecho internacional de los derechos humanos); es decir, cuándo y en qué condiciones los tribunales internos de un Estado deben aplicar el derecho internacional.

En materia de derechos civiles y políticos —en particular aquellos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos—, la cuestión no ofrece mayores inconvenientes a partir de la presunción de operatividad que la Corte Interamericana de Derechos Humaos ha reconocido a tales derechos en su opinión consultiva 7, del 29 de agosto de 1986, sobre *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*.

La cuestión no resulta tan transparente en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales. Partiendo igualmente de la presunción de operatividad, en algunos casos dicha operatividad también debe ceder frente a la amplitud de los términos de la norma internacional, hasta tanto una regulación interna convierta en ejecutorias sus cláusulas. Habitualmente muchas de las cláusulas de estos tratados no solo son programáticas, sino que en algunos casos también dependen de condicionantes culturales, económicas y políticas.

## 4. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional latinoamericano

Así como en el orden internacional el derecho internacional de los derechos humanos es tributario, forzosamente, del derecho internacional público, en el orden interno dicha interacción se da con el derecho constitucional.

Es el derecho constitucional el que determina la forma de ingreso del derecho internacional en el orden interno, y define además, como bien señala Ayala Corao, "el rango de los tratados sobre derechos humanos, la jerarquía de los derechos humanos en definitiva, y los recursos internos para su protección".[10]

Hoy la mayor parte de las Constituciones del mundo contienen disposiciones consagradas a los derechos humanos. Algunas se refieren o incluyen declaraciones de derechos nacidas en el marco nacional; otras se refieren directamente o integran textos fundamentales adoptados en el plano internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo.

---

[9] Ibídem.

[10] Carlos Ayala Corao: "El derecho de los derechos humanos", en *El Derecho,* t. 160, Buenos Aires, p. 7.

En nuestro continente, distintas Constituciones se han visto invadidas por instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que revela de manera clara y contundente el lento y constante proceso de penetración del DIDH en el ámbito interno.

Las diversas clasificaciones efectuadas por los doctrinarios en cuanto a modalidades de incorporación del DIDH en los textos constitucionales obedecen tan solo a diferentes estrategias didáctico-pedagógicas.

Los especialistas coinciden en la importancia que reviste el rango que se otorgue a las normas de origen internacional dentro de este orden, ya que determinará los criterios para resolver los posibles —y usuales— conflictos entre sus contenidos y las disposiciones de origen interno.

Las cuatro modalidades de recepción del DIDH por el derecho constitucional son: *a)* rango supraconstitucional; *b)* rango constitucional; *c)* rango cuasiconstitucional; *d)* rango supralegal, y *e)* rango legal.

La Constitución de la República del Paraguay, en sus artículos 137, 141 y 142, otorga rango cuasiconstitucional a las normas internacionales de derechos humanos, y se refiere al derecho internacional de los derechos humanos en sus artículos 143.5 y 145.

## 5. La recepción del DIDH en algunos países de Latinoamérica

### 5.1. El caso paraguayo

El artículo 137 dispone en su primer párrafo:

> La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado […].

Este artículo estipula tanto la supremacía normativa como la prelación en el orden jurídico interno paraguayo con relación a la Constitución. Así, se tiene en primer lugar a la Constitución como norma suprema y fundamentadora del orden interno paraguayo, que prescribe el orden de prelación e importancia en la aplicabilidad del orden jurídico interno. Le siguen las normas de carácter internacional, que deben cumplir el requisito de haber sido aprobadas y ratificadas por el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo. Completan el orden jurídico las leyes ordinarias dictadas por el Congreso Nacional y otras disposiciones de inferior jerarquía.

El artículo 141, en concordancia directa con el arriba trascrito, dispone:

> Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados,

> forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.

Es decir, este artículo integra el alcance y el sentido del primer párrafo del artículo 137. Así, solo se refiere a los tratados internacionales, pero estos deben encontrarse válidamente celebrados para que puedan ser aplicados y exigidos en el territorio paraguayo, pues de lo contrario serían mera declaración hasta tanto el país dispusiera su armonización con el orden interno nacional. Explica además el alcance de la celebración válida para su exigibilidad, que consiste en la aprobación como ley por el Congreso, para posteriormente depositar o canjear los instrumentos de ratificación en las respectivas secretarías generales de los órganos de carácter universal o regional que correspondan.

Esta norma podría considerarse repetitiva en el contexto de la Constitución, pero los convencionales constituyentes decidieron introducirla nuevamente a los efectos de precisar el marco básico del perfil de las relaciones internacionales del Paraguay. Se adhirieron así a la posición dualista de incorporación de normativa internacional a un orden jurídico interno.

Es decir, a los efectos de la aplicabilidad y exigibilidad de cualquier instrumento de naturaleza internacional en territorio nacional, el Paraguay primeramente debe modificar su naturaleza a una ley de carácter interno. Eso es lo que prescribe taxativamente el artículo 141 del texto supremo. De otro modo, estaría sujeto a su aprobación por Ley del Congreso para que pudiera ser aplicado.

Este procedimiento se inicia en la Cámara de Senadores, que por mandato constitucional lo tiene como una de sus atribuciones exclusivas (artículo 224 inciso 1):

> Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Senadores: 1) iniciar la consideración de los proyectos de ley relativos a la aprobación de tratados y de acuerdos internacionales; […].

De Senadores (cámara de origen), el proyecto pasa a la Cámara de Diputados (cámara revisora). No se debe olvidar que el artículo 202.9 prescribe:

> Son deberes y atribuciones del Congreso: […] 9) aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo; […].

Una vez que el texto del instrumento internacional respectivo haya sido transformado en ley nacional, se deposita el instrumento de ratificación, que pasa así a formar parte del orden jurídico interno.

El artículo 142 del texto constitucional prescribe:

> Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.

La denuncia es un procedimiento especial que proviene del derecho internacional público y que tiene relación directa con el término común *renuncia* de un Estado al orden que contempla un tratado internacional suscrito por él. El resultado de esta denuncia sería dejar sin efecto los alcances y la obligatoriedad del instrumento internacional de derechos humanos en el territorio paraguayo.

Así, el Paraguay ha estipulado un mecanismo constitucional para la denuncia, a través del procedimiento de la enmienda constitucional o reforma parcial, por lo ordenado en el artículo 290, diferente del procedimiento común de formación y sanción de las leyes —a través del Congreso Nacional—. Los convencionales constituyentes creyeron oportuno y necesario estipular un mecanismo seguro y restrictivo para el procedimiento de denuncia de los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, pues luego de un prolongado tiempo de violaciones constantes de los derechos fundamentales de los paraguayos era imperioso prescribir un mecanismo seguro para que un tratado protector de los derechos humanos pudiera ser dejado sin efecto en el territorio nacional. De esta forma se otorgó a los instrumentos internacionales de derechos humanos un carácter cuasiconstitucional. El artículo 290 dispone:

> Transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores en petición firmada. El texto de la enmienda deberá ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen. Aprobado el mismo, se requerirá igual tratamiento en la Cámara revisora. Si en cualquiera de las Cámaras no se reuniese la mayoría necesaria para su aprobación, se tendrá por rechazada la enmienda, no pudiendo volver a presentarla dentro del término de un año. Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, se remitirá el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un referéndum. Si el resultado de este es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto constitucional. Si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años.

Por este mecanismo se implementa una doble protección para la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos. En primer lugar, el procedimiento de denuncia puede ser solicitado por el Congreso Nacional (cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras) o por el Poder Ejecutivo, e incluso puede ser solicitado por treinta mil electores en petición firmada (se otorga así también un espacio constitucional de decisión al poder soberano que recae en el pueblo, por mandato del artículo 2 de la Constitución). De este modo, tres poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y poder soberano o popular) se involucran en la solicitud de denuncia, lo que otorga un equilibrio lógico en la iniciativa de petición y no deja todo el poder de decisión en manos de uno solo de ellos.

Después el texto de la denuncia debe ser aprobado por la cámara de origen por mayoría absoluta (la mitad más uno del total de los miembros). Por interpretación analógica esta debe ser la Cámara de Senadores, pues por principio del artículo 224.1 de la Constitución le compete, con carácter de atribución exclusiva, la consideración de los proyectos de ley relativos a los tratados y acuerdos internacionales, por lo que puede colegirse que le competería el tratamiento de la denuncia del tratado o acuerdo internacional como cámara de origen. La mayoría absoluta se encuentra definida en el artículo 185 del texto supremo en su primer y segundo párrafos:

> El quórum legal se formará con la mitad más uno del total de cada Cámara […] Para las votaciones de las Cámaras del Congreso se entenderá […] por mayoría absoluta, el quórum legal…

Esta mayoría es de 23 para la Cámara de Senadores (45 miembros). El mismo tratamiento requerirá en la cámara revisora (Diputados), donde la mayoría requerida es de 45. Si no se obtienen las mayorías requeridas para ambas cámaras, la denuncia resultará rechazada y no podrá volver a presentarse dentro del término de un año a partir de esta situación. Si el texto de esta denuncia fuera aprobado, deberá ser remitido a la justicia electoral (Tribunal Superior de Justicia Electoral) para que dentro de un plazo de 180 días (días civiles, continuos) convoque a un referéndum constitucional. Esta forma de consulta popular es uno de los mecanismos de la democracia participativa (democracia semidirecta) en los que el pueblo cuenta con una cuota de participación y decisión en las cuestiones de Estado.

Este referéndum constitucional está regulado por el artículo 265 del Código Electoral (ley 834/96). Cuando el Tribunal Superior de Justicia Electoral convoque a referéndum, la consulta será por la afirmativa o por la negativa de la denuncia aprobada por el Congreso. Se debe tener presente que la Constitución, en su artículo 121, prescribe que el referéndum podrá ser vinculante o no (obligatorio o no el resultado de la consulta realizada al pueblo), situación que será decidida por ley del Congreso, en relación con el artículo 259 del Código Electoral.

Sin embargo, del análisis de los artículos 264 y 265 del Código Electoral resultaría claro que este cuerpo normativo legisla dos tipos de referéndum —legislativo y constitucional— diferentes en cuanto a su naturaleza y resultado. El que compete a nuestra materia es el referéndum constitucional, que es vinculante; es decir, su resultado es obligatorio para la aprobación de la denuncia o su denegatoria.

El artículo 264 del Código Electoral dispone:

> La ley de convocatoria a referéndum se deberá difundir a través de los diarios de mayor circulación del país, publicándose tres veces dentro de los diez días siguientes a su promulgación. Durante los diez días anteriores a la votación queda prohibida la publicación, difusión total o parcial o comentarios de resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión que estén directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum.

De esta forma, durante los diez días anteriores a la votación queda prohibida la publicación, difusión total o parcial o comentarios de resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión que estén directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum (denuncia). El artículo 304 de la ley 834/96 dispone, además, que "la campaña de propaganda de Referéndum no podrá tener una duración superior a treinta días corridos y finalizará 48 horas antes de la fecha señalada para la votación".

Se debe mencionar como una norma contradictoria, dentro de nuestro sistema constitucional, el artículo 122, cuyo inciso 1 dispone:

> No podrán ser objeto de referéndum: 1) las relaciones internacionales, tratados, convenios o acuerdos internacionales; […].

Recordemos, que en el procedimiento de la denuncia se utiliza el referéndum constitucional como parte del mecanismo procedimental; sin embargo, el propio texto constitucional dispone en este artículo, en forma de norma prohibitiva, que no podrán ser objeto de referéndum los tratados, convenios o acuerdos internacionales, precisamente lo que constituye el objeto de la denuncia. Esta contradicción normativa debe ser resuelta. Por vía de interpretación se podría colegir que, si bien este artículo se refiere a tratados, convenios o acuerdos internacionales, no resulta específico, y tal vez el convencional constituyente se estuviera refiriendo al referéndum legislativo y no al constitucional.

El artículo 143.3 de la Constitución ordena:

> La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: […] 5) la protección internacional de los derechos humanos; […].

Con este artículo expresamente se está reconociendo el concepto básico del derecho internacional de los derechos humanos, el cual así alcanza nivel constitucional; es decir, uno de los principios rectores en materia de relaciones internacionales para el Paraguay es la protección internacional de los derechos humanos. Esta expresión tiene conexión directa con lo que dispone el artículo 145 de la Constitución en materia del reconocimiento de un orden jurídico supranacional. Así, el habitante de la República del Paraguay que no obtiene la protección de sus derechos fundamentales en el ámbito interno puede recurrir a la protección internacional, por expreso mandato constitucional.

El artículo 145, prescribe:

> La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Este artículo, al precisar la condición de igualdad para la existencia de este orden jurídico supranacional, está garantizando la protección de la personalidad internacional del Paraguay, y además es la primera que en un texto constitucional se reconoce la jurisdicción supranacional.

Con este compromiso el Paraguay se encuentra obligado constitucionalmente a que los instrumentos internacionales suscritos ya no sean meros actos protocolares, y menos cuando son instancias más allá del orden positivo interno para la defensa de la vida, de la libertad y de otros valores sustantivos que la república garantiza a sus habitantes.

Con el texto constitucional de 1992 el Paraguay ha efectivizado un avance notable para la efectiva y plena vigencia de los derechos humanos; más aún, ha reconocido un orden jurídico supranacional como instancia autónoma para el control de la calidad de los derechos humanos vigentes en el país, dando vigencia al derecho internacional de los derechos humanos. Debe, sin embargo, realizar ciertas modificaciones en el trámite de vigencia y exigibilidad de los instrumentos internacionales; por ejemplo, la incorporación inmediata de estos complejos normativos al derecho interno, aparentemente sin la necesidad de su conversión a ley nacional.

## 5.2. El caso guatemalteco

La Constitución de Guatemala es un caso de jerarquización supraconstitucional, atento a lo dispuesto por el artículo 46:

> Preeminencia del Derecho Internacional: 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 […].

Una interpretación literal de lo estatuido en este artículo lleva a pensar que las normas de derechos humanos de origen internacional estarían incluso por encima de la Constitución Nacional. Sin embargo, esto no surge de la interpretación de la totalidad del texto constitucional, máxime teniendo en cuenta lo expresado por el artículo 272.e:

> La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: […] e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

Si bien este artículo no hace mención expresa a los tratados de derechos humanos, parece razonable interpretar que tal preeminencia opera sobre el resto del orden jurídico, pero no sobre la Constitución misma.

### 5.3. El caso costarricense

El artículo 7 de la Constitución de Costa Rica dispone:

> Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Conjuntamente, el artículo 48 agrega:

> [Tanto el hábeas corpus como el recurso de amparo permitirán] mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos […].

En Costa Rica, la interpretación vinculante efectuada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha ido un poco más allá de lo que establece el texto constitucional: sugiere que aquellos contenidos de los instrumentos internacionales de derechos humanos que sobrepasen en términos garantistas a la Constitución priman sobre esta.

## 6. Consideraciones finales

Otorgar a los instrumentos internacionales de derechos humanos una jerarquía superior a la propia Constitución o igual a esta —como hacen algunas Constituciones americanas— no significa que las violaciones cotidianas a los derechos humanos disminuyan, ni muchos menos que el Estado a partir de entonces no tenga obligación alguna que cumplir.

La ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos por los Estados (ya sea con jerarquía constitucional o infraconstitucional), integrándolos en un lugar de preeminencia en sus ordenamientos jurídicos, es un paso importante, pero es necesario hacer más.

El compromiso con un modelo garantista de los derechos fundamentales obliga a que los distintos poderes que dan sustento al sistema republicano demuestren con mayor firmeza su compromiso con los derechos humanos.

El Poder Judicial, a través de sus distintos estamentos, está llamado a cumplir un papel protagónico en esta materia. Serán los jueces, mediante su labor tutelar, los encargados de preservar en el orden interno los derechos y garantías jurídicamente protegidos por esos instrumentos internacionales.

Al Poder Legislativo corresponde adoptar urgentes medidas que tiendan al menos a paliar la escasa adaptación de la legislación interna a los estándares internacionales de protección.

El Poder Ejecutivo, como centro del dispositivo de aplicación de los derechos humanos, es el que debe tomar las medidas apropiadas para permitir el ejercicio efectivo

de esos derechos, y el que debe someterse a las instancias de control competentes (legislativas y judiciales) para así evitar cualquier abuso o exceso de poder.

Las vacilaciones que los ordenamientos jurídicos del continente todavía dejan entrever son una asignatura pendiente frente a la sociedad, tanto la nacional como la internacional, y deberán desaparecer o al menos atenuarse si es que se desea vivir en una comunidad más justa e igualitaria, sin discriminaciones.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 541-557, ISSN1510-4974

**Wilson Engelmann (Brasil)***

# Os avanços nanotecnológicos no século XXI: os direitos humanos e os desafios (éticos) da regulamentação jurídica

## RESUMO

**As pesquisas com o emprego da escala nano surgem como uma das mais espetaculares possibilidades da ciência no Século XXI. Ao lado disso, torna-se necessário investigar se os resultados efetivamente estarão à disposição do ser humano, favorecendo o pleno desenvolvimento digno da sua vida. Cabe ao direito propor um marco regulatório para as pesquisas e os resultados com as nanotecnologias, a partir dos Direitos Humanos, que serão uma justificativa ética necessária para o novo cenário tecnológico-jurídico.**

**Palavras-chave: nanotecnologias, direitos humanos, regulação jurídica, ética da pesquisa.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Forschungen im Nano-Bereich bieten heute besonders erfolgversprechende Aussichten für die Wissenschaft im 21. Jahrhundert. Dabei muss der Frage nachgegangen werden, ob die Forschungsergebnisse wirklich den Menschen im Sinne einer Unterstützung bei der Verwirklichung eines menschenwürdigen Lebens zugute kommen. Dem Recht kommt in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, einen Regulierungsrahmen für Forschungen mit Nanotechnologien und ihre Ergebnisse vorzuschlagen. Deren Grundlage sind die Menschenrechte, die dem neuen technologisch-juristischen Szenario als notwendige ethische Grundlage dienen.**

**Schlagwörter: Nanotechnologie, Menschenrechte, rechtliche Regelung, Forschungsethik.**

## ABSTRACT

**Research at nano-scale has emerged as one of the most spectacular scientific possibilities of the 21st century. It is necessary to carry out research to make sure that the results will effectively be available for human**

* Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos (São Leopoldo/RS/Brasil); Professor deste Programa de Direitos Humanos (Mestrado); Pesquisador do Grupo de Pesquisa *JUSNANO* (CNPq/Unisinos); Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Integrante da Comissão de Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Unisinos. ‹wengelmann@unisinos.br›

**beings, to favor the full development of decent life. Law must propose a regulatory framework for research and results of nanotechnologies, based on human rights, which will be an ethical supporting basis for the new technological and legal scenario.**

**Keywords: nanotechnologies, human rights, legal regulation, ethics in research.**

## 1. As perspectivas nanotecnológicas

As novas tecnologias desenvolvidas pelas mais variadas áreas do conhecimento humano desafiam a nossa capacidade de compreensão do mundo onde estamos inseridos. Os avanços gerados pelas áreas tecnológicas (áreas duras) precisam respaldar-se nos pressupostos epistemológicos alcançados pelas áreas das ciências humanas.

Com isso, parece que cada vez mais a dicotomia entre natureza e cultura perde a sua força e justificativa. Nesse contexto das novas (nano) tecnologias natureza e cultura estão cada vez mais próximas, influenciando-se reciprocamente. Há pouco tempo se falava em descobertas microscópicas; hoje se fala em descobertas geradas na escola nano. Isso, com certeza, gera curiosidade e desafios, mostrando claramente que a cultura (aqui representada pela ciência) ingressa em escalas cada vez menores nas estruturas naturais, a fim de extrair a maior quantidade de benefícios. O prefixo "nano" denota um fator de $10^{-9}$, tendo origem grega *nanos*, significando 'tornar menor' (Ozin & Arsenault, 2005, p. 2).

Essa é a zona da discussão que está envolvendo estudiosos das mais variadas áreas do conhecimento. Sobre as descobertas já alcançadas em escalas nano, cabe perguntar: qual é o limite dessa pesquisa em frações cada vez menores? Sabe-se com a mesma precisão quais as conseqüências dessa investida nano na natureza?

### 1.1. Criando possibilidades a partir de partículas cada vez menores: da micro à nano-escala

Quando se estuda na escala nano, o que exatamente se tem como objeto? Ao se examinar uma célula humana, verifica-se que ela tem cerca de 20 micrômetros de diâmetro. Isso quer dizer: "um micrômetro é um milionésimo de um metro; logo, a célula é aproximadamente quatro ordens de grandeza menor do que uma formiga" (Lampton, 1994, p. 9). O estudo nesse nível já é numa escala reduzida.

No entanto, a nano-escala desce a um outro nível, pois "um nanômetro é um bilionésimo de um metro, assim a nano-escala é cerca de três ordens de grandeza menor do que a própria célula" (Lampton, 1994, p. 9). Esse nível de redução e precisão chega a assustar, pois é uma escala que vai muito além do controle humano da visão. O precursor desse processo foi Richard Feynman (2008).

A partir de seu pronunciamento, referindo a existência de "espaço suficiente lá em baixo", já em 1959, ficou claro que as pesquisas estão apenas num nível inicial da futura nanotecnologia, ou seja:

> [...] esta nova ciência diz respeito às propriedades e comportamento de agregados de moléculas ou átomos, numa escala não ainda grande o bastante para ser considerada macroscópica, mas muito além do que pode ser chamado de microscópico (Roukes, p. 7).

Essa escala de geração do conhecimento desafia a humanidade, pois é necessário obter dela efeitos práticos que possam alcançar benefícios aos humanos. Além disso, como novas possibilidades de conhecimento, antes de se festejar os avanços se torna imperioso analisar, com a maior precisão possível, as conseqüências e desdobramentos que serão provocados nos diversos espaços humanos.

## 1.2. Há limites para essa descoberta humana? O controle dos bene(male)fícios

Uma das advertências de Feynman foi justamente de que não estava ingressando num espaço de possibilidades onde tudo era permitido ("vale tudo"). Pelo contrário, não é possível arranjar e combinar os átomos como se bem entende. Há um princípio que deverá ser observado: "você não poderá colocá-los de uma maneira que eles fiquem quimicamente instáveis" (Feynman, 2008). Tem-se, com isso, um primeiro limite para a pesquisa em nano-escala. Aí reside o perigo: as possibilidades dessa escala poderão levar os pesquisadores a operar combinações que não se deixam mais controlar.

A complexificação das combinações dos átomos provocará ligações que "afetarão umas às outras de maneira que ainda não entendemos e, portanto, não podemos controlar" (Roukes, p. 8). Esse é o desafio atual! Vale dizer, o foco de atenção não são apenas as descobertas na escala nano, mas também as repercussões que essas pesquisas gerarão na natureza e os modos como elas atingirão a vida humana no planeta. Como se pode verificar, o problema não são as descobertas em si, mas os seus reflexos na vida das pessoas e na estrutura do planeta.

Nesses aspectos é que residem as questões de maior relevância, pois a comunicação entre o nanomundo e o macromundo representam uma questão de fundo no desenvolvimento da nanotecnologia:

> [...] átomos e moléculas gasosas constantemente adsorvem [retenção, adesão ou concentração] e se soltam nas superfícies de dispositivos. Se o dispositivo for macroscópico, a mudança fracional resultante em sua massa é desprezível. Mas pode ser significativa para estruturas na nano-escala. Gases colidindo com um detector ressonante podem mudar a freqüência ressonante de forma aleatória. Aparentemente, quanto menor o dispositivo, menos ele será estável (Roukes, p. 11).

Nesse particular reside um dos pontos de preocupação, pois as novas possibilidades de combinação poderão liberar substâncias e produzir resíduos de difícil controle. Portanto, embora se possa considerar importante refletir sobre a dicotomia entre as Ciências da Natureza e as Ciências do Espírito (as Ciências Humanas), cada uma delas possui especificidades. Além do mais, é sabido que as regras da natureza já estão totalmente estabelecidas. Aos humanos cabe descobri-las com muito cuidado, para não provocar desequilíbrios irreversíveis. Assim, será necessária muita atenção às surpresas e para a necessidade de se mudarem os rumos da pesquisa ao menor sinal de desequilíbrio. Para essa percepção, é fundamental a preocupação do pesquisador com a ética e com os resultados da pesquisa. Vale dizer, os ganhos não poderão ser colocados acima da segurança.

As possibilidades financeiras não deverão suplantar as preocupações com a qualidade dos resultados obtidos. No entanto, as previsões que se têm na atualidade são preocupantes, pois alguns consideram as nanotecnologias como a conquista de um novo mundo. Assim, a preocupação com a "acumulação de capital" e o "caráter dúctil" e "características disruptivas" dessa tecnologia, aliados a um mercado altamente globalizado, produzirão efeitos devastadores simultâneos em diversas áreas, notadamente sobre as classes trabalhadoras (Foladori & Invernizzi, 2007). Embora se possa reconhecer a grande gama de alternativas muito interessantes a partir das nanotecnologias, não se poderá esquecer que são o ser humano e o meio ambiente os principais destinatários das conseqüências, sejam positivas ou negativas. Esses são alguns exemplos onde se fará necessária uma justificativa ética e um excelente campo para a regulamentação jurídica.

Existe uma atmosfera futurista em torno das descobertas através das nanotecnologias. Em decorrência disso, é correto dizer: "a verdade é que existem poucos limites para o que a nanotecnologia pode fazer. O que ela irá fazer é uma questão, mas, se realizar apenas um décimo do seu potencial, poderia mudar o mundo no qual vivemos muito além do que possamos imaginar" (Lampton, 1994, p. 17). Tem-se um momento especial na história da humanidade: uma descoberta científica poderosa, mas que ainda não se mostrou integralmente. Constatam-se, portanto, dois pólos de angústia: um deles, o desvelamento das possibilidades da investigação no nanomundo; o outro, as conseqüências dessas descobertas.

Todos esses detalhes apontam para a grande capacidade humana em construir e descobrir coisas novas. De certo modo, as transformações na escala nano são projetadas com maior precisão, pois é deslocado um átomo em cada vez; já na escala atualmente empregada, são movimentados muitos átomos de uma só vez, prejudicando a estrutura dos tecidos e o próprio meio ambiente. Verificam-se possibilidades de melhoramento nas propriedades de diversos produtos utilizados pelas pessoas, sejam alimentos, pinturas, tecidos, medicamentos. Na medicina, por exemplo, as perspectivas são muito boas, especialmente em medicamentos que agem diretamente sobre a célula doente. Outra alternativa é o sonhado controle sobre o envelhecimento. Diante disso, pode-se também controlar o ciclo vital?

Nessa mesma linha, fala-se também na nanofabricação, isto é, a auto-reprodução. Com isso, surge a seguinte situação: como controlar esta multiplicação? Como

controlar 'quantidade' x 'qualidade'? Tudo indica que na produção nanotecnológica não haverá mais essa oposição, "devido ao fato de construírem coisas com precisão na escala atômica, as nanomáquinas produzirão produtos de uma qualidade superior a tudo que já se viu antes" (Lampton, 1994, p. 84). Essa é uma alternativa interessante, mas sobre a qual é necessária uma reflexão séria e profunda, a fim de se equacionar as conseqüências! Dessa forma, a nanotecnologia surge como uma promessa para curar quase tudo, menos a nossa desumanidade com os outros, "mas pelo menos num mundo nanotecnológico não teremos nada em que colocar a culpa de nossos problemas, a não ser nós mesmos" (Lampton, 1994, p. 127-8).

### 1.3. O "estranhamento" frente às descobertas humanas no mundo nanotech (avançar ou recuar? Eis a questão!)

Qual a reação humanamente possível frente a esse quadro de avanços e possibilidades? Dito de outro modo: como se estabelece, dentro desse contexto, a relação entre a ciência (*téchne*) e a natureza (*phýsis*)? Se examinarmos o segundo livro da Física de Aristóteles, fica evidente que aquela deveria estar subordinada a esta. Esse modelo biomórfico foi substituído, a partir do século XVII – dentro das "conquistas" da revolução científica – pelo modelo mecânico. A partir daí, quando o homem descobre as relações causais da natureza, passa a imitá-la, além de recriar com seu conhecimento novas máquinas que foram capazes de suprir e controlar os seus efeitos (Becchi, 2002, p. 117). O interessante desse guinada científica é o modo como o homem concebe a si mesmo frente à natureza: não há mais nenhum constrangimento frente às anunciadas forças da natureza. O homem e o seu conhecimento fazem frente a esses aspectos.

Poder-se-ia dizer que a fase da razão clássica apresentada pelo claro predomínio da racionalidade ética voltada ao aspecto predominantemente teleológico, que, em Aristóteles, é explicitado pela obtenção da felicidade. A caminhada do desenvolvimento humano vai gradativamente se afastando da razão clássica, a fim de dar vasão à construção dos caracteres da chamada razão moderna. O método não é visto mais, tal como em Aristóteles, como um roteiro que conduza à essência das coisas, mas como um conjunto de "regras que permite a construção do modelo matemático mais adequado para a explicação dos fenômenos da natureza pela descoberta das leis do seu funcionamento" (Lima Vaz, 1995, p. 61). A idéia é aplicar aos diversos campos do conhecimento o mesmo método de trabalho das Ciências da Natureza.

Um paradigma desse novo sujeito da razão moderna é a proposta kantiana do "Eu transcendental", marcado pela "atividade de conhecimento essencialmente construtora" (Lima Vaz, 1995, p. 62). A objetividade da perspectiva aristotélica é substituída pelo olhar subjetivo de Kant. Esse movimento pode também ser assim caracterizado: "A saída do homem do estado de menoridade e a afirmação de sua supremacia sobre a terra" (Becchi, 2002, p. 118). A maioridade do homem levanta vários perigos, os quais estão diretamente relacionados ao modo como o elemento humano interfere nas coisas da natureza. Tudo indica que ainda continuamos nessa situação. No entanto, agora protagonizada pelas pesquisas na escala nano.

Aí é que é necessário o "estranhamento" heideggeriano, ou seja, torna-se fundamental a reflexão sobre o futuro-hoje das pesquisas nanotecnológicas. Heidegger faz uma série de considerações, pertinentes para o momento que estamos vivenciando. Não se deve esquecer um ponto central: "a técnica é meio para um fim" e a "técnica é uma atividade do homem" (Heidegger, 2001, p. 11). A relação entre *meio* e *fim* é muito significativa e poderá ser enriquecida pela contribuição de Kant: "age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio" (Kant, 1980, p. 135). As possibilidades das pesquisas *nanotech* deverão sempre ser um meio para que as necessidades humanas possam ser atendidas dentro do melhor nível.

Além disso, não se deve esquecer que a técnica é um caminho humanamente construído para lidar com a natureza. Assim, tem limites e está sujeita a falhas, dada a impossibilidade de projetar todas as conseqüências dessa ingerência na natureza. A necessidade do equilíbrio está na seguinte constatação: "um meio é aquilo pelo que se faz e obtém alguma coisa. Chama-se causa o que tem como consequência um efeito. […] Vale também como causa o fim com que se determina o tipo do meio utilizado" (Heidegger, 2001, p. 13). O "estranhamento", o cuidado (*sorge*) está nessa aproximação entre os meios e as conseqüências que eles provocam na construção do fim, isto é, na delimitação de qual fim efetivamente se está buscando. Por outro lado, como obra humana, é preciso avaliar e controlar os efeitos produzidos pelos fins, tendo em vista os meios elegidos.

Cabe incluir nessa análise a noção de eficiência na obtenção dos resultados e efeitos. Isso significa que a técnica precisa continuar sob o controle humano. A técnica deverá ser, portanto, um desencobrimento, um desvelamento da verdade, dos efeitos da pesquisa em escala nano. Vale dizer: o conhecimento deverá ser colocado ao serviço da abertura e descobrimento de condições que viabilizem uma vida humana mais digna, pois mais voltada ao atendimento das necessidades humanas. Heidegger percebe bem o atual estado da arte: a técnica moderna representa "uma exploração que impõe à natureza a pretensão de fornecer energia, capaz de, como tal, ser beneficiada e armazenada" (Heidegger, 2001, p. 18-9). As pesquisas com as nanotecnologias estão trilhando esse caminho, pois se buscam as diversas formas de energia disponíveis na natureza, aguardando a sua exploração. Aí a necessidade da cautela, do cuidado, do estranhamento.

Esse caminho gera *o perigo* do desencobrimento: do homem considerar, a partir de uma falsa aparência, de que tudo nos vem ao encontro na medida em que é realizado pelo homem, ou seja, "o homem só se encontra consigo mesmo". Portanto, o grande desafio é justamente esse se dar conta de que a partir da liberdade o homem será capaz de preservar a essência que é a humanidade do humano. Aí reside o núcleo do estranhamento: é preciso questionar (refletir) sobre os meios e os fins, pois "quanto mais nos avizinharmos do perigo, com maior clareza começarão a brilhar os caminhos para o que salva, tanto mais questões haveremos de questionar. Pois questionar é a piedade do pensamento" (Heidegger, 2001, p. 37-8).

Um exemplo atual e concreto dessa preocupação esboçada a partir de Martin Heidegger pode ser considerado o "princípio de precaução", aprovado pela Regional

Latino-Americana da *Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines* (UITA), por ocasião de sua 13ª Conferência Regional, realizada em Santo Domingo, em outubro de 2006. O referido princípio consiste numa

> [...] medida de política pública a ser aplicada quando existirem riscos potenciais sérios ou irreversíveis para a saúde ou para o meio ambiente, bem como antes que tais riscos se transformem em perigos comprovados. Esta política supõe, entre outras coisas, mecanismos de pesquisa e monitoramento, a fim de que os perigos possam ser detectados com antecedência. […] Desta forma, o Princípio de Precaução inclui um fundamento científico (não há perigo) e um fundamento político e de sentido comum (certeza razoável) (Foladori & Invernizzi, 2007).

Esse cuidado o gênero humano merece por parte da pesquisa. Vale dizer: em nenhum momento os fins justificarão os meios. Estes sempre deverão estar em sintonia com aqueles: respeitar a pessoa na sua essência humana, de ser vivo de carne, osso e sentimento. É nesse ponto que ingressa o pensar, que se projeta como um meio poderoso para a implementação da referida liberdade; ou como refere Heidegger: "o que quer que pensemos e qualquer que seja a maneira como procuramos pensar, sempre nos movimentamos no âmbito da tradição" (Heidegger, 1979, p. 187). O pensar representa o "estranhamento", pois aponta para a reflexão sobre as possibilidades e as conseqüências das pesquisas em escala nano. Ao pensar, o homem está inserido na tradição que o sustenta, mostrando, com especial potência, os riscos e os benefícios que a ciência já trouxe ao gênero humano. E mais, a tradição sempre "impera quando nos liberta do pensamento que olha para trás e nos liberta para um pensamento do futuro, que não é mais planificação. Mas, somente se nos voltarmos pensando para o já pensado seremos convocados para o que ainda está para ser pensado" (Heidegger, 1979, p. 187). É no movimento da tradição que se inspira nas experiências já vividas, onde poderão ser projetados os alicerces para o pensamento (a pesquisa) das forças naturais ainda não desveladas. Além do mais, o "princípio da precaução" deverá orientar o desenvolvimento da regulamentação jurídica.

A partir do momento em que o foco está no pensar, se desperta para um detalhe essencial, mas às vezes esquecido: "na interpretação técnica do pensar, o ser é abandonado como o elemento do pensar" (Heidegger, 1985, p. 35). No momento em que a técnica domina a organização do pensamento, a essência, ou a preocupação com o ser, acaba sendo deixada (esquecida) para um segundo plano. É nesse particular que se deve insistir, pois o pensar, no sentido do "estranhamento", é justamente o retorno ao pensar da e na essência do ser. Isso significa a seguinte linha de trajetória: "deste modo então, contudo, a *humanitas* permanece no coração de um tal pensar; pois, humanismo é isto: meditar, e cuidar para que o homem seja humano e não des-humano, inumano, isto é, situado fora de sua essência" (Heidegger, 1985, p. 41). O "estranhamento" quer significar tal percepção com o pensar e a essência, ou seja, como o humano. Sem isso, nenhum resultado, por mais genial e espetacular, será suficientemente grandioso

para valer qualquer investimento, pois o essencial – o ser humano – deve ser o escopo que sustenta e justifica as conseqüências.

Examinadas essas questões, é adequado verificar qual a linha que deverá ser observada, ou melhor, qual o caminho mais adequado. Para tanto, é oportuna a figura trazida pelo texto de Ernst Jünger intitulado *Sobre la línea* (*Über die Linie*) (1994, p. 15-69). Não se busca uma significação de *linha*, como se a conduta estivesse necessariamente pautada por esse limitador. Pelo contrário, a *linha* é justamente um ponto de referência a partir do qual várias opções são possíveis. Vale dizer: especificamente, avançar nas pesquisas ou recuar pelo medo das conseqüências desconhecidas e talvez incontroláveis. Cabem diversas interpretações sobre a *linha*, que pode tanto passar a idéia de *para lá de*, como também estar *na, sobre a linha*. De qualquer modo, *a linha* aponta para uma múltipla significação, "que torna visível o seu sentido de não fechamento e que faz aparecer a impossibilidade de clausura" (Faria Costa, 2005, p. 29). A linha está traçada: as pesquisas com as nanotecnologias. O grande desafio é ficar aquém ou além da linha, ou ficar apenas sobre ela, a qual também pode incentivar a transgressão. Como já referido, a liberdade será o elemento motivador para a resposta. De qualquer modo, a opção nos encaminhará para uma "terra selvagem", onde o homem será chamado não apenas para a luta, mas onde poderá vencer. Porém, não se trata mais de nenhuma "terra selvagem romântica" e, por isso, também estar-se-á frente ao perigo: "que o homem perca o medo" (Jünger, 1994, p. 62 *et seq.*).

Não se poderá olvidar o mundo em que vivemos e nem a tradição onde estamos inseridos. Com o apoio nesses detalhes, o homem estará preparado, inclusive, para o fracasso. Esse o elemento desafiador do momento. Para desenvolvê-lo, é necessário um elemento condutor perspectivado no homem e no seu desenvolvimento. Aí a busca por uma justificativa ética – os Direitos Humanos – que poderá acompanhar esse caminho humano.

## 2. O "fascínio da criatividade"[1]: em busca de uma justificativa ética para as pesquisas com o emprego das nanotecnologias e sua regulamentação jurídica

O desenvolvimento sadio da criatividade, própria do gênero humano, pressupõe, como visto, um caminhar consciente na canalização dos resultados para a solução de problemas vinculados aos homens e mulheres, focados na preservação da vida e sua dignidade (Mantovani, 2008, p. 40 *et seq.*). Isso, igualmente, deverá inspirar a regulamentação jurídica desse tema.

[1] Expressão cunhada por Winfred Weier, cfe. FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia:* alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 27.

## 2.1. Os Direitos Humanos e os Direitos Naturais: trilhando caminhos para os respeito à dignidade da pessoa humana

Os Direitos Humanos surgem como um referencial que transcende o subjetivismo do detentor do poder, a partir da incorporação do conteúdo fornecido pelos Direitos Naturais. Isso demonstra que os Direitos Humanos, ou seja, os direitos que os humanos têm por sua qualidade de pessoas, exigirão uma tomada de posição jusnaturalista, sob pena de resultar incoerente e estéril (Massini-Correas, 1996, p. 12). É nesse arcabouço que se constrói a pergunta dos motivos que levam a pessoa a desenvolver a concepção sobre os direitos humanos, pois

> [...] o Estado e o Direito [positivo] devem desenvolver uma função de coordenação, promoção e, se necessário, de iniciativa, mas sempre em posição subordinada ao primado da pessoa, do qual depende o desenvolvimento da sociedade, ordenada a atuação pela prosperidade do cidadão, do qual o bem comum, naturalmente necessário a tudo o que é humano (Pizzorni, 1999, p. 398).

A preocupação com os Direitos Humanos está vinculada à consolidação dos direitos naturais, especialmente voltada ao estabelecimento do elemento justificador para a regulamentação e os resultados das pesquisas com o emprego das nanotecnologias. É a construção dessa vinculação que deverá motivar a intervenção da técnica científica na atualidade.

Segundo Javier Hervada por

> [...] direitos humanos se entende comumente aqueles direitos que o homem tem por sua dignidade de pessoa, ou aqueles direitos inerentes à condição humana, que devem ser reconhecidos pelas leis. […] Por isso, desses direitos se diz que se declaram, e deles se diz também que se reconhecem, não que se outorgam ou concedem, pelas leis positivas. (1996, p. 110).

Assim, será equivocado dizer "que temos estes direitos porque somos humanos. […] cada um de nós os temos por sermos membros da espécie que tem a dignidade de ser um ser humano" (Finnis, 1998, p. 177). Esses direitos existem independentemente da norma positivada, onde a pessoa é a base de sustentação de sua validade. Verifica-se, com essas referências, que os Direitos Humanos consagrados nos diversos documentos internacionais não foram responsáveis pela sua criação, eles já existiam. Isso comprova a fundamentação jusnaturalista dos Direitos Humanos, possibilitando dizer, segundo Antonio Enrique Pérez Luño (1995, p. 30 *et seq.*), que se generalizou a tendência de considerar os direitos humanos como um termo mais amplo que o dos direitos naturais.

Tanto que os Direitos Humanos aparecem como "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências da dignidade, a liberdade e a igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente

pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional" (Pérez Luño, 1995, p. 48). Dito de outro modo, os Direitos Humanos incorporam os princípios da lei natural apresentados por John Finnis, alcançando-lhes o caráter de uma preocupação universal, pois presente onde estiver uma pessoa.

A consagração dos direitos humanos-naturais nos diversos documentos apontam duas características fundamentais, segundo John Finnis (2000, p. 240): a) os documentos acerca desses direitos incorporam duas fórmulas canônicas: "toda pessoa tem direito a …" e "ninguém será…". Quer dizer, são fórmulas que destacam a sua preocupação com a pessoa, visando assegurar direitos naturais a ela inerentes; b) todos os documentos apontam para um caráter de limitação ao poder estatal.

Aí é que ingressa, por analogia, a sua inserção como um orientador das pesquisas científicas e da regulamentação jurídica, pois assim como os Direitos Humanos servem para limitar a atuação do poder estatal, servem, igualmente, para estabelecer posições máximas de alcance para as conseqüências das investidas em escala nano. Além do mais, esse conteúdo procura dar uma justificação ética ao trabalho da ciência. Aliás, John Finnis refere a existência de quatro fundamentos específicos relacionados à mencionada orientação:

> [...] (i) assegurar o devido reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais; (ii) satisfazer as justas exigências da moral numa sociedade democrática; (iii) satisfazer as justas exigências de ordem pública numa sociedade democrática; (iv) satisfazer as justas exigências de bem-estar numa sociedade democrática. (Finnis, 2000, p. 241).

Essa passagem demonstra claramente a aproximação entre os resultados científicos e a Moral. Além disso, destaca que os Direitos Humanos são de todos os humanos, ou seja, todos são iguais no respeito à dignidade da pessoa humana. De certa forma, a discussão acerca dos Direitos Humanos mostra uma dialética entre o público e o privado, o universal e o particular, entre a igualdade e a diferença, globalidade e particularidade, individualidade e coletividade (Engelmann, 2005, p. 248). Um elemento capaz de fazer esses percursos é a dignidade da pessoa humana.

> A dignidade vem a ser a característica decisiva do ser humano que faz com que tenhamos direitos. […] O termo latino de dignidade designa em princípio aquele que é considerado ou valorado por si mesmo, não como derivado de outra coisa. São ações 'dignas', valiosas por si mesmas, as de uma qualidade moral adequada e realizadas ademais com a adequada intenção; outras, portanto, são indignas (Mauleon, 1999, p. 329).

A dignidade pode ser considerada um atributo do homem e da mulher, que não poderá ser esquecida pelos pesquisadores, especialmente na avaliação dos resultados de suas pesquisas, seja em relação aos nano resultados, seja no tocante à regulamentação jurídica. Trata-se, portanto, do elemento que justifica o movimento dialético antes

referido e aponta para a necessária preocupação com o "bem-estar de todos e de cada um, em cada um de seus aspectos básicos, [o qual] deve ser considerado e favorecido em todo momento pelos responsáveis de coordenar a vida comum" (Finnis, 2000, p. 243). Trata-se, portanto, da formação de uma moral pública preocupada em conjugar os direitos de cada pessoa com os direitos da comunidade local ou global. Vale dizer: é necessário dosar e equacionar os resultados da nanotecnologia, compatibilizando os benefícios individuais com as necessidades coletivas.

Há que se observar que os Direitos Humanos representam a projeção internacional (talvez universal) dos direitos naturais. Verifica-se, com isso, que o tempo é um fator importante na sua justificação. Por outro lado, "o passado amarra o poder: este não pode, no presente, confrontado com exigências não previstas, modificá-lo, reconstruí-lo à sua vontade" (Haarscher, 1997, p. 32). Isso demonstra que o passado é a memória, ou seja, a tradição, que não aprisiona, mas impulsiona a construção do presente, que não poderá ignorá-la. Essa força do passado que, na linguagem de Gadamer, representaria a pré-compreensão, justifica hermeneuticamente a aplicação dos Direitos Humanos, fazendo emergir os direitos naturais, como a formatação do passado daqueles. Mesmo que se possa aceitar que o passado não é a condição suficiente para o respeito dos direitos humanos, o certo é que, apesar de não ser uma condição minimamente suficiente, ela se mostra, no entanto, absolutamente necessária.

Norberto Bobbio (1992, p. 5) reconhece que os chamados Direitos Humanos são fruto de uma construção histórica do desenvolvimento da sociedade, que surgem gradativamente, a partir do próprio desenvolvimento e complexificação das relações humanas.

O seu surgimento gradativo volta-se à busca de proteção de "uma cultura dos direitos que recorra, em seu seio, à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente". (Flores, 2004, p. 365). Isso gera, necessariamente, segundo Joaquín Herrera Flores, uma visão complexa dos Direitos Humanos, que deverá trabalhar com os olhos focados na periferia, objetivando examinar com possibilidade crítica o poder que domina o centro. No caso, o poder econômico, emanado dos grandes conglomerados internacionais, interessados na "comercialização" dos resultados das pesquisas com nanotecnologias, surge como uma nova "ameaça" aos direitos humanos e ao uso dos resultados científicos obtidos. A periferia da qual fala Flores produz uma gama variada de ensinamentos: "quanto não aprenderíamos sobre direitos humanos escutando as histórias e narrações a respeito do espaço que habitamos expressadas por vozes procedentes de diferentes contextos culturais!" (Flores, 2004, p. 368). Dito de modo diferente: é necessário escutar a voz da tradição, a fim de viabilizar o enlaçamento das várias partes que compõem o círculo hermenêutico (a pré-compreensão, compreensão, interpretação e aplicação), examinado como um conjunto, especialmente na regulamentação jurídica.

Surge, com isso, a importância da linguagem, que deverá merecer a devida atenção para a consolidação do círculo hermenêutico. Vale dizer: não se pode esquecer que sem a linguagem sequer é possível falar sobre Direitos Humanos, eis que sem ela não há mundo. É nesse conjunto de características humanas onde será planejado o futuro

da nanotecnologia. O "estranhamento", o cuidado com as conseqüências, necessariamente deverá ser projetado com esse pano de fundo bem presente.

Os direitos humanos não são meras postulações éticas, senão aquelas exigências que devem nortear as interferências humanas na natureza e no contexto social para a criação de normas de conduta. É nesse ponto que ingressa o direito natural: o mérito histórico do jusnaturalismo reside em sua reivindicação constante de que as pesquisas científicas não podem desconhecer determinadas exigências e valores da pessoa humana. Por isso, falar de Direitos Humanos não é uma mera fórmula retórica para dar mais força às exigências morais, senão estabelecer as condições de legitimidade e aceitabilidade das propostas e resultados das pesquisas em escalas cada vez menores.

O cenário assim delineado aponta inevitavelmente para a caracterização dada por Heiner Bielefeldt: "os Direitos Humanos como *ethos* de liberdade político-jurídica da era moderna" (2000, p. 37). As perspectivas abertas pelas mencionadas pesquisas vão muito além da mera satisfação pessoal do pesquisador. Elas alcançam a todos, especialmente a partir do momento em que os resultados e efeitos não são perceptíveis visualmente. Esse cenário se coaduna ao perfil abertamente evolutivo dos Direitos Humanos, pois buscam o seu desenvolvimento mediante acertos provisórios, projetados numa permanente transformação. Para o desenvolvimento dessa tarefa é necessário um substrato ético, visando ordenar as amplas possibilidades advindas dessa junção, apontando "as fronteiras que devem restar intransponíveis, porque franqueá-las significaria destruir a própria idéia de humanidade" (Delmas-Marty, 2003, p. 169).

A proposta da inserção dos Direitos Humanos não está direcionada à limitação, buscando restringir os resultados das pesquisas nanotecnológicas, mas dar-lhes um substrato capaz de incorporar o seu principal destinatário: o ser humano. Esse também é o principal foco do Direito.

## 2.2. A razão prática e a construção de uma "ética da continuidade": propondo alternativas de regulamentação jurídica às nanotecnologias

John Finnis (2000) faz uma releitura do direito natural clássico, formulado especialmente a partir de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Assim, a lei natural é alinhada ao primeiro princípio prático que diz "fazer e buscar o bem e evitar o mal". Esse conteúdo se apresenta como auto-evidente, sendo conhecido por todos. A partir desse princípio da razão prática, John Finnis desenvolve os princípios da lei natural, preocupados com o florescimento humano, ou seja, os bens humanos básicos (o conhecimento, a vida, a amizade, a experiência do belo, o jogo, a religião e a razoabilidade prática) (2000, p. 91 *et seq.*) e as exigências metodológicas da razoabilidade prática (plano de vida coerente, respeitar os bens humanos em todos os atos, não discriminar, valorizar a respeitar as conseqüências, respeitar o bem comum e a própria consciência) (2000, p. 131 *et seq.*). Esses dois elementos são permeados por uma série de pautas morais, mostrando que o conteúdo é mais importante que a forma. Vale dizer: é necessário preservar um

equilíbrio entre os fins e os meios, especialmente na avaliação das conseqüências que as investidas nano provocarão na natureza e nas pessoas.

Esse conjunto de valores e preocupações com as coisas humanas servirá como um fundamento ou justificativa ética (de conteúdo) para os avanços das pesquisas das nanotecnologias e um guia para o desenvolvimento da sua regulamentação jurídica. O aprofundamento das investigações não deverá perder de vista que os seus resultados devem favorecer o pleno desenvolvimento das pessoas, focando a sua energia na satisfação das necessidades humanas. Tem-se, com isso, um referencial para as pesquisas científicas e o foco para os seus resultados, além da sua regulamentação pelo Direito. Vale dizer: esses aspectos da proposta de John Finnis indicam que a razoabilidade prática deverá nortear o caminho das pesquisas nanotecnológicas, focadas no respeito aos bens humanos básicos como "uma razão básica para a ação" e sempre preocupadas com a realização humana plena (Finnis, 1998, p. 140).

Assim, Finnis adverte: podemos dizer que as exigências metodológicas da razoabilidade prática "dizem respeito aos tipos de razões pelas quais existem coisas que moralmente (não) deveriam ser feitas" (2000, p. 134). Nesse contexto, as tecnologias nano deverão ser focadas para a implementação razoável/adequada do pleno florescimento humano. Portanto, o mais correto será examinar a situação sob o ângulo da adequação, do razoável. Não se precisa buscar a resposta correta no enfrentamento da questão. As tecnologias nano deverão favorecer o adequado atendimento às necessidades das pessoas.

Nesse contexto, torna-se de fundamental importância a valorização dos mencionados direitos naturais-humanos como um "ponto de referência interpretativo" da regulamentação jurídica a ser desenvolvida, não como oposição ao direito positivo vindouro, mas, com a interferência da filosofia prática, fomentar um esforço para "dar vida em cada caso à melhor solução jurídica dentro das possíveis" (Ollero, 1983, p. 119).

No entanto, a avaliação não deverá ser individual; é preciso considerar os mencionados aspectos no seu contexto transindividual, focado no núcleo dos Direitos Humanos. Vale dizer: sempre a atenção deverá ser dada ao grupo. Além disso, a análise crítica das tecnologias deverá ser pautada pela experiência e inteligência, tal como já proposto pelos representantes da ética clássica. Quer dizer: é preciso desenvolver a sabedoria prática, isto é, o *phrónimos* de Aristóteles, que é titular da *prudentia* de São Tomás de Aquino. Se conseguirmos reunir estes caracteres, haverá condições de verificar a razoabilidade das experiências com as tecnologias nano.

A sabedoria do *phrónimos* aponta para uma preocupação que deverá nortear a regulamentação jurídica das nanotecnologias: "[…] os princípios do direito natural, […] são encontrados não apenas na filosofia moral ou ética e na conduta 'individual', mas também na filosofia política e na teoria do Direito, na ação política, na atividade judicial e na vida do cidadão. Pois que esses princípios justificam o exercício da autoridade na comunidade" (Finnis, 2000, p. 57-8). Aqui existe uma sinalização da importância dos princípios do direito natural para a formação da razão prática, ou seja, a razão que deverá ser levada em consideração na tomada de decisões: individuais e coletivas (políticas, legislativas e judiciárias). A caracterização aristotélica do *phrónimos* (Aristóteles,

2001, 1140a) deverá ser colocada em prática para trabalhar com os avanços nanotecnológicos e no estabelecimento da regulamentação jurídica. Trata-se de trabalhar com a razão prática, com o foco no coletivo e no individual, sem esquecer as experiências humanas já vividas.

As perspectivas dos "pós" (especialmente do pós-humano) que não acreditam em algumas referências de base ou de justificação estão levando as pessoas e a sociedade a um estágio de "desenvolvimento" onde o humano é substituído pela técnica, a forma, numa total desconsideração do conteúdo (o elemento humano), principal motivador da existência de todo o avanço tecnológico. Tudo indica que esses avanços tecnológico-científicos são destruidores, pois provocam uma tecnicização das relações humanas, como se tudo pudesse ser resumido num avanço do espaço livre de "infiltrações" que trazem o signo de questões e problemas ligados à pessoa.

Para que possam ser consideradas saudáveis, as experiências e as tecnologias necessitam ter base na ética. Essa, por sua vez, nada mais é do que o respeito à vida e seu pleno desenvolvimento. Assim, os "pós-humanistas" não podem esquecer que o esvaziamento das suas incursões se dá a partir do momento em que esquecem do principal destinatário das suas pesquisas: a pessoa humana. Sem isso, continuaremos produzindo "pós" vazios e perigosos, pois desconectados do mundo real da vida.

A valorização do humano é a concretização da lei natural e dos direitos naturais. Se isso for percebido, respeitando esses elementos, se estará dando uma grandiosa contribuição para o desenvolvimento da espécie humana. Por outro lado, não se pode conceber uma visão "pós-humana", pois sem o humano nenhum avanço tecnológico faz sentido. Sublinhando: no contexto da tradição onde estamos inseridos, no qual as experiências recebem a atribuição de sentido, não se poderá esquecer o elo de ligação com o passado, que justifica o presente e projeta (prepara) o futuro. Nesse particular é necessário resgatar e valorizar elementos substanciais, como a expressão da experiência e do conhecimento legados pela tradição, único modo de se desenhar a pré-compreensão para atribuir o sentido humanamente aceitável para os avanços da pesquisa com as nanotecnologias.

O resgate do direito natural apresenta-se, portanto, como uma preliminar ética na medida em que deve ser capaz de "identificar condições e princípios de retidão prática, de uma ordem boa e correta entre os homens e na conduta individual" (Finnis, 2000, p. 51). É essa preocupação que deverá acompanhar as pessoas na sua caminhada rumo ao descobrimento das possibilidades das nanotecnologias.

Vive-se, portanto, um risco. Sabe-se, igualmente, que esses riscos foram riscados por cada pessoa. Para tanto, é exigido um modelo de responsabilidade diferente, ou seja, "um modelo que se fundamente na própria faticidade, do ser que é em continuidade" (Faria Costa, 2005, p. 33-40, bem como é preciso ter em consideração que os efeitos das atuais decisões e pesquisas não serão sentidos imediatamente. Portanto, será necessária "uma ética em que os efeitos ou resultados se repercutem no tempo distante; uma ética em que as respostas aos comportamentos moralmente relevantes se não podem medir ou ajuizar pela dimensão do imediato" (Faria Costa, 2005, p. 36). Essa é a ética que os alemães chamam de *Fernethik* (*Fern* = longe, distante).

Dentro desse contexto, se apresenta a chamada "ética da continuidade", construída numa análise quase que contraditória: por um lado, se acreditamos na dignidade dos homens e mulheres que nos antecederam, somos responsáveis perante os homens futuros. Por outro lado, no entanto, "não somos responsáveis pelas gerações futuras. Somos responsáveis pelos homens e mulheres reais, concretos, que o futuro há-de trazer dentro dessa categoria formal a que chamamos gerações" (Faria Costa, 2005, p. 41). Portanto, as pesquisas com as nanotecnologias deverão ser desenvolvidas dentro dessa ética, na medida em que se planejam e avaliam as conseqüências, presentes e futuras, da investigação em escala nano.

A regulamentação dessa matéria por parte do Direito também deverá inspirar-se nesses pressupostos éticos. Além disso, nascem novos direitos que deverão ser desenvolvidos sob a luz de um Direito Constitucional Altruísta, "apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais" (Sarlet, 2008, p. 62). Assim, o processo regulatório deverá orientar-se por "diversos modos de expressão legislativa" que concedam ao julgador certo grau de autonomia e responsabilidade perante a lei, como: os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais (Engisch, 1996, p. 208). Esse caminho deverá afastar-se das principais características do positivismo jurídico, a fim de viabilizar uma atividade criadora das diversas carreiras jurídicas, dados os contornos inusitados da matéria trabalhada: a criatividade humana proporcionada pelas nanotecnologias e sua obrigatória vinculação com o ser humano.

## Referências

Aristóteles. *Ética a Nicômaco.* Traduzido do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: UnB, 2001.

Becchi, Paolo. "La ética en la era de la técnica. Elementos para una crítica a Karl-Otto Apel y Hans Jonas". Tradução de Alberto M. Damiani. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,*Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 25, 2002, p. 117-137. Disponível em: ‹http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml›. Acesso em: 10.09.2008.

Bielefeldt, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Delmas-Marty, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Engelmann, Wilson. "A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado". In: José Luis Bolzan Morais de (org.). *O Estado e suas crises.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Faria Costa, José de. "A Linha". In: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Feynman, Richard P. *Plenty of Room at the Bottom.* Disponível em ‹http://www.its.caltech.edu/~feynman/plenty.html›. Acessado em 10.09.2008.

Finnis, John Mitchell. *Ley natural y derechos naturales.* Tradução de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

— "Towards Human Rights". In: Aquinas: *Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Flores, Joaquín Herrera. "Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência". Tradução de Carol Proner. In: Antonio Carlos Wolkmer (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Foladori, Guilhermo, e Noela Invernizzi. *Os trabalhadores da alimentação e da agricultura questionam as nanotecnologias.* Disponível em: ‹http://www.rel-uita.org/nanotecnologia/trabajadores_cuestionan_nano-full-por.htm›. Acessado em 10.09.2008.

Haarscher, Guy. *Filosofia dos direitos do homem.* Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

Heidegger, Martin. "A questão da técnica". Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. In: *Ensaios e conferências.* Petrópolis: Vozes, 2001.

— "Identidade e diferença". Tradução de Ernildo Stein. In: *Conferências e escritos filosóficos.* São Paulo: Abril Cultural, 1979 (coleção Os Pensadores).

— *Carta sobre o humanismo.* Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

Hervada, Javier. "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho". In: Carlos I. Massini-Correas (compil.). *El iusnaturalismo actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

Jünger, Ernst. "Sobre la línea". Tradução de José Luis Molinuevo. In: *Acerca del nihilismo.* Barcelona: Paidós, 1994.

Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (coleção Os Pensadores).

Lampton, Christopher. *Divertindo-se com nanotecnologia.* Tradução de Amir Kurban. Rio de Janeiro: Berkeley, 1994.

Lima Vaz, Henrique Cláudio de. "Ética e razão moderna". In: *Síntese Nova Fase,* Belo Horizonte: Centro de Estudos Superiores-SJ, v. 22, n. 68, p. 53-84. jan.-mar. 1995.

Mantovani, Ferrando. "La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani (Accanimento contro la vita o cultura della vita?)". In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* Milão, v. 51, n. 1, p. 40-61. jan.-mar. 2008.

Massini-Correas, Carlos I. (compil.). *El iusnaturalismo actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

Mauleon, Xabier Etxeberria. "El debate sobre la universalidad de los derechos humanos". In: *La declaración universal de derechos humanos en su cincuenta aniversario: Un estudio interdisciplinar*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

Ollero, Andrés. "Para una teoria 'juridica' de los derechos humanos". In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Madrid, n. 35, p. 103-22. sept.-oct. 1983.

Ozin, Geoffrey A. & André C. Arsenault, *Nanochemistry: a chemical approach to nanomaterials.* Cambridge: Royal Society of Chemistry, 2005.

Perez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

Pizzorni, Reginaldo. *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino.* Bolonha: Edizioni Studio Domenicano, 1999.

Roukes, Michael. "Espaço suficiente lá embaixo". In: *Scientific American* Brasil (edição especial 'Nanotecnologia'). n. 22, p. 6-13, São Paulo: Ediouro, Segmento-Duetto Editorial Ltda.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 559-584 ISSN 1510-4974

**André Luiz Cosme Ladeia (Brasil)***

# A relativização da soberania em face da preservação dos direitos e garantias fundamentais

## RESUMO

**O presente trabalho versa sobre o fenômeno da relativização da soberania em face da preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nele, abordou-se, incipientemente, o papel que a globalização teve na difusão dos direitos humanos no século XX, através da proteção internacional e regional dos direitos humanos, bem como do processo de constitucionalização desses direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Foi realizado, também, um estudo sobre as intervenções humanitárias realizadas pelo Conselho de Segurança na década de 1990 do século XX, bem como sobre as intervenções das Forças Emergentes da Assembléia-Geral das Nações Unidas. Por derradeiro, fez-se um estudo lacônico sobre as novas formas de acesso jurisdicional à Corte Internacional de Justiça, através de sua legitimidade extraordinária no caso de uma guerra aonde haja violação de direitos humanos.**

**Palavras chave: direitos humanos, proteção dos direitos fundamentais, aplicação dos tratados internacionais, soberania relativa, intervenção humanitária, Corte Internacional de Justiça.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Phänomen der eingeschränkten Souveränität im Rahmen des Schutzes von Grundrechten und –garantien. Zunächst wird darauf eingegangen, welche Rolle die Globalisierung sowohl bei der Verbreitung der Menschenrechte im 20. Jahrhundert über den internationalen und regionalen Schutz der Menschenrechte als auch bei der verfassungsmässigen Verankerung dieser Rechte in den staatlichen Rechtsordnungen gespielt hat. Weiterhin werden die mit Zustimmung des Sicherheitsrats erfolgten humanitären Interventionen in den Neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts sowie die Interventionen der Notstandstruppen der UN-Generalversammlung untersucht. Abschliessend wird kurz auf die neuen Möglichkeiten des gerichtlichen Zugangs zum Internationalen Gerichtshof aufgrund seiner**

* Assessor Internacional do Ministério da Saúde. Especialista em Direito Internacional - Faculdades Milton Campos. Especialista em Direito Público - Universidade Sul de Santa Catarina/ Rede de Ensino LFG. Pesquisador do Centro de Direito Internacional (CEDIN) para a elaboração do III Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional ‹andreladeia@hotmail.com›

**ausserordentliche Zuständigkeit in Kriegsfällen eingegangen, bei denen Menschenrechtsverletzungen begangen werden.**

**Schlagwörter: Menschenrechte, Grundrechtsschutz, Umsetzung internationaler Verträge, eingeschränkte Souveränität, humanitäre Intervention, Internationaler Gerichtshof.**

**ABSTRACT**

**This paper deals with the phenomenon of relativization of sovereignty vis a vis the preservation of fundamental rights and guarantees. It begins by discussing the role of globalization in the dissemination of human rights in the 20th century through the international and regional protection of human rights, or in the process of constitutionalization of such rights within the legal system of each State. A study was also made as the humanitarian interventions of the Security Council in the last decade of the 20th century, as well as on the intervention of the Emerging Powers of the United Nations General Assembly. Lastly, a concise review is made on the new forms of access to the jurisdiction of the International Court of Justice, through its extraordinary legitimate jurisdiction in the case of a war in which human rights are violated.**

**Keywords: Human rights, fundamental rights protection, enforcement of international treaties, relative sovereignty, humanitarian intervention, International Court of Justice.**

## 1. Introdução

O historiador inglês Eric Hobsbawn, em seu livro *A Era dos Extremos,* conta que nunca houve em nenhuma outra época da humanidade tanta proteção aos direitos humanos, como houve no século XX. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Igualdade de direitos civis e políticos atingidos pelas mulheres, proibição dos trabalhos forçados, processo de descolonização dos países africanos, etc. Paradoxalmente a esse fenômeno ínclito, o autor inglês afirma também que nunca houve em época alguma da humanidade tanta violação dos direitos humanos como neste século. Em pouco tempo aconteceram duas Grandes Guerras Mundiais, inúmeras guerras civis para independência dos povos, genocídios, terrorismos, etc.

Nesse contexto a princípio avassaladoramente dicotômico ressai a estrutura da atual sociedade internacional, como a conhecemos. A criação da Organização das Nações Unidas e a celebração de inúmeros tratados e convenções pertinentes à proteção dos direitos humanos funcionam como égides profilácticas no combate e na repressão das violações desses direitos. A influência que tais tratados possuem é perceptível ao longo do processo de constitucionalização e regionalização dos direitos humanos por meio da globalização.

O cerne do trabalho se concentra na análise do atual fenômeno da relativização da soberania sob o enfoque dos direitos humanos, sendo analisada, também, a proficuidade das intervenções realizadas em alguns dos principais conflitos que

aconteceram no final do século XX à luz das relações internacionais e do direito internacional contemporâneo.

## 2. Globalização e direitos humanos numa época de mudanças globais profundas e inquietantes, na qual as ideologias tradicionais e as teorias grandiosas parecem ter pouco a oferecer ao mundo, a idéia de globalização adquiriu a aura de um novo paradigma (David Held e Anthony McGrew)

É inegável o relevante papel que a globalização teve na disseminação da proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos a partir da segunda metade do século XX, época conhecida na história como o Pós-Guerra. Há de se registrar que até o início do século passado os direitos individuais e políticos eram reconhecidos somente a determinados grupos de pessoas, máxime aos homens que detinham algum poder estatal ou alguma forma de privilégio econômico. É claro que, antes mesmo do surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelos Estados em 10 de dezembro de 1948, já existia um movimento muito forte de incorporação dos direitos sociais – direitos tidos como sendo da 2ª geração pela doutrina[1] – nas Constituições de alguns Estados. Tais direitos foram consagrados a partir do processo de constitucionalização que se iniciou em 1917, na Constituição do México, depois em 1919, com a afamada Constituição de Weimar, na Alemanha, e em 1927, com a Carta del Lavoro italiana. Há de se assentar que a Encíclica *Rerum Novarum*,[2] bem como as idéias marxistas e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT),[3] foram fundamentais nesse processo de solidificação desses direitos.

Porém, somente a partir da ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos[4] o direito internacional pode falar em "direitos humanos universais", uma vez que todos os direitos individuais, sociais, econômicos e políticos foram estendidos a todos os seres humanos em geral, sem distinção alguma de sexo, raça, cor, condição financeira e religião.

Acerca do surgimento deste novo fenômeno que é a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, afirma Brownlie (1997, p. 587-588):

> Os acontecimento da Segunda Guerra Mundial e a preocupação em prevenir a repetição de catástrofes associadas às políticas internas das Potências do Eixo levaram a uma preocupação crescente jurídica e social quanto aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais,

---

[1] Neste sentido, ver Alexandre de Moraes, Flávia Piovesan, Norberto Bobbio e José Afonso da Silva.

[2] Datada de 1891 pelo Papa Leão XII.

[3] Criada em 1919 no Tratado de Versalles, pela Sociedade das Nações.

[4] Como bem lembra Brownlie (1997, p. 588), o grande internacionalista Hersch Lauterpacht teria sido o pioneiro que salientou a necessidade da elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos.

fazendo emergir na sociedade internacional uma preocupação tanto interna quanto internacional quanto à codificação desses direitos. Alertando sobre o perigo da não codificação destes direitos, aponta Canotilho (2003, p. 377) que "sem esta positivação jurídica, os ' direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica política".

Comenta Bobbio (1992, p. 28) que somente com a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos pela primeira vez na história foi elaborado "um sistema de princípios fundamentais da conduta humana", sendo

> livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado

E continua o autor (1992, p. 28) afirmando que:

> Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

Neste sentido, pode-se falar que a Declaração Universal seria uma representação da "consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX",[5] uma vez que ela proclama os princípios, não como normas jurídicas, "mas como 'ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações'".[6] Partindo desta premissa bobbiana, pode-se pensar, inclusive, na existência de uma "comunidade internacional", uma *Gemeinschaft*, [7] para usar a expressão de Tonnies, uma vez que a Carta das Nações Unidas, ao estabelecer valores universais para todos os povos, poderia muito bem ser comparada a uma Constituição Universal dos Estados, ou a uma Constituição Axiológica Internacional, como salientava o alemão Otto Bachof:[8]

> Dada essa proteção exacerbada, porém comedida, dos direitos humanos no direito internacional no contexto do Pós-Guerra, alguns autores chegarão a afirmar

---

[5] Norberto Bobbio (1992, p. 34).

[6] Ibidem, p. 30.

[7] Tonnie, apud Fred Halliday. Repensando as relações internacionais. Porto Alegre: Editora da Universidade UFRGS, 1999, In: Roberto Luiz Silva, *Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2a edição, p. 8.

[8] Otto Bachof. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2001.

que os direitos humanos seriam como "*limites intransponíveis*"[9] da Carta das Nações Unidas, "funcionando como limites à atuação desta".[10]

Fazendo uma analogia com o direito internacional, é muito bem-vinda a expressão de Herbert Krüger, [11] no sentido de que "não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais".[12]

Tais interpretações têm colaborado muito para o movimento de *humanização do direito internacional*, muito difundido pelo jurista brasileiro Cançado Trindade[13] e pela constitucionalização desses direitos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, com a incorporação constitucional dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos.

Concernente a esse processo de humanização do direito internacional, observa-se uma grande quantidade de tratados referentes à proteção internacional dos direitos humanos elaborados em nível internacional, que servirão de arcabouço para os processos de constitucionalização dos direitos humanos nas Constituições dos Estados, bem como para a criação dos mecanismos de proteção regionais desses mesmos direitos, como se mostrará a seguir.

---

[9] A esse respeito, Ver , José Joaquim Gomes Canotilho (2003).

[10] Do mesmo modo, como bem afirma Félix Vacas, lembrando Bedjaqui, "Os direitos humanos não somente limitam o poder dos Estados, senão que, como temos visto Bedjaqui defender: também *funcionam como limites à atuação das Nações Unidas". Félix Vacas Fernández. La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: Fundamento y principales problemas de su puesta en práctica***.** Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002, p. 66.

[11] Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartell Gesetzgebung*, Gotinga, 1950, p. 12, In: Paulo Bonavides. *Direito Constitucional*, p. 358.

[12] Em que pese a *vexata quaestio* no que tange à diferenciação de direitos humanos e direitos fundamentais, tenho que ambos representam direitos relativos à pessoa humana, seja no ordenamento jurídico interno, seja no âmbito internacional. A respeito desta diferenciação, leciona Canotilho: "As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta" In: Canotilho (2003, pp. 393) A esse respeito, ver também Gárcia Amador, relator da Comissão de Direito Internacional sobre a questão da responsabilidade dos Estado, quando se refere a "Direitos Humanos Fundamentais". Ver Yrbk. ILC (1957), II, 112 In: Brownlie (1997, pp. 552).

[13] Ver Antônio Augusto Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional***.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. No dizer de Thomas Buergenthal, o movimento do "Direito Internacional dos Direitos Humanos" tem "humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados, independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações". (Cf. Thomas Buergenthal, no prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. XXXI).

## 2.1. Proteção Internacional dos Direitos Humanos

Acerca do processo de internacionalização dos direitos humanos, importa ressaltar os instrumentos mais importantes de proteção em nível internacional. Dentre eles, destacam-se:

a. Instrumentos gerais:
   - Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948);[14]
   - Convenção Sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952);[15]
   - Declaração Sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960);[16]
   - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966);[17]
   - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966);[18]
   - Proclamação de Teerã (1968);[19]
   - Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);[20]
   - Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986);[21]
   - Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989);[22]

b. Instrumentos específicos:
   1. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951);[23]
   2. Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas (1954);[24]
   3. Protocolo Sobre o Estatuto dos Refugiados (1966);[25]

---

[14] Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

[15] Adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Resolução 640 (VII), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1952.

[16] Resolução 1.514 (XV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovada em 15 de dezembro de 1960.

[17] Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

[18] Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

[19] Proclamada pela Conferência Internacional de Direitos Humanos, em Teerã, em 13 de maio de 1968.

[20] Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984.

[21] Adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986.

[22] Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

[23] Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950.

[24] Adotada em 28 de setembro de 1954 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários convocada pela Resolução 526 A (XVII) do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas, de 26 de abril de 1954.

[25] Adotado e aberto à adesão pela Resolução 2.198 (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.

4. Declaração Sobre o Asilo Territorial (1967);[26]
5. Convenção Sobre Abolição do Trabalho Forçado (1957);[27]
6. Disposições Pertinentes das Convenções de Genebra Sobre Direito Internacional Humanitário (1949);[28]
7. Disposições Pertinentes do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949 para a Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não-Internacionais;[29]
8. Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948);[30]
9. Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade (1968).[31]

## 2.2. Proteção Regional dos Direitos Humanos

Condizentes à proteção regional da dos direitos humanos, vale mencionar os seguintes tratados e convenções:

a. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948);[32]
b. Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (1948);[33]
c. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto San José de Costa Rica (1969);[34]
d. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985);[35]
e. Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950);[36]
f. Carta Social Européia (1961);[37]
g. Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (1987);[38]

---

[26] Proclamada pela Resolução 2.312 (XXII) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1967.

[27] Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 25 de junho de 1957.

[28] 4 Convenções sobre Direito Internacional Humanitário adotados em Genebra, em 12 de agosto de 1949.

[29] Protocolo II, adotado pela Conferência Diplomática sobre Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável nos Conflitos Armados (1974-1977), em Genebra, em 8 de junho de 1977.

[30] Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1948.

[31] Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 2.391 (XXIII) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 26 de novembro de 1968.

[32] Resolução XXX, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.

[33] Aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em 1948.

[34] Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

[35] Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias, em 9 de dezembro de 1985.

[36] Assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950.

[37] Assinada em Turim, em 18 de outubro de 1961.

[38] Adotada no âmbito do Conselho da Europa, em Estrasburgo, em 26 de novembro de 1987.

h. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul (1981);[39]
i. Projeto de Carta dos Direitos Humanos e dos Povos no Mundo Árabe (1971).[40]

Sobre a inserção da proteção dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos dos Estados, saliente-se que tal proteção está insculpida em praticamente todas as Cartas Magnas dos países democráticos de direito, uma vez que, em sua maioria, eles não só servem como égide na defesa da violação desses direitos, mas *figuram como princípios fundamentais desses Estado*s, elevando-se assim a proteção da pessoa humana à finalidade maior desses constituintes originários.[41]

Pertinentes à incorporação dos direitos humanos nas Constituições dos Estados, mister se faz apontar alguns dispositivos de direito constitucional comparado que reproduzem bem o ideal de humanidade e a preocupação dos constituintes desses Estados em resguardar os direitos e garantias individuais de seus cidadãos, conforme se observará a seguir:

Condizente à proteção da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos dos Estados, a título meramente exemplificativo, ressumbra Schaefer Rivabem (2006, p. 6) a proteção nas constituições ocidentais e, após o fim do socialismo, a inserção desses direitos também nas constituições dos países do leste europeu. Salienta Rivabem (2006, p. 6):

a. art. 3º da Constituição Italiana de 1947;
b. art. 1º, nº 1, da Constituição Alemã de 1949 – Lei Fundamental de Bonn;
c. art 1º da Constituição Portuguesa de 1976;
d. art 10, nº 1, da Constituição Espanhola;
e. art. 25 da Constituição Croata de 1990;
f. preâmbulo da Constituição Búlgara de 1991;
g. art. 12 da Constituição Eslovaca de 1992 e;
h. art. 21 da Constituição Russa de 1993.

Ora, nesse sentido é bem perceptível o papel da globalização na difusão desses direitos, ao consagrá-los, tanto nas proteções regionais quanto nas Constituições dos Estados. Sobre esse processo de globalização na disseminação dos direitos humanos, comenta Miranda (2003, p. 54): "Assiste-se, por conseguinte, a um fenômeno de universalização dos direitos do homem, não sem paralelo com o fenômeno da universalização da Constituição".

Ademais, assente-se que a proteção dos direitos humanos chegou a um nível tal ao ponto de a sociedade internacional reconhecer no indivíduo um sujeito de direito

[39] Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981.

[40] Projeto de Carta originalmente adotado pelo Comitê de Peritos do Conselho da Liga dos Estados Árabes, na Tunísia (Secretariado da Liga), em julho de 1971.

[41] Afirma Canotilho (2003, p. 377) que: "A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo".

internacional, chegando inclusive a demandar e ser demandado nas mais diversas cortes internacionais. No que tange à legitimidade de o indivíduo ajuizar uma ação nas Cortes Internacionais, há de se ressaltar a possibilidade de tal ingresso na Comissão Européia de Direitos do Homem[42] e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, [43] "cabendo-lhe fazê-lo" nesta última "através da mediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos".[44] Quanto à possibilidade de ser demandado internacionalmente, vale ressaltar as novidades trazidas pelo Estatuto de Roma, de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional. Nos termos dos artigos 1º e 5º, as pessoas causadoras de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão serão responsabilizados penalmente por este Tribunal Internacional.[45]

Nesta mesma esteira, consoante se faz a evolução do direito internacional dos direitos humanos, imprescindível se faz elencar uma decisão da Corte Internacional de Justiça no caso "*Barcelona Traction*", de 1970, que serviu de evolução para o Direito Internacional, uma vez que impôs aos Estados obrigações de respeitar a "comunidade internacional como um todo", através da proibição da prática de genocídio e atos de agressão. Nos dizeres de Cançado Trindade, a evolução no direito internacional aponta para "as obrigações *erga omnes* dos Estados".[46]

Comenta ainda Trindade (2002, p. 1090) sobre a necessidade de salientar a importância do *princípio da jurisdição universal*, inserto na Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura (1984) que afirma que

> […] a imunidade de agentes estatais não pode prevalecer para acobertar atos de tortura para violações de normas de conduta universalmente aceitas, ainda que ocorridas in foro domestico.[47]

Apesar de o direito internacional ser incipiente, não é cedo para se falar numa proteção profícua dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos interno e internacional. A globalização tem ajudado muito a difundir tais mecanismos de proteção dos direitos humanos, mas há ainda muitas violações desses direitos por parte dos Estados que ratificaram os instrumentos e/ou inseriram tais disposições nas suas Constituições. Uma vez que os direitos humanos estabelecem "*limites intransponíveis*" aos Estados, eles deveriam ser respeitados. Conforme afirma Richard Bilder citado por Piovesan (2002, p. 34):

---

[42] *Ex vi* artigo 25 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950.

[43] Alves Pereira, Antônio Celso. *Soberania e Pós-Modernidade* In: Brant, Leonardo Nemer Caldeira (coord). *O Brasil e os Novos Rumos do Direito Internacional***.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 652.

[44] Nos termos do artigo 44 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

[45] Artigo 1º: "É Criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente estatuto…".

[46] Cançado Trindade (2002, p. 1089).

[47] Ibidem, p. 1090.

> O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.

Ademais, conforme se observa através dessas mudanças impostas tanto pela globalização quanto pelos mecanismos de proteção internacional, regional e constitucional dos direitos humanos, é imprescindível mencionar que a importância desses direitos hodiernos é tão grande que levou a uma revolução na ciência política e no próprio direito internacional, pertinente às modificações do conceito de soberania, no que tange as preservações dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Sobre este aspecto, analisaremos a questão da relativização da soberania a seguir.

## 3. A Relativização da Soberania em face da Preservação dos Direitos e Garantias Fundamentais

> Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania […]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. (Boutros-Ghali, [48] Ex-Secretário-Geral das Nações Unidas, atual presidente da Academia de Direito Internacional de Haia)

Conforme lembra Ferrajoli (2002, p. 39-40):

> A partir da assinatura da Carta de São Francisco, assinada em 26 de junho de 1945, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, o conceito de soberania acabou se modificando

Com tais documentos,

> A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.[49]

---

[48] Boutros-Ghali, *Empowering the United Nations, Foreign Affairs, vol. 89, p. 98-99*, 1992/1993, apud Piovesan (2002, p. 38).

[49] Ferajoli (2002, p. 39-40).

Conforme dito, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos a soberania era tida, na visão de seu principal formulador, [50] como "um poder absoluto, auto-suficiente, que não se sujeita de forma alguma a outro poder".[51] Porém, com a evolução da doutrina internacionalista, passou-se a admitir a intervenção de um ou mais Estados soberanos no território de outro Estado (que não esteja respeitando os direitos e garantias fundamentais dos seus concidadãos), desde que haja um aval de uma organização internacional para fazer essa "mediação".[52] Tal justificativa se dá graças à relevância da proteção internacional dos direitos humanos na órbita do direito internacional. Um dos maiores internacionalistas do século XX, Lessa Oppenheim, em seu célebre tratado de Direito Internacional, já admitia a possibilidade de intervenções humanitárias quando direitos individuais estivessem sendo violados. Segundo Oppenheim (1948, p. 279):

> […] aceita-se de modo geral que, em virtude de sua supremacia pessoal e territorial, o Estado possa tratar ao seu alvitre os próprios cidadãos. Há, no entanto, um amplo acervo de opiniões e de práticas que sustenta a idéia de que há limites a esse alvitre; quando um Estado se torna culpado de cometer crueldades contra seus cidadãos e de persegui-los, a fim de recusar-lhes os direitos fundamentais e chocar a consciência da humanidade, é legalmente admissível a intervenção, em nome da humanidade.

Corroborando a idéia de intervenção na defesa dos direitos humanos, afirma Michael Walzer, citado por Singer (2004, p. 150): "a intervenção humanitária se justifica quando constitui uma reação (dotada de expectativas razoáveis de sucesso) a atos que chocam a 'consciência da humanidade'".

Um problema que emerge no seio desta discussão interventiva é o da legalidade que os Estados teriam para intervirem ou não neste ou naquele país onde estejam acontecendo violações de direitos humanos. A relevância do problema impõe analisar com calma a questão. Foi dito acima que para a intervenção ser legítima ela precisaria do respaldo de uma organização internacional que fizese essa mediação, *in casu,* a ONU. Pois bem: e quando não há esse respaldo, porque a ONU não se pronunciou ou porque houve algum veto do Conselho de Segurança? O que fazer nesse caso? *A vexata quaestio* que *prima facie* exsurge é no sentido de entender-se como ilegítima qualquer intervenção contrária aos princípios insculpidos na Carta das Nações Unidas e às decisões proferidas pelos órgãos que a compõem. Qualquer intervenção nestes termos feriria normas de direito internacional, como o princípio da soberania, da

---

[50] Jean Bodin. *Seis livros sobre a República*.

[51] Jean Bodin, citado por Alves Pereira (2004, p. 626).

[52] Concernente à intervenção para a proteção dos direitos humanos, afirma Accioly e Nascimento e Silva (2002, p. 133): "Seja como for, para os defensores da proteção internacional dos direitos humanos, a intervenção deverá ser praticada através de organização internacional, leia-se as Nações Unidas, da qual todos os países envolvidos sejam membros e que, como tais, tenham aceito a adoção da medida".

autodeterminação dos povos, da proibição do uso da força e o princípio da não-intervenção, ambos insculpidos no artigo 2º, 4. e 7. da Carta das Nações Unidas.[53]

Mas, existindo violação de direitos humanos, mesmo que não haja um respaldo da ONU e/ou do Conselho de Segurança, deveria a comunidade internacional ficar impertérrita, presenciando essas degradações de direitos humanos sem poder fazer nada? Na invasão de Kosovo, conta Pellet (2003, p. 1034) que a OTAN (Organização de Tratados dos países do Atlântico Norte), mesmo inexistindo qualquer aval do Conselho de Segurança das ONU, interveio naquele país para impedir mais violações de direitos humanos. Caso parecido ocorreu em 1956, quando da guerra franco-britânica x Egito, ocasião em que o Conselho de Segurança estava parado, pelo que a Assembléia Geral, por iniciativa de um projeto canadense (Projeto *Acheson*) se reuniu em sessão extraordinária e montou uma coalizão por meio dos exércitos dos países interessados em impedir que mais atrocidades acontecessem naquela guerra.[54]

Fato semelhante, conta Brownlie (1997, p. 588), ocorreu na Síria de agosto de 1860 até outubro de 1861, ocasião na qual tropas francesas ocuparam aquele país a fim de impedir a repetição dos massacres aos cristãos maronitas.

Ademais, cumpre ressaltar algumas intervenções (lê-se também assistências) humanitárias realizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), na década de 90, por meio do Conselho de Segurança (CS), [55] em casos de "ameaças à paz e à segurança internacionais, assim como os resultados das operações de paz autorizadas sob a justificativa de proteção do indivíduo".[56]

## 3.1. Intervenções Humanitárias feitas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas na década de 1990

### *3.1.1. A invasão do Kuwait pelo Iraque (1990-91)*

O primeiro caso de ameaça à paz e a segurança internacionais na década de 1990 foi a invasão do Kuwait pelo Iraque, na Segunda Guerra do Golfo (1990-91).

Naquela ocasião, o Iraque invadiu o Kuwait em 2 de agosto de 1990, declarando-o como sendo sua 17ª província.

---

[53] Artigo 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

"2 (4) Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas;

"2 (7) Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capitulo VII".

[54] A este respeito, ver resolução 998 (ES-I), de 4 de Novembro de 1956 que nos ressuma: " A necessidade da criação de uma força internacional de urgência das Nações Unidas encarregada de assegurar e supervisionar a cessação de hostilidades" in: Pellet (2003, p. 1034).

[55] Que, de acordo com o capítulo VII da Carta das Nações Unidas (CNU), é o órgão competente para as ações relativas à ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão no direito internacional.

[56] Viotti (2005, p. 109).

Tal ação teve o repúdio da comunidade internacional, tendo o Conselho de Segurança condenado tal invasão, classificando-a como promotora da "ruptura da paz e segurança internacionais"[57] e exigindo do Iraque a sua retirada imediata e incondicional do território kuwaitiano.

Não aceitando o Iraque a retirada de suas tropas, foram-lhe impostos embargos de armas e comércio[58] e bloqueio naval pelo Conselho de Segurança.[59]

Em 18 de outubro de 1990, o Conselho de Segurança adotou a resolução n. 678, autorizando o uso da força sob o capítulo VII da Carta. A operação "Desert Storm" começou em 16 de janeiro de 1991 e terminou em 28 de fevereiro de 1992.

### *3.1.2. O caso do Curdiquistão (1991-92)*

A intervenção no Curdiquistão foi consequência da autorização da intervenção no Iraque.

Em 5 de abril de 1991, o CS adotou a resolução n. 688, autorizando as forças aliadas a intervirem no Iraque para proteger o Curdiquistão.

A esse respeito, comenta Hee Moon Jo (2000, p. 572) que:

> Os Estados aliados utilizaram a Resolução n.688 como base legal para a justificativa da mobilização das forças armadas e do ataque militar contra o Iraque. Segundo essa justificativa, o CS pode adotar medidas sob o capítulo VII com relação à situação interna, se a violação massiva dos direitos humanos chegar a ameaçar ou romper a paz internacional, apesar do princípio da não-intervenção do art. 2 (7) da Carta. Essa interpretação causou polêmica, porque não havia precedente algum de que a violação dos direitos humanos de um país ameaçasse a paz internacional, justificando a intervenção do CS via forças armadas.

### *3.1.3. Somália (1992-93)*

O caso de intervenção na Somália é um marco no direito internacional no que toca ao direito de ingerência.

Diferentemente do que ocorreu no Curdiquistão, pois a intervenção na Somália se deu com base no capítulo VII da CNU apesar de ter havido uma ingerência interna ocasionada por um conflito civil.

A Somália, criada em 1960, após tornar-se independente do Reino Unido, França e Itália foi governada por uma ditadura durante 21 anos pelo general Mohammed Siad Barre.

Após o Presidente Siad Barre ser deposto em janeiro de 1991, o país eclodiu numa guerra civil ocasionada pelos conflitos dos clãs que tomaram o poder.

---

[57] Resolução n. 660 (1990) do Conselho de Segurança.
[58] Conforme Res. 661 (1990) do Conselho de Segurança, em 6 de agosto de 1990.
[59] Aplicado em 25 de agosto de 1990 pela Resolução n. 665 (1990).

Segundo Hee Moon Jo (2000, p. 573), "a briga pelo poder entre as tribos causou morte e doenças a mais de 5 milhões de pessoas".

Em 23 de janeiro de 1992 o Conselho de Segurança adotou a primeira resolução referente à Somália, [60] impondo o embargo de armas e chamando todas as partes a pararem com as hostilidades.

Não obstante ter sido declarado um cessar-fogo entre o Presidente Ali Mahdi e o General Aidid, as violações de direitos humanos e direitos humanitários continuaram a ocorrer.

Até que em abril o CS resolveu criar a operação das Nações Unidas para a Somália (Unosom), [61] "fora do capítulo VII, mas com o consentimento das partes, a fim de monitorar um plano de emergências humanitárias".[62]

Somente em 3 de dezembro de 1992 o CS adotou a resolução n. 794, baseada no capítulo VII da Carta, autorizando o uso de todas as medidas necessárias para fazer voltar a paz na região.

### *3.1.4. Ruanda (1993-94)*

Antiga colônia, Ruanda torna-se independente da Bélgica em 1962.

Situada na região dos Grandes Lagos Africanos, é composta por uma população de maioria hutu (cerca de 90%) e minoria tutsi. Há que se observar, entretanto, que a rivalidade étnica existente entre as duas etnias remonta à época da colonização.

Em outubro de 1990 houve um conflito entre os dois grupos. Em fevereiro de 1993 recomeçaram os conflitos, tendo-se intensificado ao longo daquele ano. Em razão disso, o CS decidiu estabelecer a UNAMIR[63] (Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda), a fim de prevenir o uso militar na região.

Conta Hee Moon Jo (2000, p. 573) que em 6 de abril de 1994, após as mortes dos presidentes da Ruanda, o hutu Juvenal Habyarimana, e do Burundi, o também hutu Cyprien Ntaryamira, em um atentado aéreo, "recomeçou o conflito, desta vez sob a forma de massacre étnico". Segundo o Almanaque Abril (2007, p. 587), houve uma estimativa de mais de um milhão de mortos, representando 13% da população do país, dos quais 90% eram tutsis.

Em 17 de maio de 1994, o CS determinou a Res. 918 (1994), considerando que a situação na Ruanda constituía uma ameaça à paz e à segurança internacionais, impondo embargos de armas contra a mesma.

Em 22 de junho de 1994, o CS autorizou o uso da força militar na forma do capítulo VII da Carta, para proteger a população civil em Ruanda, através da Resolução 929.

Na ocasião prévia ao massacre, conta Viotti (2005, p. 117) que o então Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU), Kofi-Annan, já prevendo o que poderia acontecer,

---

[60] Resolução n. 733 de 23 de janeiro de 1992.
[61] Resolução n. 746 (1992), preâmbulo e § 8.º.
[62] Viotti (2005, p. 111).
[63] Através da Resolução n. 846 (1993).

"teria contactado representantes de cerca de 100 países de diferentes governos a fim de conseguir tropas, (o que foi feito) sem sucesso".

Sob o saldo da intervenção humanitária de Ruanda, comenta Viotti:

> A primeira vítima da "Síndrome da Somália" foi Ruanda, que, no intervalo de poucas semanas, seria palco de um dos piores atos de violência organizada do século XX. Ao contrário da experiência anterior, em que foi posta em dúvida a viabilidade do uso da força como meio de impor o respeito à população civil, o caso de Ruanda evidenciaria os limites políticos da perspectiva de recorrer-se à força armada com objetivos humanitários. Anos depois, uma Comissão Independente, estabelecida pelo SGNU, concluiria que a resposta da ONU havia sido um "fracasso retumbante" (overriding failure), resumido na falta de recursos e de vontade política dos Estados-membros de assumir o compromisso necessário para prevenir ou cessar o genocídio.

### *3.1.5. Zaire (1996)*

A crise humanitária que se desencadeou no Zaire foi consequência da rivalidade étnica originada pelos hutus e tutsis.

A grande massa dos refugiados hutus no Zaire ficou sob os cuidados do Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e de várias ONGs ocidentais.[64]

Ocorre que a partir de setembro de 1996 rebeldes tutsis no Zaire, liderados por Laurent-Désiré Kabila e aparentemente apoiados pelo novo governo de Ruanda e pelo Burundi, iniciaram ataques contra os campos de refugiados hutu, como parte do projeto mais amplo de derrubar Mobuto See Seko.[65]

No dia 9 de setembro, o CSNU adotou a Resolução n. 1078 (1996)[66] em que determina que a "magnitude da presente crise humanitária no Zaire Oriental constitui uma ameaça à paz e à segurança na região".

Somente em 15 de novembro daquele ano, conta Viotti (2005, p. 121), o Conselho de Segurança adotou a Resolução n. 1080 (1996),[67] onde

> […] autoriza uma força multinacional temporária, sob o capítulo VII da Carta, a usar de todos os meios necessários a fim de facilitar o retorno imediato de organizações internacionais humanitárias e a distribuição efetiva […] de ajuda humanitária […] e para facilitar a repatriação voluntária e ordeira dos refugiados.

---

[64] Viotti (2005, p. 120).
[65] Viotti (2005, p. 121).
[66] Resolução n. 1078 (1996) do Conselho de Segurança, Preâmbulo.
[67] Resolução n. 1080 (1996) do Conselho de Segurança, § 3 e 5.

### *3.1.6. Haiti (1991-95)*

O Haiti ocupa a porção oeste da Ilha de Hispaniola, no mar do Caribe (no leste da República Dominicana). É a nação mais pobre das Américas.

Durante quase 30 anos os "Duvalier" se mantiveram no poder sob um regime ditatorial, governando primeiro François Duvalier (de 1957 até 1971, conhecido também por "Papa Doc") e depois o seu filho Jean-Claude Duvalier, conhecido por "Baby Doc", que assumiu o governo em 1971, após a morte do pai. Depois de 15 anos de governo autoritário e corrupto, em que os protestos populares aumentam consideravelmente, Jean-Claude Duvalier foge para a França.

Conta Hee Moon Jo que a ONU estabeleceu The UN Observer Group for the Verification of the Elections in Haiti (ONUVEH) e Jean-Bertrand Aristide foi eleito Presidente em 22 de fevereiro de 1991. Após sua eleição, Aristide foi expulso do país em 30 de setembro de 1991, depois de um golpe militar.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) condenou o golpe em 2 de outubro de 1991 e procedeu a dar recomendações perante o CSNU. Após tais recomendações foi realizado um embargo econômico nos termos do capítulo VII da Carta, pelo Conselho de Segurança, através da Resolução 8 n. 41 (1993), sendo alcançado um acordo com a junta militar haitiana em julho de 1993, pelo qual esta se comprometia a devolver o poder a Aristide, o que não foi cumprido.

Malogrado o compromisso, conta Hee Moon Jo (2000, p. 575) que foi estabelecida a UNMIH (UN Mission in Haiti) para

> [...] assistir na reforma da força haitiana, sendo impedida a sua entrada no Haiti. Em 31 de julho de 1994, o CS[68] autorizou os Estados-membros a formar uma força multinacional e a usar todos os meios necessários para expulsar os dirigentes militares do Haiti.

A partir daí foi celebrado um acordo pelo qual os dirigentes sairiam até 15 de outubro de 1994, o que foi cumprido com sucesso. O Presidente Aristide retornou ao país e a missão da Força da ONU (UNMIH) encerrou suas atividades em março de 1995.

Sobre a intervenção ocorrida no Haiti, conclui Hee Moon Jo (2000, p. 575):

> Graças ao sucesso da missão da ONU, esse caso é avaliado como um precedente importante em que a ONU apoiou a *legitimidade do princípio internacional* da regra democrática e também o da *intervenção humanitária coletiva*.

Outros casos de intervenções ocorreram também na Ex-Iugoslávia (1991-92), na Albânia (1997) e no Timor Leste (1999), oportunidade em que, neste último caso, a própria ONU, através da administração transitória das Nações Unidas no Timor Leste

[68] Resolução 940 (1994) do Conselho de Segurança.

(UNTAET), dirigiu seu território, sob a liderança do saudoso brasileiro Sérgio Vieira de Mello, até sua independência, no dia 20 de maio de 2002.

Vale lembrar, outrossim, que todas as intervenções supramencionadas, com a exceção do Curdiquistão, foram feitas pelo Conselho de Segurança a partir do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

Dissonantemente das intervenções realizadas sob o fulcro do capítulo VII da CNU, observa-se, outrossim, a existência das Resoluções para a Paz da Assembléia-Geral das Nações Unidas, que surgiram pela primeira vez na guerra franco-britânica no Egito, por ocasião da nacionalização do Canal de Suez por parte deste país.

Naquela ocasião, a Assembléia-Geral adotou a Resolução n. 377 (VI) sobre "'*Uniting for Peace Resolution*', cuja essência consistia na idéia de que, quando o CS não cumprisse a sua responsabilidade primária sobre os casos de ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão, a AG poderia, efetivamente, recomendar medidas coercitivas, inclusive o uso da força armada, nos casos de ruptura da paz ou atos de agressão".[69]

Ademais, avente-se que a Resolução para a Paz da Assembléia-Geral das Nações Unidas, no caso da guerra franco-britânica no Egito em 1956, foi a pioneira das afamadas Forças Emergentes das Nações Unidas (FENU), tendo sido posteriormente realizadas no Congo e no Chipre, ambas em 1960.

Paralelamente às intervenções humanitárias na defesa das violações dos direitos humanos, Hee Moon Jo chama a atenção para as intervenções para se estabelecer regimes democráticos, conforme afirma (2000, 587)

> Uma nova tendência é a intervenção da ONU para o monitoramento de eleições. Desde a operação do UNTAG na Namíbia, em 1989, a ONU já assistiu às eleições na Nicarágua (1990), Haiti (1990), Angola (1992), Camboja (1993), El Salvador (1994), África do Sul (1994) e Moçambique (1994), todas com solicitações dos governos locais. O *UN Department of Peace-keeping Operations* criou o *Electoral Assistence Division*, em 1992, para atender a essas demandas, sendo que, até 1994, já atendeu mais de 55 Estados.

Malgrado essas intervenções democráticas, há que se falar no perigo de como as intervenções humanitárias em prol dos direitos humanos são feitas. Por que elas podem acabar ultrajando mais esses direitos do quepreservando-os. Um caso típico que ilustra bem esse desrespeito aos direitos humanos foi a intervenção despótica, ilegítima e arbitrária feita pelos exércitos anglo-americanos no Iraque em 2003, aonde constantes degradações de direitos humanos vêm ocorrendo.

---

[69] Percebe-se aqui que a AG omite a expressão "ameaça à paz e segurança internacionais" e utiliza a expressão "ruptura da paz ou atos de agressão".

## 3.2. Legitimidade Extraordinária perante a Corte Internacional de Justiça

> Não há lugar para nos prendermos a um dilema a respeito da soberania – proteção dos direitos do homem. A ONU. Não há necessidade de uma nova controvérsia ideológica. O que está em jogo, não é o direito de intervenção, mas antes a obrigação coletiva que os Estados têm de proporcionarem socorro e reparação nas situações de urgência em que os direitos do homem estão em perigo" (Relatório de Boutros-Ghali,[70] Ex-Secretário Geral das Nações Unidas, hoje presidente da Academia de Direito Internacional de Haia sobre a atividade da Organização para 1991).

Algo que deveria ser mudado e/ou revisto pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) seria a questão da legitimidade de os países ajuizarem determinada ação perante ela no caso de intervenções. O posicionamento atual da Corte é no sentido de que, havendo algum conflito armado (lê-se aqui, guerra), só os países beligerantes teriam legitimidade para ajuizarem determinada ação para ela julgar. Visando atingir uma legitimidade universal, impende-se defender a tese de que em se tratando de determinada guerra ou intervenção arbitrária (lê-se aqui, intervenção ilegítima) onde haja violações de direitos humanos - no país que estaria sendo invadido-, qualquer país teria legitimidade para entrar com uma ação na Corte Internacional de Justiça para que ela delibere sobre a questão.[71] Isto porque *quando se trata de violação de direitos humanos, não são os direitos "deste" ou "daquele" país que estão sendo violados, mas os direitos da humanidade toda. E se os direitos da humanidade estivessem sendo violados, qualquer país teria legitimidade para intentar qualquer ação visando solvê-los*. E a Corte deveria considerar-se competente para julgá-lo, nos termos dos artigos 35 1,[72] 36 1,[73] bem como do artigo 38, 1. alíneas a e c[74] do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Tudo com um respaldo principiológico, insculpido nos artigos 1º e 2º da Carta das Nações Unidas.[75]

---

[70] Boutros-Ghali In: Pellet (2003, p. 460).

[71] A esse respeito, ver o artigo 40, h, do Ato Constitutivo da União Africana. Tal artigo, nas palavras de Pellet (2003, p. 460), "constitui, pelo menos sobre o papel, um ponto final notável desta evolução, enunciando, entre os princípios da organização, o "direito de a União intervir num Estado membro mediante decisão da Conferência, em certas circunstâncias graves, a saber: os crimes de guerra, o genocídio e os crimes contra a humanidade".

[72] Artigo 35 - 1. A Corte será aberta aos Estados partes do presente Estatuto.

[73] Artigo 36 - 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

[74] Artigo 38 - 1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; e b. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; […].

[75] Condizente a esta competência material da CIJ, afirma-nos o jurista italiano Benedito Conforti que "tomando como base o artigo 1º da Carta das Nações Unidas, não existe praticamente matéria […] que não seja da competência das Nações Unidas". In: Conforti, B. *The Law and Practice of the United Nations*, Khuwer Law Internacional, *Essays on International Law*, n. 30, The Hague, 1996, p. 125. A esse respeito, H.Kelsen havia dito a mesma coisa nos anos 30 do século passado: que o âmbito da competência do direito internacional era praticamente ilimitado. Ver H.

Conforme dito, a relativização da soberania em face a preservação dos direitos e garantias individuais ressumbra a necessidade da intervenção da comunidade internacional onde houver violação de direitos humanos.

Tal intervenção se dará a priori pelo Conselho de Segurança, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, ou então pela Assembléia-Geral, pelas Resoluções de Paz, na forma das Forças Emergentes das Nações Unidas.

Ora, ficando tanto o Conselho de Segurança quanto a Assembléia Geral das Nações Unidas inertes diante de alguma intervenção, aglomerados de Estados podem impender determinada ofensiva visando findar aquelas violações, desde que amparados sempre pelos princípios gerais de direito internacional,[76] máxime o princípio da humanidade.

Concomitantemente, e sem excluir a competência que originariamente seria do Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça poderia dar-se por competente para o conhecimento de qualquer intervenção aonde haja violação de direitos humanos e dos princípios gerais de direito internacional.

Nesse caso, mesmo que o Conselho de Segurança fique parado em razão de veto de algum membro permanente, se a CIJ fosse acionada, e se ela se desse por competente para julgar o mérito percebendo realmente que aquele país invasor seria culpado, esta o condenaria e o intimaria a cumprir a decisão da Corte e, caso esse país não a cumprisse, o CS seria instado a efetivá-la, independente do veto daquele membro permanente e do consentimento do país invasor, nos termos do art. 94 da CNU.[77]

Caso o CS não efetivasse a decisão, tal encargo passaria para a AG, nas formas de Resolução de Paz das Forças Emergentes das Nações Unidas.

Voltando à questão da legitimidade extraordinária perante a Corte Internacional de Justiça,[78] seria uma espécie de estatização internacional do instituto da *Massenverfahren*.[79]

Dando guarida ao acesso jurisdicional, lembra Canotilho (2003, p. 491) que "a garantia do acesso aos tribunais foi considerada como uma concretização do princípio

---

Kelsen. *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires, 1965, p. 178-183. Vide também A. Remiro Brotóns. *Derecho internacional público*, p. 44.

[76] A esse respeito, ver a intervenção Francesa na Síria em 1860-61, ocasião dos massacres aos Cristãos Maronitas.

[77] Neste caso, as medidas a serem adotadas não viriam exclusivamente de uma decisão do CS, nos termos do capítulo VII, mas de uma decisão da CIJ que deveria ser cumprida na forma do art. 94 da CNU. Considerando-se que uma invasão arbitrária aonde haja violação de direitos humanos fere os objetivos principais da ONU, bem como todo arcabouço principiológico que rege o direito internacional, por tratar exclusivamente de normas violadas de *jus cogens*, não precisaríamos aqui do consentimento do Estado invasor para a Corte se dar por competente, razão pela qual afastaríamos desde logo o princípio do consentimento, bem como a famigerada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

[78] Tal legitimidade concedida a outros sujeitos de direito internacional (outros Estados que não aqueles diretamente envolvidos no conflito) para ajuizarem uma ação na Corte Internacional de Justiça visando a proteção dos direitos e garantias fundamentais de determinados indivíduos de um país

[79] Na terminologia alemã, *Massenverfahren* são procedimentos coletivos possibilitadores da intervenção coletiva dos cidadãos na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência coletiva. Ver Canotilho (2003), p. 514.

estruturante do Estado de Direito", e, de acordo com o referido autor (2003, p. 398), dever-se-ia "salvaguardar o mínimo existencial (núcleo essencial), tanto das instituições quanto dos direitos fundamentais".[80]

Ainda sobre a dinâmica processual, o que se daria seria uma espécie de "*status activus procesualis*" a esses Estados que, entre outros motivos, [81] teriam por foco chamar a atenção da comunidade internacional para essas violações de direitos humanos que desventurosamente têm ocorrido.

Ou nas lições de Viera de Andrade citado por Miranda (2000, p. 95): a possibilidade de se intentar uma ação seria uma espécie de exercício do "*direito procedimental adjetivo*", na medida em que uma parte ajuizará uma ação para tutelar direitos de outra, por regras procedimentais próprias.[82]

Na verdade, o que se pretende com todo esse processo construtivo de revolução no direito processual penal internacional é tentar resgatar não só a proteção e o respeito dos direitos humanos (lê-se aqui direitos fundamentais) no ordenamento jurídico interno de cada Estado, mas fazer emergir uma consciência universal por parte dos governantes dos Estados, bem como de toda comunidade internacional, inclusive no próprio seio da ONU, no sentido de não mais permitir que ignominiosas bárbaries e violações de direitos humanos continuem a ocorrer. Como se sabe, essas mudanças não acontecem de inopino. Por isso, com o fito de dar um respaldo filosófico ao problema, relevante se faz invocar o imperativo ético kantiano e a revolta camusiana à luz do direito internacional.

## 3.3. O Imperativo Ético Kantiano e o Senso Comum Internacional Pacificador

A Comunidade Internacional, nas suas Relações Internacionais, não deve fazer outra coisa senão procurar resgatar o imperativo ético kantiano, aplicando-o nas suas relações com outros Estados.

Como se sabe, a máxima do imperativo ético kantiano é famosíssima e pode ser expressa por este adágio: "aja de tal forma que sua máxima (ação) se transforme numa máxima (ação) universal". Ou seja, para cada ação de cada Estado ou indivíduo, deve-se ter a humanidade toda como um espelho. E quando se tem a humanidade inteira como um espelho das nossas ações, passamos a não ver mais o outro com uma certa animosidade, mas como uma extensão de nós mesmos. Como bem afirma Dostoievski: "Somos todos responsáveis por todos, por todos os homens perante todos, e eu mais que os outros".[83]

---

[80] Ora, não faz sentido acreditar que o órgão judiciário das Nações Unidas não possa dar-se por competente para julgar intervenções puramente arbitrárias que contrastam com os objetivos precípuos das Nações Unidas, bem como o direito internacional.

[81] Vale destacar aqui, por exemplo, a preservação dos direitos humanos, tendo em vista sua maior efetividade na esfera do direito internacional.

[82] Ver Vieira de Andrade. In: Miranda (2000, p. 95).

[83] Fiodor Dostoievski , in: Emmanuel Levinas, *Ethics and Infinity: Conversations with Philippe Nemo*, trad. Richard ª Cohen (Pittsburgh: Dusquesne University Press, 1982, p. 95-101).

Seguindo essa linha de raciocínio, afirma Emmanuel Levinas[84] que "responsabilidade significa sempre responsabilidade pelo Outro".[85]

No mesmo sentido aduz Bauman (1998), ao afirmar que: "O dever moral tem que contar puramente com sua fonte: a responsabilidade humana essencial pelo Outro[86]".

Nesse sentido, podemos entender como Levinas que, mais do que uma extensão de nós mesmos, "O rosto do outro é um limite imposto ao (nosso) esforço de existir".[87]

Ainda nesta senda, afirmam os historiadores François Chätelet, Olivier Duhamel e Evelyne Kouchener (2000, p. 168) que: "A idéia de solidariedade confere ao Estado um verdadeiro dever de assistência e de intervenção".

Sobre o imperativo categórico e a responsabilidade de proteção dos direitos humanos pela comunidade internacional, ressuma Singer (2004, p. 191) para o fato de que a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados tentou reformular o debate antes em função da 'responsabilidade de proteger' do que do 'direito de intervir'. Comenta o citado autor que "ao fazer isso, a comissão quer dizer que a soberania já não é uma questão de o poder do Estado controlar o que acontece no interior de suas fronteiras.[88]

Explicando sua tese sobre o "existencialismo é um humanismo", conta Sartre: "Quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável pela sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens".[89]

Note-se claramente que a filosofia existencialista-humanista sartreana está imbuída pela filosofia ética kantiana, uma vez que projeta uma responsabilidade universal para os indivíduos.[90]

Será a partir de tal responsabilidade internacional universal (tanto dos indivíduos quanto dos povos) que emergirá o "senso comum internacional pacificador", instrumento, este, ideológico, que visará responder às questões éticas sobre a teoria geral das relações internacionais e da teoria geral do direito internacional, na medida em que

---

[84] Filósofo lituânes e um dos maiores pensadores contemporâneos

[85] Emmanuel Levinas apud Bauman (1998, p. 211).

[86] Bauman (1998, p. 229).

[87] Emmanuel Levinas, in: Bauman (1998, p. 244). Da mesma forma afirma Pontes de Miranda, quando se refere ao "justo limite imposto ao uso da liberdade exterior dos homens", in: Miranda (2005, p. 32).

[88] Singer (2004, p. 191) comenta que para a própria Comissão Internacional sobre a Intervenção e a Soberania dos Estados, a soberania de um Estado acarreta para este a responsabilidade de proteger seu povo. Quando um estado não quer ou não pode corresponder a essa responsabilidade, ela passa para a comunidade internacional e, mais especificamente, para o Conselho de Segurança, que, sob o artigo 24 da Carta da Organização das Nações Unidas, tem "a principal responsabilidade pela conservação da paz e da segurança internacionais". Vale lembrar aqui que se o Conselho de Segurança nada fizer, tal responsabilidade passa para a Assembléia Geral, bem como para todos os Estados. Nesse sentido, perceptível é a mudança de paradigma da soberania no que tange às intervenções.

[89] Sartre (1978, p. 6).

[90] Sartre, influenciado por Kant, afirma: "nada pode ser bem para nós sem que o seja para todos" e que "a nossa responsabilidade é muito maior do que poderíamos, porque ela envolve toda a humanidade" In: Sartre (2005, p. 7).

não se pautará por princípios e abordagens realistas, [91] mas observados pelo imperativo categórico kantiano, com um compromisso ético no qual os Estados deveriam se pautar nas suas relações internacionais.

## 3.4. A Revolta Camusiana e a Neutralidade Gramstiana à luz do Direito Internacional

> O mundo não se pode mostrar indiferente quando os direitos humanos são violados de maneira profunda e sistemática.[92] (Kofi Annan)
>
> É surpreendente o silêncio, ou melhor dizendo, a aceitação tácita da comunidade internacional face às intervenções militares e a ingerência humanitária das potencias ocidentais.[93] (A. Lewin)
>
> É preciso esperar e, enquanto isso, os inocentes não deixam de morrer. Há vinte séculos, a soma total do mal não diminuiu no mundo. Nenhuma parúsia, quer divina ou revolucionária, se realizou.[94] (Albert Camus)
>
> Nada é tão triste quanto o silêncio. (Leo Baeck, Presidente do Reichsvertretung der Deutschen Juden, 1933-43)

Seguindo o imperativo categórico kantiano, desaguamos numa das maiores revoltas filosóficas de todos os tempos: a revolta camusiana. Albert Camus, filósofo de origem franco-argelina, ao escrever a obra "O Homem Revoltado", substituiu o cogito cartesiano "penso, logo existo" pela revolta ecumênica (universal) "eu me revolto, logo existimos".

Ao fazer isso, Camus estabelece a revolta como um juízo *a priori* para o reconhecimento da existência universal. É através da revolta camusiana que o revoltado reencontra sua identidade, fazendo com que ela se espalhe para o resto do planeta. O revoltado, através da sua revolta busca um reconhecimento universal daquilo que ele é. Nesse sentido, a revolta é inaudita, porque ao mesmo tempo que intrinsecamente ela liberta o revoltado da sua condição submissa, ela também exterioriza esse sentimento universal do seu reconhecimento. Porém mais do que um simples reconhecimento egóico, o revoltado, através de sua revolta, busca uma identidade universal, ele almeja sentir as dores do mundo e extirpá-las. Assim, ele é mais do que um simples insurgente: ele é um idealista imbuído do mais genuíno ideal de humanidade, de consciência universal. Será por meio da revolta camusiana respaldada pelo imperativo ético kantiano que se combaterá a neutralidade internacional dos povos, fazendo com que a Corte Internacional de Justiça se dê por competente para o conhecimento das ações

---

[91] Como bem esclarece Held e McGrew (2001, p. 17), a corrente realista "vê a ordem internacional existente como primordialmente constituída pelos atos das nações que são econômica e militarmente mais poderosas".

[92] Kofi Annan in: "Two Concepts of Sovereignity", *The Economist*, 18 de setembro de 1999, disponível em www.un.org/Overview/SG/kaecon.htm apud: Peter Singer. Um só mundo: a ética da globalização. op. cit., p. 6.

[93] A. Lewin, in A.F.D.I., 1987, p. 95-105 In: Pellet (2003, p. 964).

[94] Camus (1999, p. 348).

ajuizadas por um terceiro Estado em caso de guerras onde haja violações de direitos humanos.

Não era à toa que Camus (1999, p. 125) afirmava que "a revolta era uma ascese" e que somente "quando formos todos culpados, haverá a democracia" (1999, p. 102). É preciso assentar a culpabilidade universal das pessoas e dos povos, na medida em que "cada homem (cada país) é testemunha do crime de todos os outros" (2000, p. 13). Nesse sentido, a comunidade internacional não pode ficar impertérrita quando existirem conflitos armados em que haja violações de direitos humanos. Não é preciso ir muito longe para lembrar as taciturnas palavras de Thomas Paine (2005): "são tempos como estes que submetem à prova a alma dos homens".

Mais profundo do que uma lacônica exegese relativa a este funesto presságio, a máxima acima visa, sobretudo, incitar as pessoas a terem coragem para vencer suas respectivas neutralidades político-internacionais.[95]

A respeito da neutralidade internacional dos povos, relacionada aqui como um processo de apatia e indiferença, explica Bauman (1998, p. 250-251) que a nossa sociedade, "de modo mais completo que qualquer outra forma de organização social [...] apagou a face humana do Outro e levou assim a adiaforização da sociabilidade humana a uma profundidade ainda insondada".

Algo verossímil, que o filósofo do direito John Hawls resolveu chamar de "*Mutually desinterested*".[96]

Como bem lembra o eminente internacionalista Dupuy (1993, p. 20):

> Embora mais próximos pelos acontecimentos, [97] os homens não se amam mais por isso. A terra apenas tem um povo e o mundo está povoado de estrangeiros.[98]

Para combater tal apatia a sociedade internacional precisaria se revoltar, não se conformando mais com as iniquidades que são perpetradas em grande parte por grandes potências dos países ocidentais. Para tanto, a sociedade internacional necessitaria resgatar o imperativo ético kantiano, a fim de dar um respaldo para que sua revolta a libertasse da escravidão de sua inércia.

Mas para isso acontecer, é preciso ter coragem. Conforme afirma Arendt (2005, p. 203):

---

[95] Acerca da neutralidade, ver Gramsci. Há de se ressaltar aqui que a coisa que o pensador italiano Antonio Gramsci mais detestava na vida era a neutralidade civil das pessoas. Nesse trabalho, criticaremos a neutralidade internacional dos povos em consentir que violações dos direitos humanos serodiamente continuem a acontecer.

[96] Para Hawls, o *mutually desinterested* seria o desinteresse que a sociedade internacional tem/teria para resolver os seus problemas.

[97] Como guerras, terrorismos e problemas mundiais ecológicos.

[98] Vale lembrar também Scheler. Citado por Camus (1999, p. 31), Scheler "quer demonstrar que o humanitarismo se faz acompanhar do ódio ao mundo. Ama-se a humanidade em geral para que não se tenha que amar os seres em particular".

> A coragem liberta os homens de sua preocupação com a vida para a liberdade do mundo. A coragem é indispensável porque em política, não a vida, mas o mundo está em jogo

Percebe-se, então, que a coragem é como uma panacéia, um auspício para que o revoltado se liberte e lute por um mundo melhor, mais virtuoso.

Lembramos Sartre (1999, p. 18): "não definimos o homem senão em relação a um compromisso".

Fica a pergunta: Qual é o atual compromisso e engajamento da sociedade internacional em solucionar os problemas de direitos humanos que emergem neste começo de século XXI? Serão os mesmos esforços que impenderam na Somália e em Ruanda, na década de 1990? Ou serão os esforços de fato provenientes de lídimas assistências humanitárias, que ocorreram na Síria em 1860 e no Egito em 1956?

Ademais, sobeja a pergunta de se os direitos humanos serão, realmente, efetivados ou se continuarão a ser meros ideais a serem aspirados. Os princípios da humanidade, da autodeterminação dos povos, do respeito à soberania e da independência dos Estados já estão insculpidos na Carta das Nações Unidas. O que precisamos é que os Estados tenham a coragem para ajuizar as ações na Corte Internacional de Justiça visando coibir violações reiteradas dessas normas.

Como bem afirmou Singer (2004, p. 257): "*o futuro do mundo depende da eficácia com que o enfrentarmos*".

## Referências bibliográficas

*Almanaque Abril*. Editora Abril, 2007.

Accioly, Hildebrando, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. *Manual de direito Internacional público.* São Paulo: Saraiva, 15a edição, 2002

Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

Alves Pereira, Antônio Celso. Soberania e pós-modernidade In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (coord). *O Brasil e os novos rumos do ireito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Arendt, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10a edição, 2005.

— *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

Barbas Homem, Antônio Pedro. *História das relações internacionais: O direito e as concepções políticas na Idade Moderna*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

Baudrillard, Jean. *Power Inferno*. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Editora Sulina, 2003.

Bauman, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 18a tiragem, 1992.

Brant, Leonardo Nemer Caldeira (coord). *O Brasil e os novos rumos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

— *Terrorismo e direito: Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Brownlie, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Camus, Albert. *A queda*. Tradução Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 11a edição, 2000.

— *O homem revoltado*. Tradução Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Editor Record, 4a edição, 1999.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7a edição, 2003.

Carnelutti, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller Editora, 6a edição, 2005.

Clausewitz, Carl von. *Da guerra*. Tradução Maria Teresa Ramos; preparação do original Maurício Balthazar Leal. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Conforti, B. *The Law and Practice of the United Nations, Kluwer Law Internacional*, Essays on International Law, n. 30, The Hague, 1996, p. 125.

Dinh, Quoc, Nguyen, Daillier, Patrick, Pellet, Alain. *Direito internacional Público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2a edição, 2003.

Dupuy, René-Jean. *O direito internacional*. Tradução Clotilde Cruz. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.Janeiro: Editora Record, 4a edição, 2001.

Ferrajoli, Luigi. *A soberania no mundo moderno: Nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Grotius, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2005, v.1 e 2.

Guillaume, Gilbert. "Terrorismo e justiça internacional". In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (coord). *O Brasil e os novos rumos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Held, David, e Anthony McGrew. *Prós e contras da globalizaçao*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

Jo, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

Kelsen, Hans. *O que é Justiça?: A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*. Tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 3a edição, 2001.

Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional,* tomo IV, *direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 3a edição, 2000.

— *Curso de Direito Internacional Público*. Estoril: Princípia Editora, 3a edição, 2006.

— *Os direitos fundamentais perante o terrorismo*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) *Terrorismo e Direito: Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Miranda, Pontes de. *A margem do Direito*. Campinas: Bookseller Editora, 3a edição, 2005.

Nietzsche, Friedrich W. *Além do bem e do mal. Prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução Armando Amado Júnior. São Paulo: WVC Editora, 2001.

— *Obras Incompletas: Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

Oppenhaim, Lessa. *International Law, v.1*, Longmans, Green & Co., Nova York, 1948, p. 279.

Pellet, Alain. *Terrorismo e guerra. O que Fazer das Nações Unidas?* In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) *Terrorismo e Direito: Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Rawls, John. *Justiça e Democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1a edição, 2000.

Ribavem, Fernanda Schaefer. *A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro*. Acessado em www.google.com, em 22 de agosto de 2007.

Sartre, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo.* Coleção "Os Pensadores". Traduções de Vergílio Ferreira, Luiz Roberto Salinas Fortes, Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

Silva, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2a edição, 2002.

Singer, Peter. *Um só mundo: a ética da globalização*. Tradução Adail Ubirajara Sobral; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

— *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991.

— *O Direito Internacional em um mundo de transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Vacas Fernádez, Félix. *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: Fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002.

Viotti, Aurélio Romanini de Arranches. *Ações Humanitárias pelo Conselho de Segurança: entre a Cruz Vermelha e Clausewitz*. Brasília: Funag, 2004.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 585-601, ISSN 1510-4974

**Claudio Nash Rojas (Chile)***

# Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes**

## RESUMEN

**Este artículo aborda las distinciones entre las formas de afectación del derecho a la integridad personal, poniendo énfasis en el desarrollo normativo y jurisprudencial para dotar de un contenido concreto y determinado a los actos que pueden ser calificados como tortura. Se pone especial atención a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, se plantean algunos peligros que este proceso de clarificación conceptual puede traer aparejados.**

**Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicación de los tratados internacionales, jurisprudencia comentada.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Artikel befasst sich mit den unterschiedlichen Formen der Beeinträchtigung des Rechts auf persönliche Unversehrtheit und geht besonders darauf ein, wie durch die Weiterentwicklung seiner normativen Ausgestaltung und der Rechtsprechung die als Folter bezeichneten Handlungen inhaltlich exakt und konkret gefasst werden können. Dabei wird ausdrücklich auf die Entwicklung der Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs eingegangen. Abschliessend werden mit diesem Prozess der konzeptionellen Klarstellung möglicherweise verbundene Gefahren angesprochen.**

**Schlagwörter: Internationales Menschenrecht, Folter, grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Umsetzung der internationalen Verträge, kommentierte Rechtsprechung.**

---

* Doctor en Derecho (Universidad de Chile). Director del Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Miembro del Comité Académico del Programa de Doctorado de la misma Facultad. ‹cnash@derecho.uchile.cl›

** Esta corresponde a una versión revisada de la conferencia dictada en el seminario internacional Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. El encuentro, patrocinado por la Fundación Konrad Adenauer y el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj) de ese país, se celebró en Montevideo el 30 de septiembre de 2008. Para esta versión se ha mantenido el esquema de la charla y se han agregado las notas a pie de página que no constaban en la versión original.

**ABSTRACT**

**This paper deals with the distinctions in the ways of affecting the right to personal integrity, emphasizing the regulatory and case-law development in order to give concrete and specific contents to the acts that can be considered torture. Special attention is given to the case law developments of the Inter-American Court of Human Rights. Lastly, some dangers of this process of concept clarification are exposed.**

**Keywords: International law on human rights, torture, cruel, inhuman and degrading treatment, Inter-American Court of Human Rights, enforcement of international treaties, annotated jurisprudence.**

## 1. Introducción

La distinción conceptual entre actos que sean calificados como tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes no es desafío sencillo, ya que estamos ante un derecho —la prohibición de la tortura— con ciertas particularidades que lo sitúan en un lugar central en toda la construcción normativa del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Además, enfrentamos una coyuntura en la que han surgido voces que buscan relativizar la prohibición de la práctica de la tortura y, por tanto, cualquier esfuerzo de diferenciación puede ser usado para abrir la puerta a formas de afectación a la prohibición absoluta de la tortura. Sin embargo, la realidad también presenta una serie de argumentos que apuntan a que en la práctica normativa y jurisprudencial se están diferenciando las distintas formas de afectación a la integridad personal.

Por ello, desarrollaré aquí algunos argumentos sobre la especial naturaleza de la prohibición de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos, luego esbozaré las razones que justificarían la necesidad de distinguir conceptualmente las diferentes formas de afectación a la integridad personal. Enseguida, analizaré críticamente los esfuerzos normativos y jurisprudenciales de delimitación conceptual, para finalizar con algunas conclusiones sobre la materia.

## 2. Naturaleza de la prohibición de tortura en el DIDH y sus consecuencias

En el sistema internacional de derechos humanos el derecho básico consagrado es la prohibición de afectar ilegítimamente la dignidad personal mediante la práctica de la tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Señalo explícitamente que lo que se prohíbe es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a este derecho, pero que no necesariamente lo violan, ya que serían afectaciones legítimas.[1] Por tanto, en este caso, al igual

[1] Por ejemplo, tratamientos médicos, tatuajes, etc. En este sentido, en el sistema europeo, véase P. Van Dijk y G. J. H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya-Londres-Boston: SIM, Kluwer Law International, 3.ª ed., 1998, pp. 316-317; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, véase D. Mc Goldrick: *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights,* Oxford:

que en cualquier otro derecho humano, es necesario determinar los elementos que deben concurrir para saber cuándo se está ante una violación a este derecho y esto dice relación con el concepto que se tenga de él. Por ello, es conceptualmente pertinente el ejercicio de determinación de los componentes propios de un determinado derecho.

En un sentido amplio, la afectación a la dignidad humana estaría estrechamente vinculada con la integridad personal. Así lo ha entendido la Corte Interamericana desde sus primeros casos:

> La Corte da por probado con las declaraciones de los testigos presenciales, que el señor Castillo Páez, después de ser detenido por agentes de la Policía, fue introducido en la maletera del vehículo oficial. Lo anterior constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.[2]

Ahora, una violación a la dignidad mediante la afectación de la integridad personal puede adquirir diversas formas. Esta puede ser afectada por actos de tortura o por otros actos que son denominados tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En general, los instrumentos internacionales se centran en la prohibición de estos actos y, si bien no consagran explícitamente un derecho a la integridad personal (salvo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969),[3] todos estos actos son formas de afectación de la integridad personal, que van desde algunas genéricas (actos o penas inhumanos, crueles o degradantes) hasta algunas muy específicas (actos de tortura). Es también un hecho que aquella que centra la atención es la prohibición absoluta de la tortura.

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional se refleja en el hecho de la existencia de varios instrumentos destinados específicamente a ella y en las normas especiales aplicables a los perpetradores de dichos actos.[4]

---

Clarendon Press, 1994, p. 366; y en el sistema interamericano, véase C. Medina: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, 2003, pp. 154-155.

[2] Corte IDH, caso *Castillo Páez*, sentencia del 3 de noviembre de 1997, Serie C, n.º 34, § 66.

[3] Medina: o. cit. (nota 1), pp. 154 ss.

[4] *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 (resolución 3452 [XXX]); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)*, aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46), ONU Doc. A/39/51 (1984); la Convención entró en vigencia el 26 de junio de 1987; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, aprobada el 9 de diciembre de 1985 y que entró en vigor el 28 de febrero de 1987; *Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*, aprobada en el marco del Consejo de Europa el 26 de noviembre de 1987 y que entró en vigencia el 1 de febrero de 1989. Otros instrumentos que se refieren a la tortura son: *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977; *Conjunto de Principios para la Protección de*

Este rol central de la prohibición de la tortura se manifiesta en que esta acción es considerada un claro ejemplo de una norma absoluta en derecho internacional de los derechos humanos. Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse en ninguna circunstancia. En efecto, no existe razón legítima alguna que permita al Estado restringir este derecho de la manera en que normalmente se autorizan restricciones que afectan a otros derechos humanos, tales como el orden público o la seguridad pública. Tampoco permiten los instrumentos internacionales la suspensión de esta prohibición en situación de emergencia.[5]

Pero esta prohibición de la tortura no solo es una norma absoluta, sino que además ha sido considerada dentro de la categoría más alta de las normas internacionales: norma imperativa de derecho internacional. El derecho a no ser sometido a torturas constituye una norma *jus cogens,*[6] es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos.[7]

La especial regulación internacional de la prohibición de la práctica de la tortura ha permitido ciertos desarrollos jurisprudenciales que es interesante considerar. Me referiré, en particular, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en esta materia ha desarrollado un amplio acervo jurisprudencial.[8] Una primera cuestión que la Corte se ha encargado de reiterar es la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de investigar las violaciones graves de derechos humanos. Precisamente, es en torno a la prohibición de la tortura que la Corte ha formulado parte importante de su jurisprudencia sobre esta materia. Un aspecto central en este desarrollo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte, es tanto

---

*Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; *Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente, los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982; *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley,* adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

[5] Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[6] Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Case East Timor (Portugal v. Australia)*, Reports 1995, pp. 90, 102, § 29; International Law Commission (ILC), *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session,* Ginebra: Naciones Unidas, 2001, pp. 208 y 284 (comentarios sobre los artículos 26 y 40).

[7] Egon Schwelb: "Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Comisión", en *The American Journal of International Law,* vol. 61, 1967, pp. 946-975; Alicia Cebada Romero: "Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), ‹http://www.reei.org/reei4/reei.4.htm› (4.12.2008).

[8] Medina: o. cit., nota 1, pp. 138-173.

procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (esta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales):

> Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida.[9]

Una segunda consecuencia de la prohibición de la tortura es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos. Según la Corte, en aquellos casos de violaciones graves de derechos humanos —en los que se hayan "infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas"— se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables. El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho de que los crímenes de este tipo "afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional",[10] lo cual reitera que la prohibición de la tortura es una forma particular de afectación a la integridad personal que compromete las bases éticas sobre las que se sustenta el derecho internacional de los derechos humanos, creando obligaciones *erga omnes*.

Finalmente, la Corte ha señalado que ante violaciones graves de derechos humanos involucradas surge "la necesidad de erradicar la impunidad" y "se presenta ante la comunidad internacional […] un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos".[11] De esta forma, según se desprende de la jurisprudencia, la comunidad internacional tiene responsabilidad en la erradicación de la impunidad. Esto supone una concepción de los derechos humanos que no solo tiene como destinatarios a los Estados donde se han producido violaciones de derechos humanos, sino a la comunidad internacional en su conjunto.

## 3. Distinciones conceptuales

Demos un paso más en este análisis y planteémonos la pregunta sobre la necesidad de distinguir entre las diversas formas de afectación del derecho a la integridad personal. Este es un punto complejo ya que, si bien hay diferentes tratamientos normativos, la práctica de los órganos de control se ha pronunciado muchas veces por no hacer la distinción y tratar el tema como una afectación indiferenciada del derecho a la integridad personal.[12]

---

[9] Corte IDH, caso *Goiburú*, § 88. En el mismo sentido, caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia,* sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140, § 143; caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú,* sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 256.

[10] *Caso Goiburú,* § 128.

[11] *Caso Goiburú,* § 131.

[12] Association for the Prevention of Torture (APT), *Torture in International Law. A guide to jurisprudence*, ‹http://www.apt.ch/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,127/Itemid,59/lang,en/› (4.12.2008).

Por otra parte, se puede sostener que la distinción entre las distintas conductas merece ser hecha, particularmente, para destacar la tortura, dado que esta calificación lleva consigo una estigmatización mayor que debe ser expresada. La tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado y puede tener consecuencias en materia de reparaciones; finalmente, la diferenciación entre las formas de afectación a la integridad personal puede ser relevante en materia de activación de mecanismos de protección a nivel de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (CAT).

Analicemos algunos de estos argumentos con mayor detención.

Tal como se ha señalado supra, existe cierto consenso en que la práctica de la tortura genera la obligación de investigar por parte del Estado, independientemente de las actuaciones que puedan desarrollar las víctimas o sus representantes. Esta posición ha sido formulada en el marco de obligaciones imperativas de derecho internacional. El sistema interamericano, que ha desarrollado ampliamente esta materia, no ha sido tan claro en qué considera un *delito grave,* si lo es cualquier forma de afectación de la integridad personal o solo en caso de que estemos ante una violación a la obligación de no torturar. En este sentido, podría ser relevante la distinción entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal conforme a la obligación de garantía expresada en la obligación de investigar y sancionar penalmente estos ilícitos.

Una cuestión donde también puede ser relevante la distinción entre formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de reparaciones. Es posible pensar que, en la medida en que en el ámbito internacional las indemnizaciones —particularmente la indemnización del daño material— sigan profundamente ligadas a la idea de sufrimiento, no es irrelevante determinar si la víctima de una violación a su integridad personal ha sufrido un acto de tortura u otro.[13]

No hay duda de que el ilícito de la tortura es uno de los crímenes que mayor repudio provocan, tanto en el ámbito nacional como internacional. En este sentido parece relevante, tanto para los efectos de las víctimas como de los procesos que a partir de estos hechos puedan generarse, que los actos de tortura sean calificados como tales y no queden en un terreno más incierto como es la afectación genérica de la integridad personal. Por ello, se justificaría hacer la distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal y reservar este mayor repudio para las acciones más graves de afectación al principio general resguardado. De hecho, la tortura es un acto con un alto reproche y puede llegar a constituir un crimen internacional.[14]

---

[13] C. Nash: *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004.

[14] En este sentido estoy pensando en los términos del artículo 19 del borrador de la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados por parte de la Comisión de Derecho Internacional, en su borrador de 1996, que luego fue eliminado en su versión final. Sin perjuicio de esta *desaparición* del texto aprobado, en la jurisprudencia interamericana es una calificación a ciertas violaciones graves de derechos humanos que puede tener relevancia en el campo de la conceptualización de la tortura. Véase el caso *Goiburú vs. Paraguay*, en particular los votos de los jueces Sergio García y Antônio Cançado Trindade.

Otro aspecto en el que también parece relevante la adecuada distinción entre las formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de procedimientos de control y protección internacional. En particular, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura ha diseñado un procedimiento especialmente dirigido a hacer frente a casos de tortura.[15] Este procedimiento especial contemplado en el artículo 20 de la CAT expresamente hace referencia, en su numeral 1, a las prácticas sistemáticas de tortura. Podría pensarse que este es un mecanismo diseñado exclusivamente para hacer frente a la forma más cuestionada de violación de la integridad personal. En ese sentido sería relevante distinguir entre tortura y otras formas de afectación a la integridad personal en el ámbito de la protección que da este Convenio.

Miradas estas consideraciones en conjunto, es posible sostener que existen elementos en el ámbito internacional que justifican el ejercicio de distinción entre tortura y otras formas de afectación ilegítimas de la integridad personal.

Enfrentaré este desafío en dos planos: normativo y jurisprudencial, este último fundamentalmente centrado en el sistema interamericano de derechos humanos.

## 4. Concepto de tortura en la normativa internacional

### 4.1. Instrumentos generales: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos

Ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[16] (1950), ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

[15] Artículo 20: "1. El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la *tortura* en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate.

"2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado Parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité.

"3. Si se hace una investigación conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado Parte de que se trate, de acuerdo con ese Estado Parte, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio.

"4. Después de examinar las conclusiones presentadas por el miembro o miembros conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado Parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación.

"5. Todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado Parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente conforme al artículo 24" (destacado mío).

[16] Adoptado el 4 de noviembre de 1950 por los Estados signatarios, miembros del Consejo de Europa.

las Naciones Unidas[17] (1966), ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos[18] (1969) hacen una distinción conceptual en esta materia.

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

> Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7, señala:

> Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 5 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

Como es posible observar de una simple lectura de los textos, los instrumentos se han limitado a establecer la prohibición de diferentes formas en que se puede afectar la integridad personal: tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

## 4.2. Instrumentos específicos: Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas e Interamericana

Donde sí se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos, tanto en las Naciones Unidas como en el sistema interamericano de derechos humanos. Ambos instrumentos parten de una definición de qué se entenderá por tortura, y si bien los conceptos son similares, no son idénticos. Analicemos cada uno de ellos:

La Convención de Naciones Unidas señala en su artículo 1:

> 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o

[17] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

[18] Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

> de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

a. intencionalidad en el acto;
b. finalidad, que puede ser obtener de esa persona o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación;
c. dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales;
d. sujeto activo, un funcionario público que actúa directamente o por omisión.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CAPST),[19] señala:

> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.
>
> No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Por tanto, de esta definición se desprenden los siguientes elementos:

a. intencionalidad en el acto;
b. finalidad, que puede ser de investigación criminal o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin;

[19] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar La Tortura, adoptada en Cartagena de Indias (Colombia) el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

c. penas o sufrimientos físicos o mentales; agrega la norma que se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica;
d. sujeto activo, un funcionario público que actúa directamente o por omisión (artículo 3 del mismo instrumento).

De esta forma, a partir de los elementos comunes y las diferencias entre ambas definiciones, podemos extraer algunas conclusiones:

- En primer lugar, que la tortura debe ser un acto intencional.
- Segundo, que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. Es interesante, por una parte, señalar que respecto de este requisito ambos instrumentos defieren en un elemento central: la Convención de las Naciones Unidas exige que el padecimiento sea "grave", cuestión que no es exigida por la Convención Americana en esta materia. Este es un punto muy relevante a la hora de realizar una posible distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal, ya que podría pensarse (como lo ha hecho el sistema europeo en algún momento) que este sería el elemento clave de distinción.
  Por otra parte, nos encontramos con un segundo aspecto diferenciador. En el sistema interamericano se ha agregado un elemento que amplía la noción del padecimiento: que también se considerará como tortura un acto que, sin provocar dolor o sufrimiento, esté destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.
- Tercero, que el acto debe perseguir una finalidad. Aquí hay un punto interesante de distanciamiento entre ambos sistemas: en el caso del sistema interamericano este requisito es prácticamente fútil, ya que se establece que "cualquier otro fin", aparte de los mencionados expresamente en el texto, podrá ser considerado como suficiente para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. En cambio, en el sistema de las Naciones Unidas la finalidad es más restringida y, cuado abre el tema, lo hace de la siguiente forma: "o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación". De este modo, sigue siendo una apertura acotada, ya que esta finalidad deberá estar basada en algún tipo de discriminación.
- Cuarto, en cuanto a los sujetos activos, ambos instrumentos mantienen una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal. Sin embargo, en el artículo 3.2 de la Convención Americana sobre Tortura hay un esfuerzo por vincular a privados de forma más categórica de lo que se hace en el ámbito de las Naciones Unidas.

## 5. Concepto de tortura en la jurisprudencia internacional

### 5.1. El origen de la discusión: la Corte Europea

La Corte Europea de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia ha hecho una serie de distinciones conceptuales, calificando ciertos casos como tortura, otros como tratos inhumanos y otros como tratos degradantes.[20] Un caso paradigmático sobre las dificultades de la distinción en esta materia es la sentencia dictada por la Corte Europea en el caso *Irlanda vs. Reino Unido,* de 1978.[21] Hagamos algo de historia: antes de que la Corte se pronunciara en este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos, había conceptualizado las diferentes conductas de la siguiente forma:

> La noción de tratamiento inhumano cubre por lo menos un tratamiento tal que causa deliberadamente severo sufrimiento, mental o físico, que, en una situación particular, es injustificado. La palabra "tortura" se usa a menudo para describir el tratamiento inhumano que tiene un propósito, como el de obtener información o confesión, o de infligir un castigo, y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano. El tratamiento o castigo de un individuo se describe como degradante si lo humilla de manera grave delante de terceros o lo lleva a actuar contra su voluntad o su conciencia.[22]

De esta forma, la Comisión utiliza dos elementos para diferenciar las conductas: la severidad del tratamiento y el propósito que el tratamiento persigue. En cuanto al tratamiento degradante, lo que lo caracterizaría sería la humillación que provoca en quien la sufre.[23]

En la sentencia del caso *Irlanda vs. Reino Unido*, estableció que un trato degradante era aquel capaz de "crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral".[24] En este mismo caso, la Corte sostuvo que las "cinco técnicas" que se aplicaban en Irlanda del Norte — que consistían en tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente— no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al

---

[20] Van Dijk, y Van Hoof: o. cit. (nota 1), p. 406 ss.

[21] Corte Europea, *Irlanda c. Reino Unido,* sentencia del 18 de enero de 1978; antes, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Griego,* se había referido a esta materia (Comisión Europea de Derechos Humanos, *Greek Case*, Yearbook XII [1969]).

[22] Comisión Europea de Derechos Humanos, *Greek Case*, Yearbook XII (1969), p. 186, citado en Van Dijk, y Van Hoof: o. cit. (nota 1), p. 309. Traducción en Medina: o. cit. (nota 1), pp. 148-149.

[23] Este concepto de tratamiento degradante ha sido utilizado también por la Corte Europea en el caso *Tyrer* (*Tyrer v. UK,* A 26, § 30 [1978]).

[24] Corte Europea de Derechos Humanos, *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, A 25, § 167, citado por J. Barquin Sanz: *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Edersa, 1992, p. 89.

término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba "tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel".[25]

De esta forma, se desprende de este caso que el elemento central para delimitar ambos tipos de conductas sería la severidad del daño. El punto está en la dificultad de establecer dicho parámetro a partir de los elementos que tiene en consideración la Corte.

Comparto la opinión de Cecilia Medina en el sentido de que

> Una mirada a la jurisprudencia de la Corte Europea muestra que es difícil encontrar los criterios que ha tenido en consideración para decidir si una conducta es lo suficientemente severa y cruel como para calificarla de tortura. Es posible que las circunstancias de la víctima sean un elemento para la decisión, así como las consecuencias de los actos sobre la persona objeto de la tortura. Tampoco es simple distinguir examinando la finalidad que persigue el acto ya que, de acuerdo con la decisión de la Corte en el caso de Irlanda c. el Reino Unido, el tratamiento inhumano o degradante también puede tener una intencionalidad similar a la de la tortura.[26]

## 5.2. Elementos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El estudio de la jurisprudencia sobre el concepto de tortura es una cuestión relevante en este debate ya que es posible que todos estemos de acuerdo, en principio, con un conjunto de elementos que se desprenden de los instrumentos internacionales y que sirven de base para configurar un concepto de tortura. Pero una cosa distinta puede ser el resultado del ejercicio hermenéutico de aplicación de estos elementos a casos concretos. En definitiva, podemos compartir un concepto de tortura, pero disentir de la concepción concreta que se desprende de la interpretación de cada uno de esos elementos aplicados a la resolución de casos particulares. Será este último aspecto, el de la concepción de tortura que emane de cada sistema normativo aplicado por sus órganos encargados de la interpretación, lo que determine el alcance y el contenido del derecho a no ser objeto de tortura en nuestra región.

En el caso *Bueno Alves vs. Argentina,*[27] la Corte Interamericana determinó los elementos constitutivos de tortura. Si bien este tribunal había tenido oportunidad en el

[25] Refleja la dificultad y subjetividad de la distinción el hecho de que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el procedimiento que precedió el estudio del caso por la Corte, había calificado estas técnicas como "tortura" (Informe de 25 de enero de 1976, B.23-I [1980], p. 411, citado en Van Dijk, y Van Hoof: o. cit. [nota 1], p. 309).

[26] Medina: o. cit. (nota 1), p. 150.

[27] Caso *Bueno Alves vs. Argentina,* sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 164. Este caso trata sobre los ataques a la integridad del señor Bueno Alves en un interrogatorio conducido por agentes del Estado en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares.

pasado de revisar violaciones al derecho a la integridad personal,[28] fue la primera vez que sistematizó los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito.[29] En esta sentencia se desarrollan los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron esta conducta prohibida. Para tales efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación el artículo 5 de la Convención Americana y lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST.[30] Con estas fuentes a la vista señaló:

> […] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito [§ 79].[31]

Estos requisitos son los que habitualmente citan la doctrina y la jurisprudencia internacionales para efectos de conceptuar la tortura y distinguirla de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.[32] Resulta manifiesto que esta sentencia contribuirá a la certeza jurídica, pues clarifica los elementos que la Corte considera constituyen un acto de tortura. A continuación reseñaré algunas de las dudas que surgen del análisis de la Corte.

Respecto del primer elemento, la intencionalidad, indicó que "[…] los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito".[33] Para satisfacer este requisito, la Corte exige que, tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del agente Estado y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado de la negligencia grave o del caso fortuito.

---

[28] En nuestro continente los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo XX desarrollaron e implementaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses. Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Verbigracia, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154; caso *Barrios Altos vs. Perú,* sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75; caso *Goiburú y otros vs. Paraguay,* sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153; caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* sentencia de 29 de julio de 1988, serie C n.º 4.

[29] Hasta la dictación de la sentencia en el caso *Bueno Alves*, la Corte no distinguía en forma precisa los elementos constitutivos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero utilizaba en su argumentación los elementos o categorías que otros sistemas de protección. Al respecto véas caso *Tibi vs. Ecuador,* sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114, § 149; caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú,* sentencia de 25 de noviembre de 2005, serie C, n.º 137, § 221.

[30] Caso *Bueno Alves* (2007), § 78. El artículo 2 de la CIPST dispone: "Para lo efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin […]". Este no es el primer caso en que la Corte se atribuye competencia y aplica la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En la misma sentencia del caso *Bueno Alves* (2007) la Corte hace referencia al caso *de las Masacres de Ituango vs. Colombia,* sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, n.º 148, § 156; caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, § 126, y caso *Tibi vs. Ecuador* (2004), § 144.

[31] Destacado mío.

[32] Al respecto véase N. Rodley: *The treatment of prisoners Under International law,* Oxford University Press, 2002 (2.ª ed.), pp. 75-106; Medina: o. cit. (nota 1), pp. 138-210.

[33] Caso *Bueno Alves* (2007), § 81.

Si bien este es un requisito ampliamente aceptado, resulta pertinente analizar el impacto que puede tener en el ejercicio de demandas de las víctimas ante el sistema interamericano. El punto de preocupación es el probatorio. Si bien la rigurosidad en un juicio de atribución de responsabilidad penal de un particular es no solo deseable, sino exigible en virtud del principio de legalidad, en la adjudicación de responsabilidad del Estado el criterio es diferente y no puede ser confundido. En estos casos se debe exigir una respuesta efectiva del Estado ante la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima, ocasionados por un agente del Estado o con su consentimiento y en las acciones emprendidas por el Estado para reparar dicha afectación, y no en la intencionalidad del autor concreto de la conducta. Una interpretación estricta de este requisito puede impactar negativamente en la efectiva y eficaz protección de las víctimas. De esta forma, la cuestión pareciera resolverse a través de las reglas de imputación de responsabilidad y no como un requisito particular de esta actuación (tortura).

Con relación a los "severos sufrimientos físicos y mentales", resulta interesante destacar la forma en la que se aborda este elemento:

> […] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.[34]

La Corte, a efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima.[35] Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. El análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la Convención. Una calificación centrada solo en los elementos objetivos del acto tiene un grave problema, ya que ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares vinculados a elementos objetivos en los cuales el parámetro se fija a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio, a partir de prejuicios o estereotipos que surgen de las visiones predominantes en un momento histórico determinado.[36]

---

[34] Ibídem, § 83. (destacado mío).

[35] Esta forma de ponderación también se encuentra en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil,* sentencia de 4 de julio de 2006, serie C, n.º 149.

[36] El mejor ejemplo de este peligro es el caso *Griego*, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que "[…] una cierta dureza de tratamiento de los detenidos, tanto por la policía y las autoridades militares es tolerada por la mayoría de los detenidos e incluso esperada por ellos. Esta dureza puede tener la forma de palmadas o golpes de mano en la cabeza o en la cara. Esto

Sobre la finalidad, la Corte indicó que "los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves".[37] La Corte establece un umbral de exigencia en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito, como es el de obtener una confesión, no nos encontraremos ante tortura. Resulta importante destacar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST, los ataques que se perpetren pueden realizarse "con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin".[38] Esta última causal es formulada en términos tan amplios que parece fútil detenerse en este elemento a la hora de determinar un caso como tortura.

Entre los elementos que menciona la Corte no se hace referencia a la calidad del autor de las torturas. Lo anterior puede deberse a que la CAPST no hace referencia a este elemento en la definición de la tortura, sino en su artículo 3, al referirse a quiénes pueden ser responsables de la tortura.[39] En el caso en comento, los autores de la tortura eran funcionarios del Estado, por lo que no generó mayores problemas al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado.[40]

## 5.3. Elementos en la jurisprudencia del Comité contra la Tortura y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de la Convención contra la Tortura (CAT) de las Naciones Unidas y el Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos), órganos que tienen por misión el control de las obligaciones convencionales de los estados respecto de estos instrumentos, han adoptado una posición distinta a la de la Corte Interamericana sobre esta materia. Salvo contadas excepciones, los órganos no han distinguido entre

---

subraya el hecho de que el punto hasta el cual los prisioneros y el público aceptan la violencia física como no necesariamente cruel o excesiva varía según las diferentes sociedades y aun entre diferentes grupos de la misma" (Van Dijk, y Van Hoof: o. cit. [nota 1], pp. 412-413). Un buen uso de este criterio puede verse en la Corte Europea, caso *Tyrer v. United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978.

[37] Caso *Bueno Alves* (2007), párr. 82 (destacado mío).

[38] Destacado mío.

[39] Artículo 3: "Serán responsables del delito de tortura: a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso *a* ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".

[40] Ahora bien, en la sentencia del caso *Ximenes Lopes* (2006), la Corte condenó al Estado por la violación del artículo 5 cometida por funcionarios de un hospital privado en contra de uno de sus pacientes que padecía esquizofrenia, relativizando este requisito del artículo 3 CIPST. Se funda la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de la obligación de garantía: "[…] por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes". Véaser caso *Ximenes Lopes* (2006), § 150.

los hechos que constituyen tortura u otra conducta prohibida, sino que se limitan a señalar que se ha violado la integridad personal.[41]

Un ejemplo interesante en el ámbito de las excepciones en que sí se ha hecho la distinción es un caso contra Finlandia, donde el Comité señala lo siguiente:

> El Comité recuerda que el artículo 7 prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. La determinación de que constituye un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 7 depende de todas las circunstancias del caso, como la duración y la forma del trato, sus efectos físicos o mentales y el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Un minucioso examen de la comunicación no ha revelado hecho alguno que corrobore la afirmación del autor de que es víctima de una violación de sus derechos con arreglo al artículo 7. En ningún caso Antti Vuolanne fue objeto de sufrimientos o padecimientos graves, físicos o mentales, que le hayan sido infligidos por un funcionario público o a instigación de uno; tampoco parece que la incomunicación de que fue objeto, teniendo en cuenta su rigor, su duración y el objetivo que se perseguía, haya tenido efectos físicos o mentales perjudiciales para él. Tampoco se ha establecido que el Sr. Vuolanne haya sufrido humillación alguna para sí o para su dignidad, salvo la que entraña la medida disciplinaria de que fue objeto. En este contexto, el Comité señala que, para que el castigo sea degradante, la humillación debe exceder determinado nivel y, en todo caso, entrañar otros elementos que vayan más allá del simple hecho de ser privado de la libertad. Además, a juicio del Comité, los hechos del caso no corroboran la denuncia de que, en el curso de su detención, el Sr. Vuolanne fue tratado en forma inhumana o sin respeto por la dignidad inherente del ser humano, como se exige en el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto.[42]

Este caso es muy interesante ya que abre algunas interrogantes en esta materia. Si miramos con detención el párrafo, veremos que el Comité determina como elementos constitutivos de un trato cruel, inhumano y degradante la duración y forma del trato y sus consecuencias. En esta jurisprudencia no hay referencia alguna ni a la intencionalidad ni a la finalidad. Al parecer, a juicio del Comité, el elemento definitorio para calificar una conducta como trato cruel e inhumano o degradante sería la severidad del trato, mientras que para que sea tortura, habría que considerar, además de la severidad, los otros elementos señalados: intencionalidad y finalidad.[43]

---

[41] Para el Comité de la Tortura, véase APT, o. cit. (nota 13). Respecto del Comité de Derechos Humanos, véase M. Nowak: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl-Strasbourg-Arlington: N. P. Engel, 2.ª ed., 2005, p. 160.

[42] Comité DDHH de UN: *Comunicación n.º 265/1987: Finland. 02/05/89.* General CCPR/C/35/D/265/1987, 2 de mayo de 1989. Español original: Inglés, § 9.2.

[43] Nowak: o. cit. (nota 41), pp. 161-163.

## 6. Conclusiones

Para terminar, a partir de todos los aspectos revisados, algunas conclusiones:

a. Si bien los instrumentos generales sobre derechos humanos no distinguen entre las formas de afectar el derecho a la integridad personal, surgen elementos en el actual estado del derecho internacional de los derechos humanos que plantean cierta necesidad de hacer esa distinción entre tortura y otras formas de afectación.
b. Si bien este parece ser un esfuerzo conceptual razonable, deben tenerse presentes algunos peligros que entraña dicho proceso de clarificación.
c. Cualesquiera sean los criterios que se aticen para hacer la diferenciación, es central que se tengan presentes los efectos que estos pueden tener en la protección efectiva de la integridad personal y en la prohibición absoluta de la tortura.
d. Finalmente, es importante destacar el rol central que ha ido adquiriendo en la jurisprudencia comparada la situación de la víctima y el elemento subjetivo como una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 603-619, ISSN 1510-4974

**Leonardo Nemer Caldeira Brant* e Larissa Campos de Oliveira Soares** (Brasil)**

# A inter-relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário na perspectiva universal e interamericana

## RESUMO

**O estudo clássico das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos[1] e Direito Internacional Humanitário[2] focaliza-se em uma dupla distinção dos citados ramos, qual seja: em suas diferentes ocasiões de aplicação e, como consequência, na diversidade de suas normas. Contudo, percebe-se que as normas de Direitos Humanos muitas vezes não apenas estão em concordância com as do Direito Humanitário, como, ainda, as complementam, sendo que a recíproca é também verdadeira. Dessa forma, nota-se os citados ramos do Direito Internacional[3] possuem uma finalidade comum, qual seja: garantir o *nível mínimo de humanidade*[4] aos indivíduos, quer no cotidiano da vida em sociedade, quer em caso de conflito armado.**

**O presente estudo se apoiará na tese da convergência entre o DIDH e o DIH por meio de uma análise da evolução teórica e jurisprudencial na matéria, finalizando com uma avaliação das vantagens e desvantagens da aplicação conjunta desses ramos do Direito. Para tal empreitada, optou-se pela utilização do desenvolvimento jurisprudencial do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos[5] na matéria como marco teórico, por dois motivos, quais sejam: o enfoque dedicado à convergência dos ramos protetores da pessoa humana por parte dos órgãos interamericanos e a tendência evolucionista de suas decisões.**

**Palavras-chave: direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário, jurisprudência comentada, estado de emergência, garantias individuais, América Latina.**

---

* Doutor pela Université Paris X. Assessor Jurídico da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Presidente do Centro de Direito Internacional (CEDIN). Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Diretor do Centro Universitário UNA.

** Pesquisadora do Centro de Direito Internacional (CEDIN). ‹lary_campos@yahoo.com.br›

[1] Doravante referido como Direito Internacional dos Direitos Humanos ou DIDH.

[2] Doravante referido como Direito Internacional Humanitário ou DIH.

[3] Doravante referido como Direito Internacional ou DI.

[4] "É inegável que as *considerações básicas de humanidade* subsistem tanto no direito internacional humanitário como no direito internacional dos direitos humanos e no direito internacional dos refugiados. Em realidade, ditas considerações são parte de *todo* o direito internacional público contemporâneo". Antônio Augusto Cançado Trindade. *A humanização do direito internacional***.** Belo Horizonte, Del Rey, 2006. Pag. 283.

[5] Doravante referido como *sistema interamericano* ou SIPDH.

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die klassische Betrachtung der Bestimmungen des Internationalen Rechts der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts unterscheidet sowohl nach den jeweiligen Anwendungsbereichen der beiden Rechtsgebiete als auch, daraus folgend, nach den normativen Unterschieden zwischen ihnen. Die menschenrechtlichen Normen stimmen jedoch nicht nur häufig mit denen des humanitären Rechts überein, vielmehr ergänzen sie dieso noch teilweise. Dasselbe gilt auch im umgekehrten Sinn. Damit kann festgestellt werden, dass die genannten Fachgebiete des Völkerrechts ein gemeinsames Ziel verfolgen, nämlich den Personen einen *menschlichen Mindeststandard* für ihr alltägliches Leben in der Gesellschaft, aber auch für den Fall einer bewaffneten Auseinandersetzung zu garantieren. ("Zweifellos liegen die *grundsätzlichen Erwägungen zur Menschlichkeit* sowohl dem Humanitären Völkerrecht als auch dem Internationalen Menschenrecht und dem Internationalen Flüchtlingsrecht zugrunde. Diese Erwägungen sind Bestandteil des aktuellen Völkerrechts *als Ganzem".* TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional.* Belo Horizonte, Del Rey, 2006, S. 283.)**

**Ausgehend von der These der Konvergenz von Internationalem Recht der Menschenrechte und Humanitärem Völkerrecht analysiert die vorliegende Untersuchung zunächst die Entwicklung von Theorie und Rechtsprechung auf diesem Gebiet und bewertet anschliessend die Vor- und Nachteile einer gemeinsamen Anwendung der Bestimmungen beider Rechtsgebiete. Zwei Gründe liegen der Entscheidung zugrunde, der Untersuchung die Entwicklung der Rechtsprechung des Interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte als theoretischen Rahmen zugrunde zu legen: der auf eine Konvergenz beim Schutz der menschlichen Person angelegte Ansatz der interamerikanischen Institutionen und die evolutionäre Tendenz ihrer Entscheidungen.**


**Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, humanitäres Völkerrecht, kommentierte Rechtsprechung, Ausnahmezustand, Grundrechte, Lateinamerika.**


## ABSTRACT

**The traditional study of the rules of International Law on Human Rights[6] and the International Humanitarian Law [7] has been focused on a double distinction of both areas, with no preference, in their different possibilities of application and, consequently, in the diversity of their rules. Nevertheless, often human rights rules are not only consistent with the rules of Humanitarian Law, but they are also complementary, which is also true reciprocally. This is how reference is made to the areas of International Law[8] areas with a common purpose, which is –without distinction— to ensure a minimum level of humanity[9] to individuals, either in their daily life within society or in case of armed conflict.**

**This paper is based in the theory of rapprochement between IHRL and IHL through a discussion of the evolution from the theory and judge-made law to the assessment of the advantages and disadvantages of common application of such fields of law. For such purposes, the development of case law in the Inter-American Human Right System[10] has been chosen as the theoretical framework for two reasons: the**


---

[6] Hereinafter called International Human Rights Law or IHRL.

[7] Hereinafter called International Humanitarian Law and also IHL.

[8] Hereinaftaer referred to as International Law or IL.

[9] "Undeniably, *considerations of basic humanity* survive in International Humanitarian Law, in International Human Rights Law and in International Refugee Law. In fact, such considerations are an integral part of all contemporary public international law." Trindade, op. cit.

[10] Hereinafter called Inter-American Human Right System or IAHRS.

**approach devoted to the rapprochement of the different fields protecting individuals by the inter-American institutions and the evolutionist tendency of their decisions.**

**Keywords: international law on human rights, international humanitarian law, annotated jurisprudence, state of emergency, individual guarantees, Latin America.**

## 1. Introdução

Para se verificar a convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário é necessário, em um primeiro momento, distinguir esses dois ramos do Direito Internacional, apresentando suas especificidades e os princípios que integram seu *corpus iuris*. Dessa forma, os primeiros tópicos deste breve estudo discutirão os elementos essenciais do DIDH e do DIH. A seguir, analisar-se-ão de forma genérica as convergências entre os citados ramos, enfatizando o nível mínimo de humanidade dos mesmos e o desenvolvimento da claúsula *Martens,*[11] que permite a aplicação subsidiária dos Direitos Humanos no Direito Humanitário (Parte 1).

Em um segundo momento, analisar-se-ão os desdobramentos jurisprudenciais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, comparando as conclusões da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos na matéria e a análise da possibilidade de aplicação subsidiária do Direito Humanitário pelos Direitos Humanos por autorização do artigo 29 da Convenção Americana (Parte 2). Por fim, discutir-se-ão as vantagens e desvantagens da aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário (Parte 3).

## 2. A convergência entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário em uma perspectiva do direito internacional geral

### 2.1. Direito internacional dos direitos humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem o escopo de proteger os indivíduos contra violações cometidas pelo Estado ou por particulares com a conivência ou inatividade desse,[12] sendo formada uma relação jurídica entre o indivíduo e o Estado;

---

[11] "Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience." *Convention with respect to the laws of war on land. Hague II, 29 July 1899.*

[12] ONU. *Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*. International Law Commission. Artigo 2. Há um ato internacionalmente ilícito de um Estado quando sua conduta consiste em uma ação ou omissão que: *(a)* É atribuível ao Estado de acordo com o Direito

ou entre o indivíduo e outro particular, nos casos de omissão do Estado. O modelo de proteção dos Direitos Humanos é baseado em atividades de garantia da lei (*law enforcement)*, capazes de serem utilizadas tanto em tempo de paz como de guerra. Dessa forma, independentemente da qualificação da situação do Estado como comum ou de conflito armado, a aplicação desse modelo pressupõe uma base segura por parte do governo em relação ao seu território, dentro do qual ele deve exercer controle efetivo e assegurar a ordem e o cumprimento das normas estabelecidas. Dessa forma, apesar de as normas de Direitos Humanos serem aplicáveis em todas as circunstâncias, elas podem, contudo, sofrer derrogações de alguns de seus preceitos, de acordo com as *cláusulas de suspensão de garantias* dos tratados internacionais.

Em casos excepcionais alguns direitos humanos podem ser derrogados, sendo que é nesse campo de atuação que se encontra explicitamente a inter-relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. Diversos tratados internacionais abrangem tal possibilidade de suspensão de direitos, como o artigo 4º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no sistema ONU, e o artigo 15º da Convenção Européia de Direitos Humanos, no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

No âmbito do Sistema Interamericano, marco teórico da presente pesquisa, é o artigo 27[13] da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[14] que estabelece as regras para a suspensão de garantias para os Estados-membros. Levando-se em consideração que o artigo 27.1 da CADH contempla a suspensão de certos direitos em caso de guerra, perigo público e outras emergências que ameacem a independência ou segurança do Estado, e dado que as limitações em qualquer dessas hipóteses devem estar ajustadas à exigência da situação específica, conclui-se que alguns tipos de suspensão de garantias que poderiam ser permitidas em um caso, por outro lado, poderiam não o ser em um caso diverso. A juridicidade das medidas adotadas para enfrentar situações excepcionais em um Estado depende, portanto, do caráter, da intensidade, da profundidade e do contexto particular da emergência, assim como da proporcionalidade e da razoabilidade que possuam as medidas adotadas a respeito dessas.

---

Internacional; e *(b)* Constitui uma quebra de uma obrigação internacional do Estado. (Tradução Livre).

[13] OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).* Adotada em 22 de novembro de 1969. (doravante Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Artigo 27º - Suspensão de garantias. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameaçe a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (Direito à vida), 5º (Direito à integridade pessoal), 6º (Proibição da escravidão e servidão), 9º (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12º (Liberdade de consciência e de religião), 17º (Proteção da família), 18º (Direito ao nome), 19º (Direitos da criança), 20º (Direito à nacionalidade), e 23º (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. […].

[14] Doravante referida como Convenção Americana ou CADH.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[15] já enfatizou que o Estado está obrigado a determinar as razões e os motivos que levaram as autoridades internas a declarar o estado de emergência, que e deve exercer o adequado e efetivo controle dessa situação, além de garantir que a suspensão declarada se encontre na medida e no tempo estritamente limitados à exigência do caso. No mesmo sentido, a Corte Européia de Direitos Humanos[16] estabelece como requisitos para a declaração do estado de emergência três critérios, que são: que exista uma situação excepcional de crise ou emergência; que essa situação afete toda a população; e que constitua uma ameaça à vida organizada da sociedade.

Os Estados, portanto, não possuem uma discricionariedade ilimitada no momento da declaração da suspensão de garantias. Consequentemente, corresponde aos órgãos de supervisão dos tratados internacionais, de acordo com as suas respectivas competências, exercer o controle da declaração do estado de emergência de forma subsidiária e complementar, analisando a conformidade ou não dos atos estatais com o estabelecido no dispositivo que autoriza a suspensão de garantias, assim como com os outros artigos do texto convencional.[17] Dessa forma, a suspensão de garantias não deve exceder a medida do estritamente necessário, sendo ilegal toda a atuação dos poderes públicos que ultrapasse os limites que devem estar assinalados na disposição que decreta o estado de exceção.[18]

## 2.2. Direito internacional humanitário

O Direito Internacional Humanitário tem a finalidade de reger as normas referentes à condução das hostilidades e as normas de proteção e distinção entre combatentes e civis em casos de conflito armado. A relação jurídica que esse ramo do Direito abrange é entre as partes que estão em conflito armado, sejam elas Estados, grupos insurgentes ou outros grupos armados organizados. Suas normas não podem ser derrogadas, por serem o *nível mínimo de humanidade* que deve ser respeitado em casos de conflito.[19]

A definição da existência de um conflito armado é *objetiva*, com base na natureza e na gravidade das hostilidades em curso, independentemente da motivação ou propósito do conflito ou da qualificação das partes a ele pertencentes.[20] O modelo de proteção ao indivíduo do DIH se aplica exclusivamente na condução das hostilidades

---

[15] Doravante referida como Corte, Corte Interamericana ou Corte IDH.

[16] Corte Européia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH). *Lawless Vs. Ireland*. Judgment of 1 of July 1961, Series A no. 3, p. 14, pár. 28.

[17] Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH). *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. "Ecuador*. Sentencia de 4 de Julio de 2007. pár 47".

[18] Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-09/87. "Garantías judiciales en estados de emergencia.* pár. 35 y 36".

[19] International Committe of Red Cross (doravante ICRC). *International Humanitárian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*. Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts" Pág. 8.

[20] Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH). *Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina*. 18 de Noviembre de 1997. Informe 55/97. Párr. 153.

em conflitos armados, baseando-se na premissa de que, em dito estágio, é muito tarde para prevenir o uso de violência armada entre as várias partes do conflito. Seu objetivo é restringir o uso de violência pelos beligerantes, por meio do balanceamento das necessidades militares e dos imperativos humanitários.

O Direito Humanitário é aplicado em casos de conflitos armados, que devem ser entendidos como uma situação que gera o recurso a força armada por *a)* Estados entre si; *b)* Estados e grupos armados organizados; ou *c)* grupos armados organizados entre si dentro de um Estado.[21] Os conflitos armados podem, por sua vez, ter caráter internacional ou não internacional; sendo que a respeito de cada âmbito de aplicação incidem normas específicas.[22] No que tange aos conflitos armados internacionais, são aplicadas as disposições das Convenções de Genebra de 1949.[23]

Os conflitos armados não internacionais, por sua vez, apesar de não estarem expressamente definidos no artigo 3[24] comum às Convenções de Genebra, são interpretados pela doutrina como abrangidos pelo mesmo e pelas normas costumeiras pertinentes; sendo que devem ser entendidos da forma mais extensiva possível de modo a abarcar inclusive aqueles *conflitos abertos e de pouca intensidade entre as forças armadas ou grupos relativamente organizados, que ocorrem dentro do território de um Estado em particular.*[25] A existência de um conflito prolongado, com uso de táticas e armamentos militares e de intensidade grave são fatores que caracterizariam, por exemplo, uma situação de conflito armado não-internacional, sendo que eles devem ser diferenciados das situações de distúrbios e tensões internas, que se caracterizam por ser atos isolados e esporádicos, que não são abarcados pelo DIH, mas sim pelos Direitos Humanos.[26]

Diversos *standards* de proteção estão abrangidos no modelo do Direito Internacional Humanitário, sendo eles variáveis de acordo com o *status* do indivíduo envolvido nas hostilidades. Assim, não apenas os membros da força armada inimiga podem ser objeto de ataque, mas também os civis que tomam parte diretamente nas hostilidades, pelo período que durar a sua participação. A distinção entre combatentes e não-combatentes tem implicações fundamentais. Primeiramente, cabe ressaltar que, de acordo com a regra

---

[21] International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Duski Tadic*. IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 de outubro de 1995. Párr. 70.

[22] Vários especialistas têm ressaltado que a distinção de direitos e obrigações entre conflitos internacionais e não internacionais tem sido erodida, sendo que, entretanto, não existe um regime legal único aplicável aos dois tipos de conflito. Extraído de: ICRC. *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence.* Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts". November 2003.

[23] Noam Lubell. "Challenges in applying human rights law to armed conflict" *International Review of Red Cross.* Volume 87 Number 860 2005. Pág. 746.

[24] Artigo 3, comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949.

[25] ICRC. *Commentary on the Geneva Convention relative to the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field.* Disponível em: ‹http://www.cicr.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=365&t=com›. Acesso em 28/05/08.

[26] ICRC. "Protection and Assistance Activities in Situations Not Covered by International Humanitarian Law". *International Review of Red Cross.* Vol. 9. Number 13 (1988). Pág 262.

de imunidade do artigo 13 do Protocolo II das Convenções de Genebra,[27] as partes têm a obrigação geral de proteger a população civil contra os perigos procedentes das operações militares, sendo que consequentemente essa população não pode ser objeto de ataques militares e não pode ser alvo de atos de ameaça de violência que tenha como objetivo aterrorizá-la. Independentemente da situação jurídica de normalidade ou anormalidade política, a população civil vítima de um conflito armado deve ser protegida pelo Estado.[28]

## 2.3. A interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário

O Direito Internacional Humanitário tem *status* de lei especial, uma vez que abrange especificamente os casos de conflito armado. Apesar de elaborado para tutelar essa específica qualificação jurídica, tem-se que em muitos casos as regras do DIH tratam do mesmo bem jurídico que as regras de Direitos Humanos. Contudo, as normas desenvolvidas no período de paz não podem ser aplicadas indiscriminadamente aos conflitos armados, mas inseridas na estrutura do Direito Internacional Humanitário de maneira sensível.[29]

A esse respeito, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu no caso da *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*[30] que para a análise da natureza do direito inderrogável à vida deveriam ser levadas em consideração as regras do DIH como *lex specialis* a fim de se determinar o que seria considerado como privação arbitrária à vida no contexto de um conflito armado. Embora esse raciocínio funcione completamente para se interpretar o direito à vida, o mesmo não ocorre para outros bens jurídicos protegidos, como, por exemplo, o direito ao acesso à justiça.

Em algumas áreas coincidentes do DIDH e DIH, as normas de direitos humanos são mais precisas do que as de direito internacional humanitário. Por exemplo, no caso das garantias judiciais, que possuem grande desenvolvimento normativo e jurisprudencial

---

[27] *Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais.* Adotado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados.

[28] Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 114.

[29] Hans-Joachim Heintze. "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law." *International Review of Red Cross.* Volume 86 Number 856 2004. Pág 6.

[30] Corte Internacional de Justiça. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, 1996, (July 8), paragraph 25. "Em princípio, o direito de não ser privado arbitrariamente da vida é aplicável também nas hostilidades. O teste do que caracteriza a privação arbitrária da vida, contudo, deve ser determinado de acordo com a *lex specialis* aplicável, nomeadamente a lei aplicada em um conflito armado que é designada para regular a condução das hostilidades. Portanto, o fato de um modo particular de perda da vida, através do uso de uma certa arma na condução da guerra, poder ser considerado uma forma de privação à vida contrária ao artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, poderá apenas ser decidido por referência à lei aplicável no conflito armado e não deduzido dos termos da Convenção por si mesma." (Tradução própria).

em matéria de DIDH e incipiente em DIH, tem-se que a norma do artigo 3.1.d[31] comum das Convenções de Genebra é pouco precisa e demasiadamente abrangente, o que necessitaria a utilização complementar dos Direitos Humanos para desenvolver seu conteúdo. Assim, em uma hipótese como essa é necessário que além dos elementos complementares à Convenção de Genebra contidos nos protocolos adicionais I e II e no direito costumeiro, se integrem à fórmula apresentada na Convenção de Genebra as normas de Direitos Humanos, uma vez que elas apresentam uma evolução latente na caracterização das garantias judiciais e meios de acesso à justiça.[32]

No que tange à convergência dos DH e DIH, é notável que no caso *Music et alli* o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Ioguslávia[33] tenha ponderado que tanto o Direito Internacional Humanitário como o Direito Internacional dos Direitos Humanos tomam como ponto de partida sua preocupação comum em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, o que forma a base dos seus *princípios mínimos de humanidade*. Assim, o princípio da humanidade pode ser entendido de dois modos diversos: de um lado, pode ser concebido como um princípio subjacente à proibição do tratamento desumano, estabelecido pelo artigo 3 comum às Convenções de Genebra; e por outro lado pode ser invocado como referência à humanidade como um todo, em relação com as matérias de interesse comum, geral e direto desta.[34]

A inclusão no preâmbulo da Convenção de Haia de 1899 de uma disposição, tributo a um delegado russo na Convenção, conhecida como cláusula *Martens,* é outra eloquente expressão da convergência entre esses ramos do Direito Internacional. Reconhecendo-se que não seria possível solucionar todos os problemas que poderiam ser levantados na análise da Convenção de Haia, as partes contratantes estabeleceram que não era a sua intenção que os casos não previstos, na ausência de um mandamento escrito, fossem deixados ao julgamento arbitrário dos comandantes militares. Dessa forma, estabeleceu-se que nos casos de falta de normativa dirigente, os civis e

---

[31] Convenções de Genebra de 1949. Artigo 3.º Em caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar, pelo menos, as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável, baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar relativamente às pessoas acima mencionadas: d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizadas por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

[32] ICRC. *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence.* "Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled 'International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts'. November 2003", p. 9.

[33] International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Duski Tadic*. IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 20 de fevereiro de 2001. p. 149.

[34] Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. Voto Razonado Juez Cançado Trindade. Párr. 20.

os combatentes deveriam *permanecer sob a proteção e a regra dos princípios do direito das nações, como um resultado dos usos estabelecidos pelos povos civilizados, das leis de humanidade, e os ditames da consciência pública*. Isso significa que, independentemente do que os Estados acordem, a condução da guerra será sempre governada pelos princípios existentes de direito internacional, entre os quais se destaca o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[35] Sua importância ainda é visível, por sua incorporação nas disposições relativas à denúncia das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário[36] e do Protocolo Adicional I.[37]

## 3. A aplicação conjunta do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Como avaliar a integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário no momento da aplicação e efetivação de seus postulados? É notável que o DIH não possua um tribunal permanente que analise as violações do mesmo pelas partes contratantes de seus tratados, sendo que a falta de mecanismos de implementação do Direito Humanitário é um dos maiores problemas para a efetivação desse ramo do Direito Internacional.

Desse modo, a literatura jurídica aponta que a proteção dos Direitos Humanos não apenas compartilha uma filosofia comum com o Direito Internacional Humanitário, mas que também pode ser utilizada para compensar os déficits desse.[38] Com isso, há certo apoio do uso de mecanismos de implementação de Direitos Humanos a fim de assegurar o cumprimento do DIH e realizar um apelo aos Estados para a implementação das suas obrigações.[39]

A primeira evidência da convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário no Sistema Interamericano de

---

[35] Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld. *Constraints of the Waging War, An Introduction to International Humanitarian Law*.

[36] *Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha.* Artigo 63. *Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar.* Artigo 62. *Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra.* Artigo 142. *Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra*. Artigo 158. Convenções Adotadas a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949.

[37] Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Adotado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. Artigo 1.2.

[38] Judith Gardam, "The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 14, No. 2, 2001, p. 353.

[39] Krzysztof Drewicki, "The possible shape of a reporting system for international humanitarian law: Topics to be addressed", in: Michael Bothe (ed.), *Towards a Better Implementation of International Humanitarian Law*, Berlin Verlag, Berlin, 2001, p. 73. *Apud:* Heintze, Hans-Joachim. "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law." *International Review of Red Cross.* Volume 86 Number 856 2004, p. 10.

Proteção aos Direitos Humanos é encontrada no artigo 29[40] da Convenção Americana, o qual estabelece as normas de interpretação da mesma. Assim, no que diz respeito àinterpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana, os órgãos do Sistema Interamericano devem atuar de forma a garantir sua proteção de maneira *extensiva*, por meio da análise de outros tratados internacionais para uma melhor delimitação da matéria em voga.

Nesse sentido, em diversas oportunidades a Corte Interamericana ressaltou o fato de os "tratados de direitos humanos deve[re]m ser considerados instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais",[41] seguindo a linha jurisprudencial da Corte Européia de Direitos Humanos.[42] Essa interpretação evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos é coincidente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da CADH, assim como com as regras de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.[43]

Nessa linha de raciocínio, a Corte Interamericana reconhece que é devido ao tribunal internacional, no momento de julgar um caso, não apenas levar em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados com o tratado que lhe estipula a competência, mas também o sistema dentro do qual esse tratado se insere.[44] Deve-se ressaltar, contudo, que é apenas permitido julgar as violações de instrumentos que confiram à Corte competência para tanto. Assim estabeleceu a Corte Interamericana no caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala,* no sentido de que apesar da Corte IDH não poder declarar que um Estado é internacionalmente responsável pela violação de tratados internacionais que não lhe atribuam competência, é possível para tal órgão *observar que certos atos ou omissões que violam os direitos humanos de acordo com os*

---

[40] *Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Artigo 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa ser reconhecida em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

[41] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 117. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.* Corte Interamericana de Deechos Humanos. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125. Párr. 125.

[42] Corte EDH. *Tyrer v. The United Kingdom,* 5856/72, Judgment of 25 April 1978. Series A no. A26, párr. 31.

[43] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No.148. Parr. 155-6.

[44] Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16. Párr. 113.

*tratados que lhe compete aplicar infringem também outros instrumentos internacionais de proteção à pessoa humana.*[45]

A limitação da atribuição de competência não impede, portanto, que a Corte Interamericana invoque elementos ou referências de Direito Internacional geral quando resulte procedente fazê-lo para interpretar ou integrar as normas convencionais que lhe admitem competência, tomando em conta as características dos fatos alegados e o texto e sentido das normas imediatamente aplicáveis. Dessa forma, não se faz uma aplicação direta de outros instrumentos para resolver sobre violações e direitos e deveres estabelecidos nesses, mas se recorre a eles como *elementos de interpretação, apreciação ou juízo* para uma melhor inteligência e imediata aplicação dos instrumentos que explicitamente lhe confere competência.[46]

No que tange especificamente à aplicação do Direito Internacional Humanitário pelo Sistema Interamericano, divergências quanto à possibilidade de análise direta ou suplementar das convenções humanitárias surgiram nos primeiros casos analisados nos seus órgãos. O posicionamento discordante entre a Comissão e Corte Interamericanas no momento do surgimento de casos que envolviam o DIH exposto a seguir não permanece mais. Contudo, as duas teorias de atribuição de competência da CADH merecem destaque, assim como seus desdobramentos.

## 3.1. Posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A posição da Comissão Interamericana é ambiciosa no que tange a aplicação do direito humanitário, uma vez que ela o aplica, em um primeiro momento,[47] *diretamente* às violações de tal sistema de direitos. A Comissão estipula que ignorar o conteúdo e o alcance de certas obrigações internacionais do Estado e renunciar à tarefa de as harmonizar com a competência dos órgãos do sistema interamericano em um contexto integral e teleológico implicaria em trair o bem jurídico ético promovido pelo artigo 29, qual seja, a melhor e progressiva aplicação da CADH.[48] Entre os argumentos utilizados pela Comissão para a aplicação direta do direito internacional humanitário nos casos submetidos a sua apreciação, destacam-se: a) a incorporação das normas de tratados na legislação dos Estados, b) o princípio da aplicação da norma mais favorável de acordo com o artigo 29.b da CADH, e c) a relação entre a cláusula de suspensão de garantias e o DIH, que serão tratados a seguir.

---

[45] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Parr. 208. *Tradução Livre.*

[46] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párrs. 192-195.

[47] Nos casos *Avilán Vs. Colômbia*, *Abella Vs. Argentina*, *Coard Vs. USA* a Comissão Interamericana prega a aplicação direta do Direito Internacional Humanitário. Entretanto, após as decisões da Corte Interamericana nos casos *Las Palmeras Vs. Colômbia* e *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, a Comissão parece dar um passo atrás, e em suas decisões posteriores aplica o DIH de forma indireta, declarando violações apenas da CADH.

[48] Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67. Párr. 31.

### *3.1.1. Incorporação das normas de tratados na legislação dos Estados*

O fato de todos os Estados-partes da Convenção Americana terem ratificado uma ou mais das Convenções de Genebra é utilizado pela Comissão como argumento para estabelecer o dever de cumprimento das obrigações segundo o direito consuetudinário, de acordo com os princípios da boa-fé e do dever de ajustamento da legislação interna.[49] Essa parece ser uma hipótese coerente de aplicação do DIH, pois é possível analisar se a norma internalizada do Estado e a sua aplicação, em tempos de guerra ou paz, são compatíveis ou não com a Convenção Americana.

A norma que estabelece que um Estado que celebrou uma convenção internacional é obrigado a introduzir no seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas é considerada como costume internacional e é válida universalmente. Na Convenção Americana esse princípio foi positivado em seu artigo 2,[50] que estabelece a obrigação geral do Estado de adequar o seu direito interno às disposições da Convenção, implicando ainda que as medidas de direito interno adotadas devem ser efetivas (*effect utile*) para atingir o objetivo da CADH. Dessa forma, a adequação implica na adoção de medidas em duas vertentes, quais sejam: a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que gerem violação às garantias previstas na Convenção que desconheçam os direitos ali reconhecidos ou sejam um obstáculo seu exercício; e a formulação de normas e o desenvolvimento de práticas condizentes com efetiva observância dessas garantias.[51]

O que se pode contestar a respeito dessa posição da Comissão é o fato de o juízo de valor ser realizado de acordo com a legislação do Estado que transpôs as normas das Convenções de direito humanitário para o nível interno, e não pelas convenções por si só, sendo que assim não se estaria analisando a aplicação do Direito Humanitário, mas a do Direito Interno do Estado, o que é autorizado pela Convenção Americana.

### *3.1.2. Aplicação da norma mais favorável de acordo com o artigo 29.b da CADH*

A Comissão entende que de acordo com o artigo 29.b da CADH, que estabelece a proibição da limitação do "gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados",[52] havendo uma lei ou

---

[49] Comissão IDH. *Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina.* 18 de noviembre de 1997. Informe 55/97.

[50] *Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes se comprometem a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

[51] Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador.* Sentencia de 4 de julio de 2007. par. 57.

[52] *Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Artigo 29, *Supra* nota 35.

Convenção que ofereça um grau de proteção maior ao indivíduo, seria dever para o órgão julgador dar *efeito legal* para as provisões do tratado que confiram uma maior proteção aos direitos em questão. Nesse caso, se a maior proteção está em um tratado de direito humanitário, é ele que deve ser aplicado, e não a norma mais restritiva da Convenção Americana.[53]

Tal posicionamento se baseia na idéia de que o objetivo da coexistência de distintos instrumentos jurídicos que garantem os mesmos direitos é ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, sendo que o que importa no caso é o grau de proteção, e por isso deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima.[54] Dessa forma, devido ao fato de o objeto e o fim desses ramos consistirem em assegurar a proteção ao indivíduo, o interesse das vítimas deveria ditar a aplicação do *standard* mais elevado de proteção em casos de conflito entre as normas.[55]

Diversas críticas podem ser levantadas nesse ponto, como o fato de que se fazer referência às provisões relevantes de DIH como *fontes autorizadas de interpretação* de forma a verificar a ocorrência de violações de Direitos Humanos; não é o mesmo que aplicar diretamente essas normas,[56] uma vez que a prerrogativa da análise do Estado está limitada a uma possível violação do artigo 29.b da CADH, e não do direito humanitário em si.[57]

### *3.1.3. A relação entre a cláusula de suspensão de garantias e o DIH*

Por fim, cabe uma referência à possibilidade de suspensão de garantias permitida pela Convenção Americana em casos de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência e segurança do Estado. Devido ao fato de o artigo 27.1 estabelecer que algumas derrogações são possíveis "desde que […] não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional", no momento em que se analisa a legalidade das medidas de suspensão de garantias da Convenção (em virtude de um conflito armado no território de um Estado) não é possível determinar o cumprimento ou não dela sem levar em consideração os demais tratados dos quais os Estados sejam parte, assim como o direito consuetudinário.

Dessa forma, se os direitos em questão não pudessem ser suspensos de acordo com o direito humanitário, dever-se-ia concluir pela violação tanto da CADH, como do

---

[53] Comissão IDH. *Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina*. 18 de noviembre de 1997. Informe 55/97. Párr. 165.

[54] Antonio Augusto Cançado Trindade. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos.* p. 52-53.

[55] ICRC. *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence.* Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts". November 2003. p. 8.

[56] Lindsay Moir. "Law and the Inter-American Human Rights System". *Human Rights Quarterly.* Núm. 182. 2003. p. 894.

[57] Liesbeth Zagveld. "The Inter-American Commission of Human Rights ans International Humanitarian Law: Comment on the Tablada case". *International Review of Red Cross.* Num 505. 1998. p. 58.

DIH. Essa interpretação da cláusula de derrogação de garantias parece ser correta, uma vez que o órgão de supervisão deveria necessariamente explicar o entendimento a respeito da violação da norma de Direito Humanitário para justificar uma recomendação ou sentença de impossibilidade de derrogação da Convenção Americana,[58] o que torna o órgão aplicador intérprete autorizado desse sistema de normas. No entanto, esse entendimento sofre do mesmo problema da primeira interpretação sob a análise direta do DIH, isto é: apesar de a norma que pode ser analisada pelo órgão ser aquela do Direito Humanitário, a violação que pode ser declarada é apenas a do artigo 27.1 da Convenção Americana, e não do DIH por si.

## 3.2. Posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Se surgem diversas críticas ao entendimento inicial da Comissão Interamericana a respeito da competência atribuída pela CADH para a análise de outros instrumentos internacionais, o mesmo não acontece com o juízo da Corte Interamericana. Seu posicionamento é o de que é apenas permitido julgar as violações de instrumentos que lhe confiram diretamente competência; no sentido de que se por um lado não é possível declarar a violação de tratados que não lhe atribuem jurisdição para tanto, por outro lado a Corte pode *observar* que alguns atos ou omissões violam as normas de direitos humanos que podem estar contidas em outros tratados.[59] Portanto, seria permitida a interpretação das disposições da CADH *à luz* de outros tratados internacionais, sempre que a matéria for pertinente, sem, contudo, analisar *diretamente* a violação ou não das normas de esses tratados.

O posicionamento da Corte Interamericana acerca da aplicação do Direito Internacional Humanitário como meio de interpretação do sentido e do alcance da Convenção Americana apresentou um notável salto desde o paradigmático caso *Bámaca Velasquez*, no sentido da aplicação desse ramo do Direito Internacional para a análise da violação de direitos diversos, *inter alia* o direito à propriedade privada, o direito à circulação e residência e o direito à vida.[60]

Por exemplo, no caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, a Corte IDH considerou que no momento de proceder à análise de atribuição de responsabilidade internacional do estado não poderia deixar de levar em consideração a existência de deveres gerais e especiais de proteção à população civil pelo Estado em caso de conflito armado provenientes do Direito Internacional Humanitário, estabelecidos, especialmente, no artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao Protocolo II. Nesse sentido, considerou que *o respeito devido às pessoas protegidas implica em obrigações de caráter*

---

[58] Lindsay Moir. "Law and the Inter-American Human Rights System". *Human Rights Quarterly.* Núm. 182. 2003. p. 859.

[59] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Párr. 208.

[60] Conferir, nesse sentido: Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador.* "Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118 párr. 108". Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 33.

*passivo (não matar, não violar a integridade física, etc.), enquanto que a proteção devida implica obrigações positivas de impedir que terceiros perpetrem violações contra essas pessoas.*[61]

Igualmente, no que tange ao direito à propriedade privada, que em um primeiro momento não parece ser matéria de desenvolvimento extensivo do DIH, a Corte considerou pertinente a aplicação subsidiária das disposições do Protocolo II à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para interpretar o alcance do artigo 21[62] da Convenção no caso *Las Masacres de Ituango Vs. Colombia,,*[63] de modo a ressaltar que os artigos 13 (proteção à população civil) e 14 (proteção aos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil) do Protocolo II proporcionariam uma maior proteção aos indivíduos.

## 4. Os desafios da interação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário

### 4.1. Alguns problemas da aplicação dos Direitos Humanos em conflitos armados

Em situações de conflito interno, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário se convergem de maneira mais precisa e se reforçam reciprocamente. Um dos maiores problemas que surgem nesse aspecto é o caso de uma hipotética violação do direito à vida inserida em uma situação de conflito. A Comissão e a Corte têm competência para analisar tal alegação, visto que o artigo 4 da CADH abarca tal direito. Contudo, como o direito à vida supostamente violado está inserido em um contexto de conflito armado, a análise da violação levando em consideração apenas o disposto na Convenção poderia se mostrar ineficaz; uma vez que a CADH não contem disposições que definam ou distingam civis, combatentes e outros objetivos militares, tampouco que especifiquem quando um civil pode ser alvo de um ataque legítimo ou quando as baixas civis são uma consequência legítima das operações militares.[64]

Assim, de forma a cumprir com o objeto e fim da Convenção Americana, dever-se-iam aplicar as regras pertinentes do DIH como fontes de interpretação autorizada para resolver situações de violações de direitos humanos em conflitos armados. Esse tipo de aplicação das normas de Direito Humanitário como *lex especialis* é necessário, pois em casos específicos apenas pela aplicação das normas de Direitos Humanos não é

---

[61] Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 1341, par. 14.

[62] O direito a propriedade privada, reconhecido no artigo 21 da CADH, abarca todos os bens móveis e imóveis, os elementos corporais e incorporais e qualquer outro objeto imaterial suscetível de valoração. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 121.

[63] Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No.148.

[64] Comissão IDH. *Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina*. *Supra* nota 15. Párr. 161.

possível avaliar adequadamente a observância dos padrões internacionais de proteção ao indivíduo.

Outra questão sobre a convergência desses direitos diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade. Sob uma perspectiva negativista acerca da aplicação das normas de DIH por órgãos de DH, tem-se que os membros das forças armadas poderiam não estar aptos a identificar previamente qual o critério de interpretação ao qual eles estarão sujeitos: se o *tradicional* do Direito Internacional Humanitário ou o *extensivo* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por exemplo, uma interpretação estrita de proporcionalidade aplicada ao ataque de um alvo militar que cause danos a civis, típica dos DH, poderia se tornar impossível de ser aplicada em uma situação de conflito. Tal fato poderia causar uma incongruência, no sentido de que, por exemplo, um piloto de avião que efetuasse um bombardeio aéreo não pudesse ser punido pelo DIH porque os danos causados aos civis que estivessem perto dos alvos militares fossem necessários e proporcionais ao objetivo; enquanto que o Estado poderia ser condenado por uma ótica de DH pelos mesmos danos causados aos civis.[65]

Outra hipótese sobre a aplicação da proporcionalidade diz respeito ao caso de forças estatais realizarem um ataque letal a um grupo inimigo no contexto de conflito armado não internacional. De acordo com as normas do DIH, essa ação seria completamente possível, desde que efetuada contra combatentes ou contra um alvo militar autorizado. Por outro lado, de acordo com os Direitos Humanos os agentes estatais deveriam anteriormente tentar capturar os combatentes, por ser uma forma menos gravosa, e, portanto, mais proporcional de ganhar vantagem militar e derrotar o inimigo, o que pode se demonstrar insustentável em uma situação-limite de conflito.[66]

## 4.2. A inter-relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário

A importância da utilização de fontes subsidiárias de interpretação, entre elas o Direito Humanitário, é ressaltada pelo fato de que o resultado obtido em um mesmo caso não seria satisfatoriamente atingido pela utilização isolada dos instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Apesar das divergências da aplicação do artigo 29 da Convenção Americana entre a Comissão e a Corte Interamericanas, aparentemente os resultados obtidos atingem o mesmo objetivo, ou seja: declarando ou não diretamente violações diversas daquelas da Convenção Americana, pode-se utilizar desses outros instrumentos para analisar os direitos e garantias da CADH, o que gera a possibilidade de um maior esclarecimento sobre os bens protegidos e acompanhamento da tendência de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

---

[65] Christine Byron. "A Blurring Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies". *Virginia Journal of International Law.* Vol. 47. Number 4. Summer 2007. p. 892.

[66] Noam Lubell. "Challenges in applying human rights law to armed conflict" *International Review of Red Cross.* Volume 87 Number 860 2005. p. 747.

No que tange a aplicação do Direito Humanitário pelos órgãos de Direitos Humanos, apesar de ser extremamente favorável por solucionar o vácuo da inexistência de órgãos jurisdicionais permanentes de DIH, é necessário realizar alguns apontamentos no sentido de garantir que sua aplicação seja satisfatória. Em um primeiro momento, cabe aos órgãos de DH realizarem cursos de aperfeiçoamento e contratação de especialistas em DIH em seu quadro de funcionários, a fim de evitar a má aplicação desse ramo do direito.[67]

Em um segundo momento, a inaplicabilidade das sanções por violações de DIH para os atores não-estatais parece ser um empecilho para uma análise neutra do conflito.[68] Contudo, cabe destacar que os atores não-estatais são igualmente obrigados a cumprir as normas do DIH em conflitos armados e que, mesmo não podendo efetuar sanções, os órgãos de DH podem emitir declarações sobre as atividades desses grupos, o que contribui de forma indireta para o respeito dos mesmos pelo DIH.

A aplicação do Direito Humanitário por órgãos de proteção aos Direitos Humanos não está sendo realizada apenas pelo Sistema Interamericano, sendo que existem diversas decisões do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Européia de Direitos Humanos na matéria, o que ressalta que o processo de convergência entre esses ramos do direito internacional é contínuo e está presente não só nos sistemas regionais, mas também no sistema universal de proteção do indivíduo. Uma vez que o sistema tradicional de monitoramento do DIH é particularmente fraco, a atuação de outros órgãos permite a efetivação e controle das normas e proteção das pessoas envolvidas em uma situação de conflito, preenchendo a lacuna da tutela jurisdicional do Direito Internacional Humanitário e ao mesmo tempo não violando o consentimento estatal ao não aplicar diretamente as disposições de tal ramo do Direito Internacional.

Apesar das diferenças intrínsecas desses ramos do direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário apresentam uma inegável convergência das suas normas. O presente modelo baseado na complementaridade desses sistemas é preferente àquele no qual, na existência de um conflito armado, a aplicação do DIH precludiria a aplicação de qualquer outro ramo do direito, por razão de seu *status* de *lex specialis*. A complementaridade existente é o meio mais eficaz de proteção legal em todas as circunstâncias, levando-se em consideração que em qualquer momento elementos relevantes de pelo menos um ramo ou vários ramos do direito continuará a ser aplicável.[69]

---

[67] Theodor Meron. "The Humanizations of Humanitarian Law". *American Journal of International Law.* Vol. 239 Num 245. 2000. p. 247.

[68] Christine Byron. "A Blurring Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies". *Virginia Journal of International Law.* Vol. 47. Number 4. Summer 2007. p. 883.

[69] CRC. *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence.* Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. November 2003".

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 621-635, ISSN 1510-4974

**Torsten Stein (Alemania)***

# Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa

## RESUMEN

**En principio hay que celebrar que, a más de 60 años de su fundación, los órganos de la Comunidad Europea se vinculen a un catálogo de derechos fundamentales escritos por medio de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (suponiendo que el Tratado de Lisboa entre en vigencia). El balance del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en materia de protección de los derechos fundamentales a partir de los "derechos fundamentales comunitarios" formulados "libremente" por la Corte deja mucho que desear. Sin embargo, crea confusión innecesaria el hecho de que los derechos fundamentales comunitarios existentes, en tanto "principios jurídicos generales", sigan vigentes conjuntamente con los derechos fundamentales de la Carta, y que tanto los órganos comunitarios como los Estados parte estén vinculados por ella "para la implementación del derecho comunitario". En consecuencia, los Estados se regirían por hasta cuatro catálogos de derechos fundamentales diferentes, aunque ampliamente coincidentes. Además parece problemático que la Carta incluya, aparte de los derechos reales y exigibles, una serie de "principios", "objetivos del Estado" y promesas básicamente imposibles de cumplir, más acordes con las constituciones latinoamericanas, sobre todo las más recientes.**

**Palabras clave:** **derechos humanos, Unión Europea, tratados.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Dass nach über 60 Jahren ihrer Existenz auch die Organe der Europäischen Gemeinschaft mittels der "Charta der Grundrechte der Europäischen Union" an einen Katalog geschriebener Grundrechte gebunden werden (sofern der Vertrag von Lissabon in Kraft tritt), ist grundsätzlich zu begrüssen. Die Bilanz des Grundrechtsschutzes durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) auf der Basis der von ihm "freihändig" formulierten "Gemeinschaftsgrundrechte" ist nicht sehr eindrucksvoll. Unnötige Verwirrung aber schafft, dass neben den Charta-Grundrechten auch die bisherigen Gemeinschaftsgrundrechte als "allgemeine Rechtsgrundsätze" anwendbar bleiben sollen und neben den Gemeinschaftsorganen auch die EU-Mitgliedstaaten an die Charta gebunden sein sollen "bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts". Für sie gelten dann bis zu vier verschiedene, wenn auch weitgehend übereinstimmende Grundrechtskataloge. Bedenklich ist auch, dass die Charta neben echten, einklagbaren Rechten auch eine ganze Reihe von**

* Director del Instituto Europeo, Universidad del Sarre. ‹to.stein@t-online.de›

**"Prinzipien", "Staatszielen" und letztlich unerfüllbaren Versprechen enthält, wie man sie ansonsten nur aus insbesondere neueren lateinamerikanischen Verfassungen kennt.**

**Schlagworte: Menschenrechte, Europäische Union, Verträge.**

**ABSTRACT**

**On principle, more than 60 years after the establishment of the European Community institutions, their link to a catalog of written fundamental rights through a Charter of Fundamental Rights of the European Union is to be celebrated (assuming that the Treaty of Lisbon comes into force). The balance of the European Court of Justice in terms of fundamental rights protection based on the "European fundamental rights", "freely" expressed by the Court, leaves a lot to be desired. However, the fact that existing European fundamental rights as "general legal principles" continue to be in force along with the fundamental rights in the Charter cause unnecessary confusion, and confusion is also caused by the fact that both european institutions and member state institutions are linked to the Charter "for the implementation of European law". Consequently, member states will be ruled by up to four catalogs of different fundamental rights, although broadly coincident. It is also a problem that the Charter includes, as a part of the enforceable rights in rem, a number of "principles", "State purposes" and promises, fundamentally impossible to honor, more consistent with Latin American constitutions, particularly the most recent ones.**

**Key words: human rights, European Union, treaties.**

## 1. Introducción

Los habitantes de muchos países del mundo se alegrarían si existiera *un* catálogo (nacional o internacional) *único* de derechos humanos fundamentales que no solo figurase en la Constitución o en las compilaciones de los tratados internacionales firmados por su país, y si una justicia independiente les garantizara el respeto y la puesta en práctica de ese catálogo. En comparación con esta situación, los ciudadanos de la Unión Europea parecen encontrarse ante un problema de lujo, ya que sus derechos humanos y fundamentales gozan de la protección de tres o cuatro catálogos y sus correspondientes instancias judiciales: los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones nacionales; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa; las bases generales del derecho comunitario que resulta de la creación de derecho por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y además, la Carta de la UE. ¿Esta situación debe ser vista como un lujo o, por el contrario, como un problema? Los tribunales habían hecho las paces con la vigencia paralela de los catálogos nacionales de derechos fundamentales y la tradicional protección "europea" de los derechos fundamentales. La complementación prevista mediante la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (cuyo carácter vinculante dependerá de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa) enfrenta los tribunales a la pregunta de si de esta manera se crearía un "valor añadido" o si, por el contrario, se generaría un caos.

Además, la Carta incluye no solo derechos fundamentales exigibles, sino también una serie de garantías blandas y promesas en realidad imposibles de cumplir, de cuya validez jurídica se debe dudar, aunque por medio de la jurisprudencia estas podrían generar efectos difíciles de prever. Al respecto se observan determinados puntos en común con algunas constituciones latinoamericanas más recientes, a los que nos referiremos brevemente más adelante. Por lo tanto, las explicaciones a continuación harán referencia, sobre todo, a la nueva Carta de los Derechos Fundamentales y su integración al sistema existente.

## 2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *solemnemente proclamada* durante la Cumbre de Niza —y por lo tanto sin valor legal—,[1] debía adquirir su carácter jurídicamente vinculante como Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.[2] Esto fracasó conjuntamente con el tratado constitucional a partir del resultado negativo de los referendos en Francia y los Países Bajos.

El Tratado de Reforma de Lisboa pretende establecer el carácter jurídicamente vinculante, pero no a través de la incorporación a uno de los dos tratados,[3] sino a través del artículo 6 del Tratado de la Unión, cuyo texto íntegro reza como sigue:

> 1. La Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales del 7 de diciembre de 2000 en la versión modificada el 12 de diciembre en Lisboa, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.
>
> Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.
>
> Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.
>
> 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.
>
> 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

---

[1] *Diario Oficial* 2000, C 364, p. 1.

[2] *Diario Oficial* 2004, C 310, p. 1.

[3] Tratado sobre la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, doc. SN 4579/07.

Más adelante se tendrá que discutir, si el término *reconoce* indica una garantía deliberadamente menor. En cambio, los Estados partes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 *garantizan* los derechos y libertados enunciados en el Convenio.

En todo caso, Polonia y el Reino Unido no percibieron tanto el *valor añadido* como los problemas (aunque por razones diferentes), por lo que se agregó un protocolo "sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en Polonia y el Reino Unido", el cual, luego de unas consideraciones iniciales[4] bastante rebuscadas, establece lo siguiente:

> Artículo 1
>
> 1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias, o las disposiciones prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.
>
> 2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.
>
> Artículo 2
>
> Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, solo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o las prácticas de Polonia o el Reino Unido.

De modo que en estos dos Estados miembros la Carta no tendrá valor "para la implementación del derecho de la Unión" en el sentido en que lo estipula el artículo 51, apartado 1, de la Carta. ¿A qué se debe esta insistencia en el protocolo? Por lo menos en el caso del Reino Unido, esto puede estar relacionado con algunos *defectos congénitos* de los cuales la Carta ha sufrido desde el principio.

## 3. Los *defectos congénitos* de la Carta de los Derechos Fundamentales

Sin duda, uno de los *defectos congénitos* ha sido el hecho de que, desde el momento de la elaboración de la Carta, se sabía que esta no sería vinculante.

---

[4] Doc. SN 4579/07, pp. 170-171, en K. H. Fischer: *Der Vertrag von Lissabon* ['El Tratado de Lisboa'] (2008), pp. 476-477. Polonia emitió además dos declaraciones, la primera de las cuales se refiere a la Carta y subraya que los Estados partes preservarían el derecho de legislar en materia de seguridad pública y de derecho de familia, así como en lo referido a la protección de la dignidad humana y la integridad física y moral, en tanto la segunda se refiere al Protocolo y aclara que, teniendo en cuenta la tradición de Solidarność, Polonia respetaría plenamente los derechos sociales y laborales enunciados en la parte IV de la Carta (declaraciones 61 y 62, reproducidas en Fischer: o. cit., p. 522).

Esa situación, amén de traer a la memoria el año 1948, cuando una Declaración Universal de los Derechos Humanos[5] sin compromiso fue vista como un hecho audaz y revolucionario —que en realidad ya había sido desmentido por la historia—, abría el camino hacia la integración de unas cuantas promesas bienintencionadas[6] que nunca se convertirían en derechos exigibles y cuya implementación excedía en varios casos las competencias de la Unión.[7] Estos *desiderata* fueron calificados por algunos autores como "respuestas de los derechos fundamentales a los desafíos modernos",[8] en tanto otros, con menos respeto, los tildaron de "promesas vacías", "piezas de adorno para la vidriera" o "pomp and circumstances".[9]

Fomentó esta orgía de buenas intenciones el hecho de que la Carta no fue elaborada por una conferencia intergubernamental con conciencia de lo factible, sino por una *Convención,* es decir, con la participación adicional de la población en general, por más que su presidente (el ex presidente de Alemania, Herzog) haya eliminado finalmente una serie de disposiciones imposibles de cumplir.

Aun así, la Carta se asemejaba a una mezcolanza abigarrada de derechos, libertades y principios con garantías de intensidad muy variada, y los ciudadanos de la Unión, ante cuyos ojos todo esto se "visualizaría" y cuya "identificación con Europa" se "fortalecería", podían elegir entre "tiene el derecho", "será protegido", "se garantizará", "será respetado", "será reconocido", "se considerará", "debe ser asegurado" y "la Unión reconocerá y respetará de conformidad con el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales…". Sin embargo, los mismos ciudadanos de la Unión conocen sus derechos fundamentales *duros* hace muchos años y los pueden hacer valer —a escala nacional y, más recientemente, también internacional— en los tribunales. Por eso, aquel deseo de "visualizar" resultó bastante ridículo.

## 4. Los efectos de la Carta de los Derechos Fundamentales antes y después de Lisboa

En tanto *declaración solemne,* la Carta de los Derechos Fundamentales no podía generar un vínculo jurídico sólido, más aun cuando la Cumbre de Niza no aprobó la propuesta de integrarla al párrafo 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión, conjuntamente con las fuentes de los derechos fundamentales ahí enunciadas (en términos que tampoco tienen carácter vinculante). Esta sería, según dicen, la razón por la cual,

---

[5] Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

[6] Véase T. Stein, "Gut gemeint…", Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union ["'Bien intencionado…", Comentarios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea'], en *Festschrift für Helmut Steinberger* (2002), pp. 1425 ss.

[7] Véase al respecto N. Philippi: *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (2002) ['La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea'], pp. 31-32.

[8] Th. Oppermann: *Europarecht* ['Derecho Europeo'], 3.ª edición 2005, p. 151.

[9] Tettinger, en *FAZ* del 26.8.2000, p. 6; Hort, en *FAZ* del 8.12.2000, p. 3; Trechsel, en *NZZ* del 13-14.1.2001, p. 61.

durante un tiempo, la Carta no fue mencionada en las sentencias del Tribunal de las Comunidades Europeas (TJCE).

Mucho se ha escrito sobre si las numerosas declaraciones solemnes de los órganos europeos, por las cuales a partir de ahora la Carta actuaría como "marco de referencia de todos los actos", habían llevado a una especie de autovinculación,[10] o si, en cambio, el énfasis de la Carta en la *confirmación* de los derechos fundamentales comunitarios que el TJCE ha desarrollado hasta el momento "podría servir de puente hacia un compromiso mediato o blando".[11] En realidad, no se supone que los derechos fundamentales y las libertades públicas dependan de un "compromiso blando", pero este podría exceder los límites de unos simples principios.

Al poco tiempo de la proclamación solemne, algunos fiscales generales del TJCE y el Tribunal de Primera Instancia (TPI) comenzaron a referirse a la Carta de los Derechos Fundamentales, aunque subrayando siempre su carácter jurídicamente no vinculante. El primero fue el fiscal general Tizzano, quien se refirió al artículo 31, apartado 2, de la Carta para fundamentar su conclusión en el sentido de que se puede reclamar una licencia anual remunerada[12] a partir de la directiva relativa al tiempo de trabajo 93/104/CE. En dos sentencias que aquí se mencionan a título de ejemplo, el TPI se apoya en el "derecho a la buena administración", según el artículo 41 de la Carta, para confirmar el derecho a la tramitación cuidadosa e imparcial de una causa administrativa en un plazo prudente, tal como se desprende de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.[13]

Finalmente, el TJCE mencionó por primera vez la Carta de los Derechos Fundamentales luego de que el Parlamento Europeo se refirió a ella en su demanda de anulación de la directiva del Consejo 2003/86/CE sobre el derecho a la reunificación familiar.[14] La terminología elegida por el TJCE[15] llama la atención en varios sentidos:[16]

> En lo que a la Carta se refiere, fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza, el 7 de diciembre de 2000. Si bien no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario

---

[10] Véase por ejemplo S. Alber: "Die Selbstbindung der europäischen Organe an die Europäische Charta der Grundrechte" ['La autovinculación de los órganos europeos a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales'], en *EuGRZ* 2001, pp. 349 ss.

[11] Por ejemplo Ch. Calliess: "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit" ['La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: cuestiones de concepción, competencia y vinculación'], en *EuZW* 2001, pp. 261 ss.

[12] TJCE, Rs. C-173/99 (BECTU), col. 2001, I-4881.

[13] TPI, Rs. T-54/99 (max. mobil), col. 2002, II-313; Rs. T-242/02 (Sunrider), col. 2005, II-2793. Ya hay más de diez sentencias del TPI que incluyen referencias a la Carta.

[14] Directiva del 22.9.2003, *Diario Oficial* L 251, p. 12. Según la opinión del Parlamento, la directiva conculcaba la protección de la familia en tanto derecho fundamental, porque dejaba algunas excepciones a las reunificaciones familiares a criterio de los Estados miembros. En sus conclusiones, el TJCE no llegó a compartir este punto de vista.

[15] TJCE, Rs. C-540/03 (Parlament gegen Rat) ['(Parlamento contra Consejo)'], sentencia del 27.6.2006, col. 2006, I-5769.

[16] Apartado 38 de la sentencia.

> quiso reconocer su importancia, al explicar en el segundo considerando de la directiva que aquella respeta no solo los principios reconocidos en el artículo 8 del CEDH, sino también aquellos reconocidos por la Carta. Por lo demás, como consta en el Preámbulo, la Carta tiene como objetivo prioritario "(confirmar) los derechos que resultan de las tradiciones constitucionales comunes y las obligaciones internacionales compartidas de los Estados miembros, del Tratado sobre la Unión Europea y los Tratados Comunitarios, del (CEDH), de las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia … y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

En primer lugar, el TJCE parece justificar la mención de la Carta por el hecho de que el legislador comunitario se sirvió de ella en el segundo considerando de la fundamentación de la directiva cuestionada. Por otra parte, interpreta la Carta "prioritariamente" como confirmación de los derechos fundamentales que fueron desarrollados en el marco del derecho comunitario; volveremos sobre este aspecto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal Constitucional Federal alemán se han referido también a la Carta de los Derechos Fundamentales, en primer lugar quizás para confirmar de alguna manera su jurisprudencia, según la cual en el ámbito de la Unión Europea ya existiría un sistema de protección de derechos humanos tan fuerte que su intervención no sería necesaria,[17] pero ha agregado una referencia al artículo 9 de la Carta para fundamentar por qué el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite el matrimonio ya no solo a hombres y mujeres, sino también a transexuales.[18]

Una revisión de todos los argumentos apunta a que la Carta de los Derechos Fundamentales podría adquirir paulatinamente el estatus de una "fuente de conocimiento en materia de derechos humanos" en el sentido del artículo 6, apartado 2, tal como figura hoy en el Tratado de la Unión, si fracasara la ratificación del Tratado de Lisboa por todas las partes.

La posible entrada en vigencia del Tratado de Lisboa implicaría que "la Carta de los Derechos Fundamentales y los tratados tuvieran el mismo valor legal", por lo que la Carta se convertiría en "derecho primario", de referencia obligatoria también para el TJCE, el cual tendría que reconocer su carácter vinculante. Esto sería un avance, ya que pondría fin a una situación que constituye una anomalía jurídica. Me refiero al hecho de que en realidad el TJCE, en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere, no está sujeto a ninguna norma vinculante, sino que *encuentra* (para no decir *inventa*) la "disposición del derecho fundamental comunitario" que corresponda para luego aplicarla al caso concreto, aunque formalmente haga referencia a las fuentes incluidas en el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión.

---

[17] Véase C. Grabenwarter: "Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union" ['La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea'], *DVBl.* 2001, pp. 1 y ss (11).

[18] TEDH, sentencia del 11.7.2002 (Goodwin), RJD 2002.

Por cierto, el derecho de *creación judicial* existe en todos los órdenes jurídicos; sin embargo, en un orden en el que los tribunales están generalmente sometidos al derecho, aquel está limitado a los casos excepcionales, respecto de los cuales el legislador dejó un vacío legal involuntario. Forma parte de esta situación anormal el hecho de que el legislador comunitario no podría intervenir mediante la modificación de una norma jurídico-constitucional si considerase inaceptable o ya no aceptable la interpretación o aplicación que el TJCE hiciera de un derecho fundamental. Dado que el TJCE no está sujeto a norma alguna que pueda ser modificada por el legislador, esta opción, a la cual cualquier legislador nacional podría recurrir —aunque requeriría mayorías especiales para modificar la Constitución—, está vedada.

Todo esto sería aceptable si el TJCE tuviera una historia impresionante de protección efectiva de los derechos fundamentales en su haber, pero no es así, por lo menos en lo que a la protección de los derechos fundamentales contra actos jurídicos de la Comunidad se refiere.[19] Esto se debe a que el TJCE se autodefinió durante mucho tiempo como *motor de la integración,* por lo que concedía un amplio margen discrecional a los órganos comunitarios y, ante la duda, daba preferencia a los legítimos intereses de la Comunidad frente a los intereses individuales, considerando adecuada esta definición de los derechos fundamentales.[20] Pero fundamentalmente se debía y se sigue debiendo a que el TJCE —quizás bajo la influencia de un pasaje ambiguo de la sentencia *Solange II* del Tribunal Constitucional Federal alemán[21]— practica un examen muy abreviado de la proporcionalidad. En efecto, parte del principio de que una medida debe ser adecuada para lograr un legítimo interés comunitario, y a continuación se limita a examinar si se respeta la esencia del derecho fundamental en duda; no estudia la necesidad de la medida ni su proporcionalidad en sentido estricto.[22]

Desde esta perspectiva sería netamente positivo que el Tratado de Lisboa otorgara efectivamente un carácter jurídicamente vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales, pero subsisten varios temas y problemas sin responder; por ejemplo, si el TJCE estaría efectivamente sujeto a la Carta y nada más que la Carta.

---

[19] Véase U. Everling: "Will Europe slip on Bananas?", *CMLR* 1996, pp. 401 ss. El TJCE ha adoptado una posición más decidida con respecto a las limitaciones de las libertades fundamentales que resulten de medidas de los Estados miembros; véase al respecto T. Schilling: "Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts" ['Estado y doctrinas generales de los principios jurídicos generales del Derecho comunitario'], en *EuGRZ* 2000, p. 43.

[20] Véase K. Ritgen: "Grundrechtsschutz in der Europäischen Union" ['La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea'], en *ZRP* 2000, pp. 371 ss.

[21] En la sentencia "Solange II" (BVerfGE 73, 339) el Tribunal Constitucional Federal había suspendido su competencia de examen, mientras el TJCE garantizaba una "protección que, en términos generales, pueda ser considerada igual a la Ley Fundamental y que *respete, sobre todo, la esencia de los derechos fundamentales*".

[22] Véase al respecto T. Stein: "Bananen-Split?" ['¿Banana Split?'], en *EuZW* 1998, pp. 261 ss. U. Kischel: "Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof" ['El control de la proporcionalidad por el Tribunal Europeo de Justicia'], en *EuR* 2000, pp. 380 y ss., intenta mostrar que, según el Tribunal Constitucional Federal, la mayor autonomía reguladora del legislador comprende también los asuntos económico-administrativos, pero coincide con las dudas relativas al examen del TJCE.

## 5. Los asuntos sin resolver

Dice el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión en la versión de Lisboa: "[…] la Carta de los Derechos Fundamentales […] tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados". Esto significa, en primer lugar, que la Carta no podrá servir de base para examinar los Tratados. Tenía sentido mientras la Carta de los Derechos Fundamentales —parte II del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa— integraba un texto constitucional único y reflejaba asimismo las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en las cuales la discusión sobre el "derecho constitucional anticonstitucional" es básicamente teórica. Y si bien tendrá sentido con relación al nuevo Tratado sobre la Unión Europea, ¿valdrá también para el segundo Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea y sus disposiciones muy detalladas, más parecidas a una ley común que a una constitución, que podrían limitar los derechos fundamentales y cuyo contenido en su conjunto[23] podrá cambiar, si fuera necesario con la ayuda del "procedimiento de enmienda simplificada"?

"La Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales." "Reconoce", suena muy modesto en comparación con expresiones al estilo de "asegura" o "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable".[24] Esto resulta, sin duda, de que la Carta combina auténticos derechos con carácter vinculante y principios no exigibles, a los que Herdegen se ha referido, con justicia, como "poesía constitucional".[25] En cuanto al artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión, habría sido aconsejable introducir esta diferencia: se *garantizan* los auténticos derechos fundamentales y se *reconocen* los principios. Pero, en realidad, los asuntos sin resolver son los siguientes:

### 5.1. ¿Qué rige?: ¿la Carta o los "principios generales"?

El artículo 6 del Tratado de la Unión en la versión de Lisboa no comprende solamente el apartado 1 (Carta), sino también el apartado 3, el cual reitera, por su contenido, el anterior artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión (Niza) y suma, sin establecer una jerarquía, la Carta a los derechos fundamentales ya establecidos por los principios generales del CEDH y por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Al respecto, Weiß[26] habla de la "protección de los derechos fundamentales de varios niveles en la UE", y, si bien duda del sentido de dar continuidad a los principios jurídicos generales transformándolos en fuentes del derecho, lo celebra posteriormente como "reminiscencia y homenaje al surgimiento de la protección europea de los derechos

[23] Véase el artículo 48, apartado 6 del Tratado de la Unión (Parte III, es decir, todas las disposiciones referidas al área de los procedimientos internos de la Unión).

[24] Artículo 1, apartado 3 de la Ley Fundamental alemana.

[25] M. Herdegen: *Europarecht* ['Derecho europeo'], 8.ª ed., p. 164.

[26] W. Weiß: "Grundrechtsquellen im Verfassungsvertrag" ['Las fuentes de los derechos fundamentales en el Tratado constitucional'], en *ZEuS* 2005, p. 323 (346).

fundamentales mediante el derecho de creación judicial" y reproducción de los distintos niveles de la evolución y legitimación del proceso de unificación europea.

Pero el problema fundamental es este: ¿Qué rige para el TJCE? ¿A qué está sujeto efectivamente? El apartado 1 de la primera declaración relativa a las disposiciones de los Tratados de Lisboa (Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales) dice al respecto:[27]

> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, *confirma* los derechos fundamentales garantizados por [el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de] las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

¿Cuál es entonces la *madre de todos los derechos fundamentales*?: ¿la Carta o la jurisprudencia del TJCE, la cual, en última instancia, no está sujeta a norma alguna? El artículo 6, apartado 1, inciso 3, del Tratado de la Unión (Lisboa) establece que los derechos fundamentales de la Carta deben ser interpretados "teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta". Pero veamos, por ejemplo, la explicación correspondiente al artículo 16 de la Carta ("Libertad de empresa"):[28] "Este artículo tiene como base la jurisprudencia del Tribunal" (se agregan ejemplos). La verdad, sería casi imposible otorgarle aun más libertad al TJCE, y no resulta fácil aceptar la afirmación de Weiß[29] según la cual carecería de fundamento el temor de que el TJCE pudiera sentirse tentado a limitar la vigencia de los derechos de la Carta mediante el recurso, así legitimado, a los principios jurídicos generales.

## 5.2. ¿Qué rige para los Estados miembros?

Según el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, ella está dirigida no solo a los órganos e instituciones de la Unión, sino también a los Estados miembros, "únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión". Se han convertido en jurisprudencia sentada las decisiones del TJCE por las cuales los derechos fundamentales que él defina como principios jurídicos generales deben ser observados si los Estados miembros "actúan dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario".[30] Esta expresión suena mucho más completa que "en la implementación", y el TJCE ya la ha extendido a un caso, en el cual antes había negado la aplicación del derecho

[27] Reproducido en Fischer: o. cit. (nota 4), p. 497.

[28] "Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales" (una garantía legal débil).

[29] Herdegen: o. cit. (nota 25).

[30] Véase por ejemplo TJCE, Rs. 5/88 (Wachauf), col. 1989, p. 2609; Rs. C-260/89 (ERT), col. 1991, I-2925, y más reciente, Rs. C-112/00 (Schmidberger), col. 2003, I-5659.

comunitario,[31] formulando unos "derechos comunitarios fundamentales" que no fueron universalmente aceptados.[32]

Dado que aparentemente la Carta y los principios jurídicos generales tienen el mismo valor (hasta podrían prevalecer los principios), Cremer auguraba incluso un "conflicto constitucional preprogramado" (en torno a la "Constitución")[33] porque, a la luz de la terminología mucho más restrictiva del artículo 51, apartado 1, de la Carta, los tribunales constitucionales nacionales podrían interpretar la jurisprudencia del TJCE como "actos ultra vires" que podrían dejar de reconocer.[34]

Más allá de la eventualidad de un conflicto de estas características, queda planteada la pregunta: ¿en qué instancias los Estados miembros implementan el derecho de la Unión? Parece evidente que lo hacen en la aplicación de reglamentos de vigencia inmediata y en la ejecución de decisiones o la fundamentación de directivas que se aplican "directamente" en una situación excepcional. Pero ¿qué sucede en los casos de incorporación al derecho nacional que podrían partir de una directiva que tal vez dejaba un margen creativo en cuanto a los contenidos o que daba pie a que se modificaran solamente algunas partes de una ley de larga vigencia? ¿La administración tendrá que verificar caso por caso si la disposición legal aplicable es "antigua" (derechos fundamentales nacionales) o si se trata de la "incorporación de una directiva" (Carta)?

Ante la duda, los organismos y tribunales nacionales se posicionarán frente a los instrumentos internacionales de los derechos humanos como lo han hecho siempre. Defenderán la opinión de que la constitución nacional proporciona niveles superiores de protección de los derechos fundamentales, ya que la jurisprudencia nacional habría contribuido a su mayor fundamentación doctrinaria y perfeccionamiento,[35] por lo que aplicarán lo conocido haciendo referencia al último inciso del artículo 53 de la Carta. Se podría haber evitado la creación de este "ámbito de uso mixto".[36]

---

[31] Rs. C-71/02 (Karner), col. 2004, I-3024.

[32] Rs. C-144/04 (Mangold), col. 2005, I-9981.

[33] El caso *Mangold* fue sometido también al Tribunal Constitucional Federal alemán, lo que, según expresó su presidente en una entrevista, podría desencadenar un conflicto de principios (*Frankfurter Allgemeine Zeitung,* 24.7.2007, p. 5).

[34] W. Cremer: "Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union" ['El conflicto constitucional preprogramado: sobre la vinculación de los Estados miembros a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea'], en *NJW* 2003, pp. 1452 ss.

[35] Véase P. C. Müller-Graff: "Europäische Verfassung und Grundrechtscharta" ['Constitución Europea y Carta de los Derechos Fundamentales'], en *Integration* 2000, pp. 34 y ss (42).

[36] En opinión de Oppermann (o. cit. [nota 8]), la Carta agrega una variante adicional al "complejo entramado de los derechos fundamentales" de la CE/UE. Al respecto, J. Dutheil de la Rochère opina: "not contradictory, but excessively cumulative, and therefore unable to promote a clear idea of the ambition of the Union for the individual" ("The EU and the Individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty", en *CMLRev*. 2004, 345 [350]).

## 5.3. ¿Qué valor jurídico tienen los "principios"?

Cabe observar en primer lugar que la Carta de los Derechos Fundamentales no diferencia con claridad entre derechos, libertades y principios. Todos los capítulos, a excepción del I (Dignidad humana) y el VI (Justicia), mezclan los tres componentes, a veces incluso en el mismo artículo.[37] En los capítulos III (Igualdad) y IV (Solidaridad) se encuentra un número importante de simples principios. Según Herdegen,[38] esto se debe a que "algunas fuerzas políticas se sienten atraídas por el calor reconfortante de las garantías sociales"; opina además que la Carta de los Derechos Fundamentales, "debido a la acogedora falta de obligaciones con relación a las promesas sociales", satisface esos deseos "casi en dosis homeopáticas".

¿Realmente no se asume compromiso alguno? Por cierto, ningún niño podrá exigir que su opinión sea tenida en cuenta de una forma que corresponda a su edad y madurez (artículo 24 de la Carta) y ningún jubilado podrá recurrir a un tribunal para reclamar entradas bonificadas de teatro.[39] Pero el artículo 51, apartado 1, de la Carta obliga a los órganos e instituciones de la Unión y de los Estados miembros a "observar los principios y promover su aplicación". Y si Fischer[40] tuviera razón, todos, a excepción del TJCE, tendrían que ajustar su interpretación de los "principios" a las explicaciones adjuntas a la Carta, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, inciso 3, del Tratado de la Unión (Lisboa), aunque las explicaciones no sean de gran ayuda, ya que respecto a tales principios estas a menudo se limitan a expresar que la disposición en cuestión "descansa sobre" o "se apoya en" determinados artículos de la Carta Social Europea o de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, cuando en realidad ninguna de ellas tiene carácter jurídicamente vinculante.

No en vano numerosas constituciones nacionales —exceptuando, quizás, los países del ámbito del derecho latino—[41] rehúsan la incorporación de "determinaciones de los fines de Estado", ya que estas se convierten en cera cuando los tribunales se sirven de ellas para interpretar a su manera los derechos fundamentales *duros,* así como otros derechos establecidos por la legislación común. En reiteradas ocasiones el TJCE se ha referido a la Carta Social Europea para interpretar el Derecho comunitario.[42]

No parece tan difícil imaginarse por qué Gran Bretaña no quiso exponerse a este "ámbito de uso mixto" después de que la Human Right Act de 1998 (entrada en vigencia el 1 de octubre del 2000) convirtiera el Convenio de Derechos Humanos del

---

[37] Véase el artículo 13: "Las artes y la investigación científica *son libres*. *Se respeta* la libertad de cátedra". Según el artículo 5, apartado 3, de la Ley Fundamental alemana son *libres* la investigación y la enseñanza científica.

[38] Herdegen: o. cit. (nota 25).

[39] Artículo 25 de la Carta: "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural".

[40] Fischer: o. cit. (nota 4), p. 116.

[41] Según Herdegen: o. cit. (nota 25).

[42] W. Mickel y J. Bergmann: *Handlexikon der Europäischen Union* ['Diccionario de la Unión Europea'], 3.ª ed. 2005, p. 259.

Consejo Europeo en el primer catálogo escrito de derechos fundamentales del Reino Unido.

En lo referido a los mencionados puntos que tiene en común con algunas constituciones latinoamericanas y sus promesas de derechos fundamentales en realidad imposibles de cumplir (algunos hablan de poesía de los derechos fundamentales), parece indicado revisar las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador, aunque el fenómeno trasciende estos dos textos. Así, el artículo 7 de la Constitución de Bolivia establece que la soberanía del pueblo se ejerce "de forma directa"; ni siquiera los cantones más diminutos de Suiza pudieron mantener este principio. Luego se establecen como verdaderos derechos, no como objetivos del Estado, el derecho a la paz (artículo 10); el derecho al trabajo (artículo 46) —este derecho solo se podría cumplir si el Estado se encargara de crear puestos de trabajo y los ocupara con dos o tres personas a la vez, problema que está en la base del fracaso de las economías socialistas—, y el derecho a un medio ambiente saludable (artículo 33). Y no será posible implementar los derechos de los niños y adolescentes (artículos 58 ss.) —ni con fuertes intervenciones del Estado— ni tampoco los derechos de los adultos mayores, a los cuales se les concede, "además de los derechos reconocidos en esta Constitución", el "derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana" (artículo 67). Después de esto, ya no sorprende el derecho al deporte (artículo 105).

La nueva Constitución de Ecuador ofrece un panorama similar, dado que entre sus primeros artículos incluye, más allá de los derechos expresamente garantizados, también los derechos (no especificados) "derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento" (artículo 11, numeral 7). De esta forma se suprimen todos los límites a la actuación judicial. Cabe además la pregunta de si esos derechos complementarios serán realmente necesarios, ya que el Estado debe garantizarlo todo, desde el derecho al agua (artículo 12) hasta el derecho a la alimentación (artículo 13), a un medio ambiente saludable (artículo 14), al desarrollo de las capacidades creativas (artículo 22), al deporte (artículo 24), a una vivienda digna (artículo 30), por supuesto al trabajo (artículo 33 ) y a productos de óptima calidad (artículo 52). Al poder contar con tantos derechos y garantías, uno quisiera ser niño o anciano en Ecuador (véanse los artículos 37 ss. y 44 ss.). Un aspecto difícil de superar de esta Constitución es el derecho constitucional de la naturaleza ("Pacha Mama") respecto de su existencia, mantenimiento y regeneración (artículo 71 y ss.), por lo que se otorga a todos (personas físicas, municipios, pueblos y nacionalidades) el derecho de representarla por legitimación indirecta, ya que no se podrá valer por sí misma.

Posiblemente las cosas no se tomen tan en serio en América Latina, a pesar de su carácter constitucional, sino que simplemente se lean muy bien. Pero los ciudadanos y ciudadanas de Bolivia deberían leer la Constitución, porque el artículo 109 los obliga a conocer los 411 artículos y todos los derechos establecidos en el documento.

En cambio, en Europa estamos acostumbrados a que las garantías constitucionales no pasen más allá de lo que el Estado efectivamente pueda asegurar. Por lo tanto, resulta

bastante incomprensible por qué la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se inspiró en más de un aspecto en las constituciones latinoamericanas.

## 6. Una oportunidad desaprovechada

El fracaso del "tratado constitucional" y el siguiente "período de reflexión" (básicamente mal aprovechado) podrían haber ofrecido una oportunidad para que la Carta de los Derechos Fundamentales fuera sometida a una revisión crítica, a fin de liberarla de las promesas imposibles de cumplir. Se podría haber discutido si no bastaría establecer un catálogo de derechos fundamentales con carácter vinculante para los órganos e instituciones de la Comunidad o Unión, que comprenda solamente los derechos exigibles, derechos orientados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y, quizás, algunos derechos económicos adicionales, ya que estos tienen escasa representación en el Convenio existente.

En cambio, se podría haber renunciado a la prohibición de la tortura y la pena de muerte, ya que resulta altamente improbable que alguien sea torturado o ejecutado por la Unión. Se podría haber desistido de la vigencia paralela de los "principios jurídicos generales transformados en derechos fundamentales", ya que crea confusión y despierta dudas acerca del nivel en que el TJCE está realmente sujeto a normas relativas a los derechos fundamentales. Finalmente, no se le debería haber otorgado a la Carta un carácter vinculante para los Estados miembros que "actúan dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario". Todos los Estados tienen catálogos nacionales de derechos fundamentales y todos están sujetos al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas del año 1966;[43] realmente, no necesitan un cuarto catálogo (la Carta) y un quinto (los principios jurídicos generales del Derecho de la Unión).

Por cierto, como consecuencia del Protocolo de Desvinculación,[44] no regiría ningún derecho fundamental de la UE en Polonia y el Reino Unido, pero seguiría vigente el Convenio del Consejo de Europa que hasta el presente ha ejercido una influencia decisiva en la jurisprudencia del TJCE.[45]

Si existiera una versión reducida de la Carta de los Derechos Fundamentales, cuyo ámbito de vigencia no excediera los órganos e instituciones de la Unión, y suponiendo que la Unión se adhiriera al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a través del artículo 6, apartado 2 del Tratado de la Unión (Lisboa), ella y los Estados miembros se encontrarían en la misma situación: la protección de los derechos fundamentales se garantizaría, en primer lugar, a partir de un catálogo propio, y si se produjera un "accidente de trabajo" el

[43] Si bien este pacto no incluye un sistema fuerte de control judicial, puede ser aplicado directamente en la mayoría de los Estados partes.

[44] Véase la nota 4.

[45] Para un análisis de las jurisprudencias divergentes del TJCE y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, véase Philippi: o. cit. (nota 7), pp. 65 ss.; véase también K. Brummer: "Konkurrenz um Menschenrechte in Europa: die EU und der Europarat" ['La competencia por los derechos humanos en Europa: la UE y el Consejo de Europa'], en *Integration* 1(08), pp. 65 ss.

Tribunal de Estrasburgo lo reprobaría. Desde la perspectiva de los ciudadanos, se trataría de un procedimiento transparente y "visible".[46] Y solo sobre este supuesto se podría concordar con Pache y Rösler en el sentido de que "difícilmente la futura existencia paralela de tres categorías diferentes de derechos humanos en la UE […] lleve a la triplicación cuantitativa y cualitativa de la protección de los derechos fundamentales, ya que por sus contenidos los diferentes tipos de derechos fundamentales coinciden ampliamente".[47]

Por desgracia, fue otra la divisa después del fracaso del Tratado Constitucional: cambiar poco o nada y sacrificar, cuando mucho, algunos símbolos demasiado parecidos a representaciones nacionales. En la misma línea de razonamiento, a nadie se le ocurrió, por supuesto, transformar la Carta de los Derechos Fundamentales, que en principio debe ser aplaudida, en un instrumento conveniente y práctico, cuya aplicación pudiera promover la protección unificada de los derechos fundamentales en lugar de contribuir a confusiones.

Hasta cierto punto se entiende por qué los ingleses se resistieron a exponer sus tribunales a esta incertidumbre.

---

[46] Acerca de la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Derechos Humanos de Estrasburgo, véase también el Protocolo adjunto al artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión (en Fischer: o. cit. [nota 4], p. 473).

[47] Pache y Rösch: "Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU" ['Protección de los derechos fundamentales en Europa después de Lisboa: el papel del CEDH'], en *EuZW* 2008, pp. 519 ss.

## V. Derecho de la integración

- Víctor Bazán (Argentina)
  *La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos*

- Waldemar Hummer (Austria)
  *La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea*

- Alejandro Maldonado Aguirre (Guatemala)
  *El Acta Fundacional de la Nación Centroamericana*

- César Montaño Galarza (Ecuador)
  *Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por Ecuador y el derecho comunitario andino*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 639-687, ISSN 1574-4974

**Víctor Bazán (Argentina)***

# La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos

## RESUMEN

**En esta contribución el autor afronta la sensible cuestión de si existe incompatibilidad entre el establecimiento de bloques supranacionales, que supone un movimiento de centralización, y el federalismo intraestatal, que por esencia contiene (o debería contener) una fuerte nota de descentralización política.**

**Analiza además un conjunto de aspectos relevantes y conflictivos de la interacción de ambos procesos, entre ellos, los desafíos que la praxis comunitaria genera en Estados con estructura territorial y política compleja; el impacto que la integración supranacional puede provocar en las entidades subestatales; y el modo en que estas podrían participar en los procesos comunitarios, en las fases ascendente y/o descendente.**

**Palabras clave: derecho comunitario, integración regional, descentralización política, jurisdicción constitucional, Mercosur, Unión Europea, América Latina, Argentina.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Im vorliegenden Beitrag geht der Autor der umstrittenen Frage nach, ob die Schaffung von supranationalen Blöcken und die damit einher gehende Zentralisierung mit dem innerstaatlichen Föderalismus, für den an sich eine starke politische Dezentralisierung kennzeichnend ist (oder sein sollte), zu vereinbaren ist.**

**Weiterhin werden mehrere relevante und konfliktive Aspekte der Interaktion zwischen beiden Prozessen betrachtet, wie etwa die Anforderungen, die sich aus der Praxis der Gemeinschaft für Staaten mit komplexen territorialen und politischen Strukturen ergeben, die möglichen Auswirkungen der zwischenstaatlichen**

* 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. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Sección Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Magistrado de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan. ‹vicba2002ar@yahoo.com.ar›

**Integration auf der nationalen Ebene untergeordnete Einheiten und die Möglichkeiten dieser Einheiten, an den auf- und absteigenden Gemeinschaftsprozessen mitzuwirken.**

**Schlagwörter: Gemeinschaftsrecht, regionale Integration, politische Dezentralisierung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Mercosur, Europäische Union, Lateinamerika, Argentinien.**

**ABSTRACT**

**In this contribution, the author deals with the sensitive question whether there is incompatibility in the establishment of supranational blocs – which involves a centralization process – and intrastate federalism – which is or should be highly characterized by its political decentralization.**

**It also contains a discussion of some relevant and conflicting aspects of the interaction of both processes, including the challenges that community praxis poses for States with complex territorial and political structures; supra-national integration eventual impact on sub-state entities; and how these entities could take part in the ascending and descending phases of community processes.**

**Key words: community law, European law, regional integration, political descentralization, constitutional jurisdiction, Mercosur, European Union, Latin America, Argentina.**

## 1. Introducción y recorrido propuesto

Es obvio que nada se descubre al recordar que la irrupción de nuevos espacios integrados plantea, correlativamente, renovados desafíos, fundamentalmente en los esquemas estaduales de estructura territorial compleja.

De su lado, cabe advertir que el federalismo es un proceso dinámico y con numerosas fórmulas posibles de configuración. Tanto, que es ya clásica la afirmación de Friedrich en cuanto a que existen *tantos federalismos como Estados federales con sus múltiples variantes*.[1]

Se impone aquí un interrogante inicial: ¿Existe incompatibilidad entre el establecimiento de *bloques supranacionales*, que supone un movimiento de centralización, y el *federalismo intraestatal*, que por esencia contiene una fuerte nota de descentralización política?

La respuesta es, a nuestro criterio, negativa. No cabría predicar a priori semejante contradicción. Antes bien, lo deseable sería generar una saludable relación de complementación entre *integración* (estructura comunitaria) y *autonomía* (federalismo u otros procesos de desconcentración política) a partir de claras normas contenidas en la Ley Fundamental de que se trate, que permitan al Estado nacional involucrarse en procesos integrativos preservando la pluralidad y las pautas de descentralización ad intra.

[1] Carl Friedrich: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 207.

Presentado así en breves pinceladas el problema central que aquí nos preocupa, daremos continuidad al trabajo enfocando sumariamente algunos aspectos contextuales complementarios para ahondar en la problemática a la que se refiere el interrogante en torno a la compatibilidad o incompatibilidad entre la integración supranacional y el modelo estadual federal (o con acentuados rasgos centrífugos) y la respuesta que arriesgábamos precedentemente.

Enseguida, formularemos un breve repaso iuscomparativo para verificar si los países que originariamente suscribieron el Tratado de Asunción[2] (constitutivo del Mercosur) se encuentran preparados, desde el plano de sus respectivas constituciones y de la jurisprudencia de sus correspondientes órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, para avanzar hacia etapas más intensas y comprometidas en el proceso de integración, que supongan la efectiva transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etcétera) de funciones hacia instituciones supranacionales para generar un escenario del que se desprenda derecho comunitario con sus características de autonomía, efecto directo y aplicación preferente en los Estados miembros. Además, y aunque no se trate de un socio primigenio, la situación que frente al Mercosur ha asumido Venezuela nos lleva también a realizar —en mirada prospectiva— una alusión a la previsión constitucional de tal país en el punto examinado.

Luego focalizaremos determinadas cuestiones delicadas que surgen de la interrelación de la integración supranacional y el federalismo y la importancia de buscar alternativas de participación en aquella por parte de los entes subestatales. Por cierto, no estarán ausentes algunas respuestas surgidas de la praxis europea, tomada como matriz referencial y potencial fuente de la que abrevar para extraer enseñanzas, pues este modelo comunitario (con más de cinco décadas de desarrollo), aunque con marcadas diferencias respecto del sistema del Mercosur, puede proporcionar cierta materia prima para capitalizar y extrapolar a este esquema integrativo (o al menos tener en cuenta como posibilidades de lege ferenda), aplicándose a Brasil, Argentina y Venezuela,[3] países que —con sus respectivas particularidades— han adoptado modalidades de estructuración estadual federal.

A continuación, pasaremos revista a algunas de las instancias que en el marco europeo existen para la protección de los intereses de las entidades infraestatales frente al proceso comunitario, esfera en la que principal pero no exclusivamente enfocaremos al Comité de las Regiones. De inmediato examinaremos ciertas perspectivas de vinculación y participación que se abren en la órbita del Mercosur para estados, provincias, regiones, municipios y ciudades, de acuerdo con la nomenclatura que en la Ley Fundamental de cada enclave federal se escoja.

---

[2] El Tratado de Asunción fue suscrito el 26 de marzo de 1991 por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

[3] La versión del federalismo venezolano de la Constitución de 1999 (uno de cuyos puntos oscuros fue viabilizar la desaparición del Senado) quedaba más debilitada aún en el frustrado texto de la nueva Constitución que propiciaba el presidente Hugo Chávez, aprobado el 2 de noviembre del 2007 por la Asamblea Nacional y que, en definitiva, fue rechazado por el pueblo en el referendo de 2 de diciembre del mismo año.

A su tiempo, el epílogo vendrá de la mano de las apreciaciones recapitulativas que se añadirán a las consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

## 2. Breves anotaciones contextuales complementarias

En relación con el sector temático delimitado por el interrogante que proponíamos al inicio de esta contribución y la respuesta que anticipábamos (en torno a la inexistencia de incompatibilidad de la integración supranacional y el federalismo o la descentralización intraestatales), Rolla puntualiza, mutatis mutandi:

> […] el derecho comparado muestra cómo el empuje de la descentralización no alimenta las tendencias centrífugas o particularistas en las experiencias donde el sistema constitucional es capaz de identificar y codificar los valores en torno a los cuales todos los sujetos del pluralismo se reconocen.[4]

El problema no es precisamente reciente. Por el contrario, con frecuencia cobra renovado impulso ya que aparecen cuestiones conflictivas nuevas o se reinventan aristas de otras que parecían ya solventadas y superadas.[5]

De hecho, basta con reparar que de los cuatro socios originarios del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), nada más y nada menos que los dos primeros (los más fuertes y poderosos de aquel cuarteto inicial) presentan, con sus respectivas particularidades, una conformación estadual federal, al igual que Venezuela, que pretende insertarse en dicho esquema integrativo sudamericano como miembro pleno.[6]

Otro tanto ocurre en la experiencia europea, en la que —según la acertada percepción de Rolla— cuando se realizó el acto institutivo de las comunidades económicas solo uno de los Estados fundadores tenía una estructura de base federal o regional (Alemania), mientras que en la actualidad se observa la existencia de diversos Estados regionalizados (Alemania, España, Bélgica, Italia y Austria), o bien procesos de

---

[4] Giancarlo Rolla: "La descentralización en Italia. Un difícil equilibrio entre autonomía y unidad", en Antonio M. Hernández (h.) (dir.): *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Córdoba: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba e Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2005, p. 44.

[5] La cuestión nos interesa y preocupa desde hace bastante tiempo, incluso antes de la reforma constitucional de 1994. Al respecto, véase Bazán, Víctor, "Las provincias desde la perspectiva de la integración regional", en Víctor Bazán y Alberto Sánchez (comps.): *Integración regional: Perspectivas para Latinoamérica*, San Juan: Fundación Universitaria, 1994, pp. 205-218.

[6] En 2004 Venezuela comenzó a transitar su camino en el Mercosur por medio del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur - Colombia, Ecuador y Venezuela.

Por su parte, el 4 de julio del 2006 se suscribió en Caracas el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, el que, según la información que pudimos recabar, solo Argentina y Uruguay han ratificado. El artículo 12 de dicho Protocolo lo cataloga como "instrumento adicional al Tratado de Asunción" y determina que entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación.

descentralización dentro de ordenamientos tradicionalmente unitarios (Reino Unido y Francia).[7]

Entre un cúmulo de aspectos relevantes y, por cierto, conflictivos, pueden destacarse ejemplificativamente dos: por una parte, el impacto que la integración puede provocar en las regiones, provincias, comunidades autónomas, etcetcétera, y, por otra, el modo en que estos entes podrían participar en los procesos de decisión de la estructura comunitaria, tema catalogado como "ineludible" por el autor citado en último término, quien añade que tal problemática necesita de procedimientos adecuados de *colaboración* entre los diversos niveles institucionales que componen el ordenamiento nacional.[8]

En el ámbito interno, la plataforma legitimante de tal relación de colaboración es un esquema de federalismo de concertación (o convergencia) y participativo, que permita una vinculación equilibrada entre las instancias que forman la estructura federal y viabilice una alternativa de desarrollo y crecimiento integrado ad intra y ad extra.

Paralelamente, tal paradigma equilibrado deberá trasladarse al sistema comunitario y su cuadro de distribución y ejercicio de competencias con cada uno de los Estados miembros, respetando las pautas de *atribución*, *subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad*, sobre las que volveremos.

A propósito de todo ello, en la praxis comunitaria europea —que, como anticipábamos, pese a las claras diferencias con el Mercosur es el contexto en el que se debe abrevar para extraer algunas enseñanzas que quizá resulten prospectivamente extrapolables, no sin beneficio de inventario, a nuestro modelo integrativo—, se ha reclamado la necesidad de dar coherencia a la participación regional en el proceso de integración europea, por medio de la institucionalización de un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, que permita a las regiones comunicarse con las instituciones de la Unión Europea (en adelante, también UE), y el *interno del Estado*, que suscite una colaboración entre las autoridades centrales y las autoridades regionales en relación con dicho proceso.[9]

Naturalmente la cuestión se comprende a partir del resultado de lo que se ha explicado como la reconducción del concepto clásico de *política exterior,* separando el "núcleo duro" (cuya diagramación compete al Estado), de un conjunto de acciones que giran en su derredor, de "relieve internacional" o de "promoción exterior", consecuencia del proceso de globalización o internacionalización, y cuya realización puede y debe ser llevada a cabo por las entidades subestatales bajo el principio liminar de la *lealtad constitucional,*[10] tema que también retomaremos.

---

[7] Rolla: o. cit., pp. 41-42.

[8] Ibídem, p. 42.

[9] Cf. Manuel Pérez González: "Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo", en Zlata Drnas de Clément y Ernesto J. Rey Caro (dirs.): *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Córdoba: Marcos Lerner, 2000, pp. 18-19.

[10] Cf., mutatis mutandi, Joaquín Leguina: "Intervención de apertura", en AA. VV.: *La acción exterior y comunitaria de los* Länder, *regiones, cantones y comunidades autónomas,* vol. I, Bilbao: Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994, p. 16.

## 3. Los Estados partes del Mercosur, ¿están constitucional y/o jurisprudencialmente preparados para avanzar hacia formas integrativas más intensas?

### 3.1. Planteo del problema

Buceando en la dimensión constitucional del proceso de integración mercosureño, y partiendo del supuesto de que el objetivo final de este es la creación de un mercado común (o de un estadio más avanzado) y que el momento actual depara apenas una unión aduanera sui géneris (inmersa en una serie de vicisitudes como las ostensibles asimetrías de los países componentes, una reciente crisis entre los gobiernos uruguayo y argentino por los peligros de contaminación ambiental que podría generar el funcionamiento de plantas de producción de celulosa sobre la margen del río Uruguay, algunos cíclicos recelos entre Brasil y Argentina, entre otras cosas), se impone el interrogante planteado desde el epígrafe para intentar dilucidar si los socios iniciales del esquema integrativo se encuentran normativa y/o jurisprudencialmente preparados para afrontar la implementación de una estructura supranacional[11] receptora de competencias o potestades atribuido-cedidas,[12] delegadas o transferidas (de acuerdo con la opción lingüístico-sustancial que se escoja) por aquellos. Como puede suponerse, tal paso tendría varias implicaciones, entre ellas, una fuerte repercusión sobre el entramado federal en los Estados que escogieron semejante modalidad de organización político-territorial para articularse.

De cualquier modo, y si convergiera realmente la voluntad política de avanzar hacia modalidades más intensas de relación integrativa, los países componentes del modelo deberían encarar una compatibilización constitucional que acuerde aplicación preferente a los instrumentos internacionales en general (incluidos los de integración regional) sobre el derecho interno, complementada con una "cláusula de habilitación" para tomar parte de estructuras supranacionales. Se corporiza aquí una asimetría gravitante: la *jurídica*, trasuntada en las diferencias normativo-constitucionales que se hacen perceptibles en el particular.

No es un dato precisamente insignificante que por conducto de uno de los objetivos centrales del Mercosur, fijado ya en el propio Tratado de Asunción, se instaló el compromiso entre los Estados partes de armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Tal premisa, según interpretamos, no queda exclusivamente anclada en la exigencia de coordinación de preceptos

---

[11] En torno al tema, véase Víctor Bazán, por ejemplo en "Hacia la pervivencia del Mercosur: nivelación constitucional, establecimiento de instituciones supranacionales y efectiva protección de los derechos humanos", en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.): *El derecho constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires: Ediar, 2000, pp. 275-309.

[12] Puede consultarse con provecho, y con alcance que excede el caso español, el análisis que formula López Castillo respecto de lo que denomina el tándem conceptual de atribución-cesión de competencias derivadas de la Constitución que, a su criterio, emplea el artículo 93 de la Ley Fundamental española (Antonio López Castillo: *Constitución e integración*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 67 ss.).

infraconstitucionales, sino que se traslada además al requerimiento de acondicionar las constituciones en caso de que exista real intención política de moverse hacia niveles integrativos más intensos y demandantes, como serían un mercado común o una unión económica.

## 3.2. Repaso iuscomparativo

### *3.2.1. Argentina y Paraguay*

Telegráficamente adelantamos que, en los casos de Argentina y Paraguay, las respectivas constituciones contienen disposiciones específicas para definir la valencia jerárquica de los instrumentos internacionales frente al derecho interno y, aunque con diferencias entre ambas regulaciones, se trazan las líneas que enmarcan las normas de habilitación en el sentido adelantado.

#### *3.2.1.1. Argentina*

En cuanto al rango de los documentos internacionales en la órbita normativa interna,[13] se ha dado un importante paso, pues la reforma constitucional de 1994 ha adjudicado a los instrumentos internacionales (incluidos los de integración y las normas que se dicten en su consecuencia) una *jerarquía superior a la de las leyes nacionales* —artículo 75, incisos 22, párrafo 1.º, y 24—, al tiempo de haber acordado *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el artículo 75, inciso 22, 2.º párrafo) y a aquellos a los que en el futuro se les acuerde tal valencia (párrafo 3.º de dicho inciso).[14]

Por tanto, podría decirse coloquialmente que existen instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que ostentan *jerarquía constitucional originaria* y otros que receptan *jerarquía constitucional derivada*.

Entre los primeros, es decir, los enumerados específicamente por la Ley Fundamental, se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

[13] Sobre la cuestión en el derecho comparado, entre otros trabajos de Víctor Bazán, véase "Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica", en Ricardo Velásquez Ramírez y Humberto Bobadilla Reyes (coords.): *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, Memoria de la VIIª Convención Latinoamericana de Derecho (Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre del 2007), Lima: Grijley, 2007, pp. 269-307.

[14] La atribución de *jerarquía constitucional* se hizo en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales citados en el aludido párráfo 2.º del inciso analizado, además de consignar que aquellos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la parte dogmática) y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Asimismo, en el párrafo 3.º de ese inciso se ha estatuido el procedimiento para adjudicar tal valencia, luego de su aprobación por el Congreso, a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos más allá de los que la Ley Fundamental nomina primigeniamente.

Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en la segunda modalidad procedimental, esto es, los ungidos con valencia constitucional ex post, se cuentan la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24.ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil, y a la que se le dispensó tal cotización constitucional por conducto de la ley 24820, publicada el 29 de mayo de 1997, y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la ley 25778, publicada el 3 de setiembre del 2003.

A su tiempo, por imperio del aludido artículo constitucional 75, inciso 24, párrafo 1.º, se faculta al Congreso a *aprobar tratados de integración que "deleguen" competencias*[15] *y jurisdicción a organizaciones supraestatales* en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, advirtiendo que las normas dictadas en su consecuencia *tienen jerarquía superior a las leyes*.

En consecuencia, el precepto mencionado en último término ha brindado habilitación constitucional, por ejemplo, para la creación de tribunales supranacionales receptores de la *jurisdicción delegada*, terminología que, más allá de alojar alguna imprecisión, ha sido la escogida por la Norma Básica.

Además, la disposición nombrada (en su párrafo 2.º) ha efectuado una distinción en cuanto al procedimiento y a las mayorías parlamentarias requeridas para la aprobación de dichos tratados si estos son suscritos con Estados latinoamericanos o con otros que no lo sean: en el primero de los casos, se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara; mientras que en el último, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara, y como primer paso, se declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y, como segunda fase, este será aprobado solo con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

---

[15] Es importante destacar que ya el "Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia" estimaba conveniente "establecer entre las facultades asignadas al Congreso de la Nación la de delegar ciertas competencias a entes supranacionales, conforme lo establezca la Constitución", y advertía que "si tal facultad no se estableciera en la misma Carta Magna, el tratado en virtud del cual se delegasen competencias a un ente supranacional, en principio, no gozaría de legalidad porque iría en contra de la misma Constitución ya que ningún tratado, según el artículo 27, podría contrariar los principios constitucionales". Además, planteaba la modificación del entonces artículo 94 (actual artículo 108), en orden a habilitar instancias jurisdiccionales internacionales superiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de adecuar nuestro ordenamiento jurídico positivo a los tratados internacionales y, particularmente, al Pacto de San José de Costa Rica" (*Reforma constitucional: Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, 1.ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 1986, pp. 82-83).

Asimismo, en el párrafo final del artículo 75, inciso 24, se establece que la denuncia de los tratados a que se refiere el inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene acompañando sostenidamente, al menos desde 1992 (in re *Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo y otros*[16]), el sitio preferente que los instrumentos internacionales ostentan de cara al derecho vernáculo.[17]

### *3.2.1.2. Paraguay*

Una respuesta constitucional equivalente a la argentina podría extraerse de una interpretación dinámica del artículo 145 de la Constitución paraguaya (de 1992) y de los artículos 137 y 141, ibídem; cuadro normativo del que es dable predicar, por un lado, la convergencia de una regla de habilitación y, por el otro, la primacía de los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, sobre las leyes dictadas por el Congreso.

Aquel artículo 145 prevé que la República del Paraguay admite —en condiciones de igualdad con otros Estados— un *orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. La cláusula advierte que dichas decisiones (relativas a la norma de habilitación —según nuestra lectura del tema—) solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada cámara del Congreso.

Dato especialmente relevante es, por ende, la decisión de dar vida a una norma específica sobre el "orden jurídico supranacional", separada de las disposiciones relativas a los tratados internacionales en general, de lo que se deduce la concepción autónoma que sobre aquella temática impregnó la mirada del constituyente.

Por su parte, el artículo 137, párrafo 1.º, establece un orden prelativo de disposiciones que considera integrantes del derecho positivo nacional, en el que —luego de entronizar en su cúspide a la Constitución nacional— enuncia a los tratados, convenios y acuerdos internacionales con anterioridad a las leyes dictadas por el Congreso, de donde los mencionados instrumentos internacionales —debidamente aprobados y ratificados— tendrían una jerarquía supralegal mas infraconstitucional, apuntalada por el propio artículo 141, ibídem, que preceptúa:

---

[16] *Fallos*, 315:1492 (7 de julio de 1992).

Algún pronunciamiento anterior a *Ekmekdjian c/ Sofovich* sobre la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso *Firmenich, Mario E.* (*Fallos*, 310:1476, de 28 de julio de 1987), acerca de la hermenéutica "razonable" del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (véanse los considerandos 4.º, 6.º y 7.º de la mayoría).

[17] Sobre el tema, véase Víctor Bazán: "El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el escenario argentino: convergencias y desencuentros", en *El Derecho*, Buenos Aires, 16 de noviembre del 2007, pp. 1-10.

> Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, *forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137*.[18]

Otro aspecto no desdeñable en la línea anunciada es el preámbulo, segmento constitucional que —como se sabe— ilumina axiológicamente la labor de interpretación de la Ley Fundamental, encargándose de advertir que el pueblo paraguayo sanciona y promulga la Constitución

> […] reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e *integrado a la comunidad internacional* […].[19]

Para concluir, y si bien queda en claro la cotización subconstitucional de los instrumentos internacionales, debe igualmente destacarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sala Constitucional, se ha decantado por interpretar y declarar expresamente el valor supralegal de dichos documentos internacionales; por ejemplo, en acuerdo y sentencia n.º 59/2001, de 20 de marzo, y n.º 126/2002, de 19 de marzo.

### *3.2.2. Brasil y Uruguay*

El paisaje cambia de fisonomía en los casos brasileño y uruguayo, no solo por algunas carencias normativo-constitucionales (al no contar con reglas que claramente fijen la ubicación de los instrumentos internacionales en relación con los respectivos ordenamientos jurídicos internos), sino también en función de ciertos criterios jurisprudenciales allí predominantes.

Justamente, una cuestión indiscutible radica en que el vacío normativo en torno a la interrelación de los instrumentos internacionales y el derecho interno hace que la labor jurisprudencial que al respecto tracen los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional adquiera un claro valor añadido, desde que les corresponde marcar los ejes interpretativos idóneos para desentrañar la posición asignable a los señalados instrumentos y normas consuetudinarias internacionales *vis-à-vis* el derecho doméstico.

#### *3.2.2.1. Brasil*

Aun cuando el artículo 4, parágrafo único, de la Ley Fundamental de 1988 establezca que "[l]a República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política,

[18] Remarcado añadido.
[19] Remarcado añadido.

social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones", en principio y por el momento ello supone una declaración programática. Sobre todo porque en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (y a salvo ciertas excepciones —por ejemplo, en punto al artículo 98 del Código Tributario Nacional y en materia de extradición—) el criterio que prevalece en torno a la relación entre ley federal y tratado internacional es el de *paridad jerárquica*, es decir que, en cualquier caso, este último tendrá cotización infraconstitucional y en ocasiones podrá ser inaplicado al quedar desplazado por la preferente valía de la ley interna, ya que en supuesto de conflicto resulta operativa la pauta de *sucesión normativa*, o sea que la norma posterior deroga a la anterior, o la de *especialidad*, en cuanto a que la norma especial se impone sobre la general.

En realidad, tal solución reconoce como génesis el acople de dos precedentes moldeados durante el régimen militar (aunque debe concederse que antes de ellos se mantenía la postura de que los tratados internacionales tenían una posición superior respecto a las leyes): uno, de 1971, ventilado en el recurso extraordinario n.º 71154 (rel. Min. Osvaldo Triguero), en el que —según Fontoura[20]— el razonamiento del Supremo Tribunal radicó en analizar la Constitución en forma colectiva y, por tal vía y utilizando un juicio analógico, colocó el tratado a la misma altura de la ley ordinaria, esto es, categorizando a ambos instrumentos como leyes de idéntica naturaleza; otro, de 1977, al resolver el recurso extraordinario n.º 80004 (rel. Min. Javier de Albuquerque), que concluyó que la ley ordinaria posterior al tratado podía modificar a este. Agrega Fontoura que en este último fallo se utilizó una forma elegante para aplicar un criterio dualista usando el razonamiento de la teoría monista, ya que, si bien no se negaba la existencia del tratado, se argumentaba que, por la fuente diversa, internamente prevalecería el ordenamiento jurídico nacional, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en el campo internacional.[21]

No obstante lo expuesto, es preciso advertir que se observa cierto progreso en el panorama brasileño en relación con los *instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, fundamentalmente a partir de la enmienda constitucional n.º 45 del 2004, que incluyó el § 3.º al artículo 5 de la Constitución Federal, el cual dispone:

> Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, *serán equivalentes a las enmiendas constitucionales*.[22]

---

[20] Jorge Fontoura: "Solución de controversias en el derecho comunitario. Los impasses en la construcción de un sistema", en *Solución de controversias*, publicación del Seminario "Solución de controversias y medios institucionales para la resolución de los conflictos de intereses" (Buenos Aires, 15 y 16 de noviembre de 1995), Buenos Aires: Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 1996, p. 28.

[21] Ibídem.

[22] Remarcado agregado.

Asimismo, en la actualidad está gestándose un debate que quizá plasme en una importante modificación jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal al conceder ya *oficialmente* valencia supralegal aunque infraconstitucional a los documentos sobre aquella materia, lo que se está discutiendo en tres procesos distintos que serán resueltos conjuntamente: R. E. 466343/SP (rel. Min. Cezar Peluso), H. C. 87585/TO (rel. Min. Marco Aurélio) y R. E. 349703/RS (rel. Min. Gilmar Mendes). Existen básicamente tres tesis concurrentes en el seno del Tribunal: a) Celso Mello plantea que tratados de derechos humanos son incorporados con el estatus de derecho materialmente constitucional (artículo 5, § 2.º, de la Constitución Federal); b) Gilmar Mendes entiende que poseen estatus supralegal (invocando para fundar tal posición las decisiones del Tribunal Constitucional alemán [Bundesverfassungsgericht] en el caso de *Maastricht*), y c) que cuando la Constitución Federal autoriza la prisión del depositario infiel debe ser interpretada restrictivamente.

Pese a tal avance en materia de derechos humanos (no exento de ciertas dudas interpretativas[23]), persisten algunos obstáculos, pues por ejemplo tenemos entendido que se mantiene (aunque ahora en cabeza del Supremo Tribunal de Justicia) la exigencia de homologación de sentencias extranjeras y la concesión de exequátur a las cartas rogatorias (artículo 105.I.*i* de la Constitución), sumado a que Brasil aún no ratifica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De hecho, en alguna oportunidad resolvió:

> […] los actos internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, *se sitúen en el mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales* […] [consagrándose] la tesis […] de que existe, *entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, de carácter ordinario, mera relación de paridad normativa.*[24]

[23] En efecto, para el ministro Gilmar Mendes, los tratados de derechos humanos suscritos por Brasil *después* de la enmienda constitucional n.º 45 pueden adquirir jerarquía equivalente a las enmiendas constitucionales; no obstante, en lo que se refiere a los tratados ratificados e incorporados al derecho brasileño *antes* de dicha enmienda, ellos no tienen jerarquía constitucional sino supralegal. Por su parte, el ministro Celso de Mello mantiene una posición muy semejante a la de Gilmar Mendes, con la diferencia de que considera que los tratados de derechos humanos *anteriores* a la mencionada enmienda podrían ser considerados como materialmente constitucionales y no solo con jerarquía supralegal (cf. George Rodrigo Bandeira Galindo: "La justicia constitucional y el derecho internacional: un análisis de la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal del Brasil", texto escrito de la conferencia pronunciada en el XI.º Seminario Internacional "Constitucionalismo y democracia en Iberoamérica", organizado por el Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 29 de julio a 1 de agosto del 2008).

[24] Cf. Supremo Tribunal Federal de Brasil, in re carta rogatoria n.º 8.279-4, República Argentina, sentencia de 4 de mayo de 1998 (remarcado agregado). El párrafo trascrito trasuntaba el criterio del Supremo Tribunal Federal respecto de la solicitud de exequátur de una rogatoria sustentada en el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el Consejo Mercado Común del Mercosur. Con posterioridad a tal fallo, el mencionado protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico del vecino país, por medio del decreto n.º 2.626, de 15 de junio de 1998.

En sentido análogo a la resolución impresa a la citada carta rogatoria n.º 8.279-4, y además de los dos precedentes a los que hicimos referencia en el texto (RE n.º 71.154 y RE n.º 80.004), véase ADI n.º 1.480-DE, rel. Min. Celso de Mello; RTJ 70-333; RTJ 100-1030; RT 554-434 (cf. *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 1998, pp. 4-6).

Como síntesis del estado actual de la cuestión, Bandeira Galindo afirma que la tendencia a considerar tratados internacionales con jerarquía supralegal se limita a los relativos a los derechos humanos, ya que en relación con tratados de otras materias no existe por el momento ningún indicio en punto a que la posición del Supremo Tribunal Federal pueda ser modificada. Pese a ello, postula que tal transformación sería muy conveniente, pues en primer lugar es muy difícil identificar lo que es en realidad un tratado de derechos humanos, ya que diversos tratados internacionales tocan aspectos de derechos humanos y no reciben ese rótulo, y, en segundo lugar, el desarrollo ocurrido en el plano de la protección internacional de los derechos humanos precisa extenderse a otras ramas del derecho internacional, porque de nada servirá que solamente las normas internacionales sobre derechos humanos sean desarrolladas y otras normas internacionales no lo sean; por ejemplo, las del derecho internacional económico o las de la cooperación internacional en materia penal.[25]

### *3.2.2.2. Uruguay*

El contexto constitucional uruguayo también se caracteriza por la ausencia de normas sobre el emplazamiento jerárquico de los instrumentos internacionales frente al derecho interno. Tampoco cuenta con una cláusula de habilitación que permita atribuir facultades o competencias a organismos supranacionales. A nuestro juicio, en el enlace de ambos elementos radica el núcleo del problema, por supuesto, desde el plano jurídico.

Por lo demás, si bien existe consenso doctrinario en el sentido de que el Tratado de Asunción no ofrecería una incompatibilidad con la Carta Magna de ese país (que entró en vigor en 1967), sobre todo en una etapa predominantemente caracterizada por la *intergubernamentalidad*, no existe acuerdo absoluto acerca de si una profundización del ligamen signada por la transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etcétera) de competencias hacia organismos supranacionales habilitados para emitir normas de aplicación directa, inmediata y preferente sobre el derecho interno resultaría inconstitucional, en particular *vis-à-vis* la previsión del artículo 4 de la Ley Fundamental, que dispone:

> La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes […].

La postura que responde afirmativamente al interrogante, a la que adherimos, es sustentada —entre otros autores— por Gros Espiell, quien entiende:

> […] desde el momento en que los órganos se integran con individuos independientes de la voluntad de los Estados signatarios, como es el caso de los tratados de integración europea […] la cuestión se hace más dificultosa, *obligando*

[25] Bandeira Galindo: o. cit.

*a encarar, en el caso de Uruguay, una reforma constitucional para poder llegar a admitir esa posibilidad.*[26]

Quizá se dejó escapar una buena oportunidad en ocasión de la reforma constitucional plebiscitada el 8 de diciembre de 1996,[27] y alguna ulterior,[28] para introducir una cláusula de habilitación en la Constitución nacional, al estilo de la previsión argentina, que despejara dudas, no dejara sujeta a labilidades interpretativas una cuestión de suma trascendencia como la que abordamos y exhibiera la verdadera decisión política de generar una disposición constitucional que permita sin ambages a Uruguay integrar estructuras supranacionales.

Al respecto, en línea con lo anticipado, coincidimos con Risso Ferrand cuando afirma que la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento interno uruguayo debe ser objeto, reforma constitucional mediante, de una solución clara, en orden a superar la actual incertidumbre jurídica, nunca deseada ni admisible en un proceso de integración; para lo cual propone que la Constitución habilite el pasaje a instancias superiores de integración (con traspaso o delegación de atribuciones a entes supranacionales), previendo no solo esta modalidad sino también la existencia del derecho comunitario derivado, con disposiciones expresas y claras acerca de su jerarquía jurídica respecto a las normas propias del derecho interno.[29]

Para concluir, cabe advertir que en algún momento la Suprema Corte de Justicia interpretó, con alegado apoyo en Justino Jiménez de Aréchaga y Supervielle, que "cabe compartir la tesis que *la ley ulterior al tratado, inconciliable con este, supone su derogación*" (remarcado agregado). Este criterio fue expuesto por el máximo tribunal uruguayo in re *G. S., J. con A. del U. y C. U. S.A., Reinstalación, Casación,* ficha 357/989, Montevideo, de 20 de junio de 1990.[30]

### *3.2.3. Venezuela*

Con visión prospectiva y aguardando el desarrollo de los acontecimientos, incluimos en este punto a Venezuela, que —como vimos (nota 6 a pie de página)— ha exteriorizado su voluntad de incorporarse plenamente al Mercosur.

---

[26] Héctor Gros Espiell: "El Tratado de Asunción: Una aproximación a su problemática jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 1, Montevideo: Universidad de la República, 1991, p. 16, citado por Ángel Landoni Sosa: "La solución de conflictos en el Mercosur", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXXIV, n.º 54, Buenos Aires, marzo-junio 1994, p. 332 (remarcado agregado).

[27] *Diario Oficial* del 9 de enero de 1997.

[28] Hasta donde alcanza nuestra información, ulterior modificación constitucional a la plebiscitada el 8 de diciembre de 1996 fue la sometida a idéntico procedimiento plebiscitario el 31 de octubre del 2004.

[29] Martín Risso Ferrand: *Derecho Constitucional*, t. I, 2.ª ed. actualiz. y ampl., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 383-384.

[30] El texto de la sentencia puede compulsarse en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. VII, n.º 37, junio-julio 1990, Montevideo, pp. 32-39. El párrafo trascrito luce en p. 38.

De un veloz recorrido por su normativa constitucional (de 1999) puede concluirse que, al menos desde el plano normológico, presenta varios aspectos positivos de cara al involucramiento en procesos integrativos, aunque quizá en el *debe* pueda contabilizarse que, al igual que Brasil, no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de que muestra alguna jurisprudencia preocupante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), la cual, aunque vinculada al tema de los derechos humanos, deja al descubierto ciertas aristas conflictivas que lo exceden.

A continuación desgranaremos los aspectos positivos, dejando para el final una brevísima alusión al citado antecedente jurisprudencial que generó polémica doctrinal.

a. En primer lugar, Venezuela cuenta con un sistema de control de constitucionalidad *previo* de los instrumentos internacionales. En efecto, es de competencia de la Sala Constitucional del TSJ verificar, a solicitud del presidente o presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, *la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación* (ordinal 5.º).[31] Siendo así, cuando menos en la dimensión teórica, si la Sala Constitucional no encuentra óbice de tal calibre al documento internacional en cuestión, este no podría (al menos no debería) ser atacado en el futuro por medio de una fiscalización represiva o posterior ni tampoco plantearse luego una acción de inconstitucionalidad contra la ley que lo aprueba.

Juzgamos que tal solución (contralor constitucional *previo* de los instrumentos internacionales) es fundamental en procesos de integración supranacional, pues en la práctica (y como afirma Brewer-Carías) llevaría a la ratificación de los tratados respectivos solo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitaría así la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como ocurrió en los casos de los tratados relativos al Acuerdo de Integración de la ahora Comunidad Andina, lo que sucedió —vale aclarar por nuestra parte— antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución.[32]

b. En segundo lugar, cuenta con una "norma de habilitación", el artículo 153, el que luego de advertir que la República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región; que podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de sus naciones y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes; agrega que, para tales fines, "*podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las*

[31] Texto constitucional "corregido" y que varía del aprobado en el referendo de 15 de diciembre del 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la "conformidad *de* la Constitución *con* los tratados internacionales" —énfasis propio— (cf. Allan R. Brewer-Carías: "La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.]: *Derecho Procesal Constitucional*, 2.ª ed., México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001, p. 948).

[32] Ídem.

*competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración*" (remarcado agregado).

c. Por último, el segmento final de la norma citada en el subapartado anterior es muy importante, ya que, después de señalar que las normas que se adopten en el espectro de los acuerdos de integración serán consideradas parte del ordenamiento legal vigente, consagra los caracteres básicos del derecho comunitario al mencionar que tales normas serán "*de aplicación directa y preferente a la legislación interna*" (remarcado agregado).

En línea con ello se ubica otra regla relevante localizada en el artículo 318, párrafo 1.º, donde, si bien se prevé que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar, se dispone:

> En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

d. El polémico decisorio de la Sala Constitucional al que nos referíamos es la sentencia 1942, del 15 de julio del 2003, que reitera la doctrina de su predecesora 1013[33] y no fue precisamente bien recibida por la doctrina especializada.[34]

Tal pronunciamiento convalidó el delito de desacato, al conocer de una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos del Código Penal que establecen esa figura o permiten la utilización de otras normas de la legislación penal de la misma manera y con idénticos fines. Al efecto, y luego de recordar la previsión del artículo 23 constitucional en cuanto a que las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos adquieren *rango constitucional* y están equiparadas a normas contenidas en la Constitución, puntualizó que aquella cláusula establece una *prevalencia de normas, pero no de fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos*, *etcétera.* En otras palabras, pero siempre siguiendo la posición delineada por la Sala, la nombrada prevalencia no alcanza a los informes u opiniones de organismos internacionales que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, pues *el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, que es la Sala Constitucional.*

En consecuencia, esta última moldeó un criterio discutible en cuanto a la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, vehiculó una involución interpretativa en la materia al blandir un concepto de soberanía hace tiempo superado y dejó de acatar las obligaciones emergentes de los tratados

---

[33] Dictada el 12 de junio del 2001.

[34] Véase, por ejemplo, Carlos Ayala Corao: "La sentencia 1.942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión", en *Derecho Constitucional e institucionalidad democrática*, t. I, ponencias del VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional desarrollado en Valencia (Venezuela), del 26 al 28 de noviembre del 2003, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, pp. 433-505.

internacionales relativos a dicho campo temático al considerar que las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión Interamericana "no son obligatorias" y que las sentencias de la Corte Interamericana, "para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución", con lo cual adjudica al juez nacional facultades de control y escrutinio de los pronunciamientos de dichos órganos protectorios interamericanos.[35]

Además de poner en entredicho lo dispuesto por el artículo 23 constitucional, la resolución dejó en un cono de sombras a la previsión del artículo 31, ibídem, que en su párrafo 1.º determina que "toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, *a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*", y agrega en su párrafo 2.º que el Estado *adoptará* —conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley— "*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo*" (en ambos casos los remarcados nos corresponden).

Finalmente, es de destacar que la cuestión generada por la sentencia n.º 1942 fue planteada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, a su vez, solicitó medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas fueron concedidas por el tribunal, pero, ante el incumplimiento del Estado venezolano y la denuncia realizada en tal sentido por la Comisión Interamericana, aquel emitió una resolución conjunta en fecha 4 de mayo del 2004, relativa a las medidas provisionales respecto de Venezuela en cuatro casos, entre los que se cuenta el que aquí nos ocupa. Entre otros puntos, declaró: a) que por haber reconocido su competencia, Venezuela está obligada a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de supervisar el cumplimiento de estas, y b) que dicho Estado tiene la obligación de implementar las medidas provisionales ordenadas por la Corte y de presentar, con la periodicidad que esta indique, los informes requeridos, y, además, que la facultad de la Corte incluye evaluar los informes presentados y emitir instrucciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus decisiones.

### *3.2.4. Balance*

a. El trayecto analítico que nos condujo por algunos de los pliegues del derecho y la jurisprudencia comparados de los países que integran el Mercosur (y de Venezuela, que aspira a incorporarse plenamente a él) pone al descubierto una heterogeneidad de soluciones que conspira contra la posibilidad de cumplir los ambiciosos propósitos declamados —particularmente, el advenimiento de un mercado común u otra estructura integrativa superior—, por lo que, si confluye una real voluntad política, no

[35] Debe tenerse presente que Venezuela es Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 9 de agosto de 1977 y, de acuerdo con el artículo 62 de esta, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 24 de junio de 1981.

dejaría de ser aconsejable intentar una nivelación constitucional y jurisprudencial que brinde el sustento necesario para que germine saludablemente el modelo integrativo seleccionado.

b. No debería perderse de vista que el derecho comunitario tiene como caracteres predominantes su *autonomía*, el *efecto directo* y la *aplicación inmediata y preferente* de sus normas, características que —en conjunto— convergen hacia la prevalencia del orden jurídico comunitario en relación con las normativas internas de los Estados que conforman el espacio regional de que se trate.

Lo dicho amerita un par de consideraciones explicativas que delinearemos a continuación, por cierto, sin visos de taxatividad.

En primer lugar, y como explica Alonso García, la naturaleza *autónoma* del ordenamiento jurídico comunitario se traduce en un sistema institucional propio, en cuyo marco se produce derecho y se controla el respeto de la constitucionalidad-legalidad comunitaria.[36] Tal naturaleza autónoma, añade el referido autor, incluye la participación de los ordenamientos jurídicos nacionales: *verticalmente*, por medio de sus propias estructuras, complementarias del aparato institucional comunitario en su doble vertiente de producción jurídica y de control jurisdiccional, y *horizontalmente*, aportando concepciones y técnicas nacionales en la configuración de las reglas de juego del sistema comunitario.[37]

Por su parte, uno de los caracteres salientes del derecho comunitario es el de la *primacía*, respecto del cual Puente Egido se encarga de aclarar que, bien interpretado, ese principio significa que, en caso de contradicción de una norma comunitaria con otra regla de un sistema jurídico de un Estado Miembro (cualquiera sea su rango normativo), "el juez nacional *ha de aplicar en el caso concreto la comunitaria e inaplicar la nacional*" (remarcado del original), tratándose "de un estricto problema de aplicación preferente, porque al hacerlo así, el juez nacional no induce en la regla inaplicada un principio de nulidad o anulabilidad. Esta sigue siendo plenamente válida y susceptible de ser aplicada en cualquier otro supuesto en el que no haya esa incompatibilidad", de lo que deduce el autor que la primacía nada tiene que ver con el principio de jerarquía normativa.[38]

c. Dentro de esas líneas contextuales, concretamente y para los casos de Brasil y Uruguay, aquella nivelación normativa podría venir de la mano de sendas reformas constitucionales que atribuyan la legitimación suficiente para crear entes supranacionales receptores de competencias o atribuciones dispensadas por esos Estados.

---

[36] Ricardo Alonso García: *Derecho comunitario y derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 105.

[37] Ídem.

[38] José Puente Egido: "El impacto del derecho comunitario europeo en la Constitución Española", en Zlata Drnas de Clément (coord.): *Estudios de derecho internacional. En homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro,* t. II, Córdoba: Drnas-Lerner editores, 2002, p. 1654.

De su lado, en los supuestos de Argentina y Paraguay, y con sus peculiaridades, puede concluirse que sus sistemas constitucionales se encuentran suficientemente acondicionados para emprender semejante intensificación del ligamen integrativo.

Finalmente, y siempre desde la vertiente normativa, el contexto jurídico venezolano también estaría adaptado para avanzar hacia estructuras integrativas más complejas, incluso con un interesante plus de tutela preventiva al haberse institucionalizado en la Ley Fundamental un modelo de control de constitucionalidad *previo* de los tratados internacionales, lo que impediría (al menos desde una óptica especulativa o teórica) "sorpresas" ulteriores cuando el instrumento en cuestión ya esté vigente, sorteando el riesgo de que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Sin embargo, y para evitar una lectura parcializada del enfoque, cabe llamar la atención sobre el discutible criterio que la Sala Constitucional del TSJ sentó en la reseñada sentencia n.º 1942, brindando una devaluada cotización a los pronunciamientos de los órganos protectorios interamericanos en materia de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas) al entenderlos sometidos al control y el escrutinio posteriores del juez nacional a los fines de su eventual cumplimiento.

## 4. Ciertas cuestiones conflictivas que surgen de la interrelación de la integración supranacional y el federalismo y de la búsqueda de instancias de participación de los entes subestatales

### 4.1. Perfiles de la cuestión

Básicamente, el propósito de este segmento del trabajo es enfocar algunos aspectos de interés relativos, por ejemplo, a la posibilidad de que las entidades infranacionales desplieguen cierto tipo de actividad en el ámbito internacional o de que se generen a su respecto alternativas de participación en el proceso integrativo en los planos interno o externo.

En definitiva, se trata de amortiguar con recursos descentralizantes el impacto que sobre tales esferas infraestatales puede provocar el fenómeno integrativo, que genera vectores centrípetos cobijados en el ente comunitario.

En cada país de estructura compleja deberán buscarse espacios en el espectro interno o en el internacional para habilitar vías de actuación en el proceso de integración por parte de los estados, el Distrito Federal y los municipios, en el caso del *Brasil;* las provincias, las regiones (aunque no sean instancias políticas), los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en el supuesto de *Argentina;* y los estados, el Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales, en el ámbito de *Venezuela*.

Más allá de todo ello, se mantienen vivas naturalmente las posibilidades que per se tales entidades subestatales puedan buscar ad extra o las que el propio contexto normativo comunitario pudiera depararles. Por supuesto, siempre dejando a buen resguardo los límites establecidos por las respectivas configuraciones constitucionales y los repartos competenciales que estas diseñen.

## 4.2. El caso argentino

A modo de caso testigo, plantearemos ciertos puntos temáticos interesantes (algunos, con aristas conflictivas) que surgen de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.

### *4.2.1. La regionalización*

El artículo 124 constitucional acuerda a las provincias la facultad de *crear regiones* para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.

Tal premisa debe leerse en línea con el artículo 125, parte inicial, ibídem, que permite a las provincias la celebración de tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso, y con el artículo 126, ibídem, que paralelamente les proscribe ejercer el poder delegado a la Nación y la celebración de tratados parciales de carácter político.

De tal trama normativa surge que la región no es una nueva instancia política en el sistema institucional argentino, pero sin duda es una importante herramienta de oxigenación federal, mas siempre como vehículo descentralizador, es decir, como advierte Hernández, no destinada a centralizar el país o violar las autonomías provinciales y municipales.[39]

Aprovechamos este segmento del trabajo para reiterar nuestra posición en punto a que la *creación de regiones* en los términos del artículo 124 de la Constitución Federal es *una facultad provincial* y no del gobierno nacional, lo que obviamente no significa que este deba desentenderse del proceso de regionalización, pues otra de las innovaciones vehiculadas por la reforma de 1994 y, en este caso, trasvasada al artículo 75, inciso 19, párrafo 2.º, es la atribución conferida al Congreso en punto a proveer al crecimiento armónico de la Nación y *promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, iniciativas para las cuales el Senado será cámara de origen*.

En otras palabras, las regiones no pueden ser pergeñadas por ley del Congreso y de espaldas a las provincias o en contra de la voluntad de estas, pues, como agudamente ha advertido Gelli:

> No se trata de que el Estado Federal planifique una superestructura compuesta por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de estas. Por el contrario, la regionalización se constituye en un instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes, maximizando

[39] Antonio María Hernández (h.): *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 41.

> las ventajas comparativas de cada una de las provincias que acuerdan crear una región, aunque solo pueden hacerlo en materia económica y social […].[40]

Por lo demás, la política de regionalización ad intra y ad extra (en el contexto integrativo del Mercosur) podrá coadyuvar, como ha sucedido en Europa —naturalmente, teniendo en cuenta las significativas diferencias y evitando mimetismos jurídicos artificiales—, a la búsqueda de grados más avanzados de cohesión social y territorial y de desarrollo económico equilibrado.

En línea con ello, y para cerrar este punto, coincidimos con Stähli en las tres cuestiones centrales que plantea acerca de la existencia de una política regional en el marco de un esquema de integración, las cuales tienen que ver con los objetivos generales perseguidos: la democratización del proceso integrador, la incorporación a este de una nueva dinámica y la corrección de los desequilibrios.[41]

### *4.2.2. La actividad internacional de las provincias*

Nótese que el mencionado artículo 124 de la Carta Fundamental prevé:

> Las provincias […] podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional.

La cuestión ha suscitado numerosas dudas en la doctrina, tanto en torno al grado de legitimación de las provincias para actuar internacionalmente y al alcance de tal eventual actividad, como al calibre semántico de la expresión "con conocimiento del Congreso Nacional".

La problemática recepta importancia no solo desde el plano especulativo o académico, sino fundamentalmente desde la óptica del refuerzo del federalismo, la revalorización de las gestiones que en el ámbito internacional les es lícito desplegar a las unidades provinciales y el rol que pueden cumplir en el terreno de la integración supranacional, naturalmente dentro de los límites establecidos por la Ley Fundamental, lo que supone dejar a buen resguardo el principio jurídico-axiológico de *lealtad constitucional,* que, justo es decirlo, no solamente vincula a las entidades infraestatales respecto del gobierno central, sino que, en retroalimentación, también compromete a este con relación a aquellas.

Un enfoque exegético del segmento del precepto citado lleva en primer término a puntualizar desde una dimensión genérica que tales *actividades de alcance internacional*

---

[40] María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2.ª ed. ampl. y actualiz., Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 861.

[41] Jorge Stähli: "Participación de las regiones internas de los Estados en los procesos de integración", en un texto inédito que el autor (profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario) tuviera la gentileza de enviarnos.

o *gestiones internacionales* de las provincias resultan legitimadas a partir de una percepción *flexible* de las "relaciones internacionales", cuya conducción y responsabilidad —como es de sobra conocido— recaen exclusivamente en el Estado Federal en cuanto a lo que corporizaría el "núcleo duro" de aquellas relaciones.

Correlativamente, la mencionada laxitud interpretativa de dicha expresión permitiría pensar en un "núcleo blando" que habilita la realización de actividades de tenor internacional por los entes subestatales, o lo que por ejemplo y mutatis mutandi, la doctrina italiana denomina *attività promozionali* (actividades de promoción exterior), encaminadas justamente a la promoción del desarrollo económico, social y cultural que las regiones pueden desempeñar con acuerdo del Gobierno[42] (en el caso argentino, las provincias lo deben hacer "con conocimiento del Congreso Nacional").

Dicho en palabras de Casanovas y La Rosa, al margen de las "relaciones internacionales" en sentido estricto y de la celebración de tratados internacionales, cabe "articular un ámbito de acción exterior que se fundamente en los poderes e intereses propios de las entidades infraestatales y se ajuste a lo que es la práctica constitucional e internacional actual en los Estados de estructura compleja".[43]

Aclarado lo anterior, y retomando en particular el tramo del artículo 124 referido a las actividades que ad extra están facultadas a llevar adelante las provincias, el término *convenios internacionales* que pueden celebrar, suponemos ha sido pensada para transmitir un mensaje que exteriorice una distinción categorial enraizada en una valencia jurídica más tenue y menos formal que la de *tratados internacionales,* que quedan inmersos —estos últimos— en la órbita competencial exclusiva del Estado Nacional en el manejo de las relaciones internacionales[44] ("núcleo duro").

---

[42] María Valeria Agostini: "Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias", en AA. VV.: *La acción exterior y comunitaria…,* o. cit., p. 24.

[43] Oriol Casanovas y La Rosa: "La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales", en AA. VV.: *La acción exterior y comunitaria…*, o. cit., pp. 57-58.

[44] En general hay consenso doctrinario acerca de que, en el contexto de nuestra Ley Fundamental e interpretando la voluntad del constituyente reformador, la expresión *convenios internacionales* representa un escalón jerárquico inferior a la de *tratados internacionales,* reservados al Estado nacional (poderes Ejecutivo y Legislativo) en el marco de una fórmula léxica empleada, por ejemplo, en los artículos 27, 31 y 75, incisos 22, 23 y 24.

Sin embargo, es preciso recordar que, desde un plano genérico y en el ámbito del derecho internacional, entre ambas denominaciones existen lazos de afinidad semántica. Es que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, ha determinado que a los efectos de tal Convención "se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (cf. artículo 2.1.*a*).

Al explicar la citada definición, De la Guardia puntualiza que, según tal Convención y a los efectos de su texto, "todo convenio será un 'tratado' siempre que: a) sea un acuerdo internacional; b) haya sido celebrado por escrito; c) se haya concluido entre Estados; d) esté regido por el derecho internacional, y e) cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos" (Ernesto de la Guardia: *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires: Ábaco, 1997, p. 107). Justamente al desarrollar este último elemento de la definición, es decir, "cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos", el citado autor recuerda que la Convención

Justamente, la celebración de "convenios internacionales" por las unidades provinciales queda supeditada a la compatibilidad "con la política exterior de la Nación" y la no afectación de "las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación". Puede acordarse o no con los lineamentos léxicos adoptados por el constituyente reformador de 1994 para trazar los límites a las actividades provinciales de alcance internacional, mas queda claro que en tal diseño lingüístico se inserta la matriz del citado principio de *lealtad constitucional* que en el particular las provincias deben acatar para preservar la intangibilidad del reparto de competencias acordado con el Estado nacional.

En definitiva, y en lo que hace al objeto de tales "convenios internacionales", parece claro que este debe girar en torno a competencias exclusivas de las provincias o concurrentes con la Nación.

Por su parte, no menor polémica trae consigo la fórmula escogida en punto a que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales deben realizarse "con conocimiento del Congreso Nacional".

Liminarmente, nos apresuramos a aclarar que, desde nuestra óptica, *conocimiento* no origina la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización, sino de comunicación al Poder Legislativo.

Tal posición reconoce varios puntos de sustentación: en primer lugar, por cuanto en el plano semántico "con conocimiento" solo supone el resultado de *hacer saber* o *informar*, lo que dista conceptualmente de *consentimiento, aprobación* u otros términos equivalentes. En segundo lugar, porque durante los trabajos y debates de la Convención Constituyente se manejaron varias opciones terminológicas para la redacción de este tramo de la norma en cuestión, entre los que se cuentan los mencionados en último término, y finalmente se decantó por la expresión "con conocimiento", que —reiteramos— exhibe una carga de significado distinta de las enunciadas, además de que no cabe predicar de los constituyentes una actuación desprevenida o inopinada en la selección del texto particular. Y, por último, refuerza nuestra percepción el distanciamiento que en el punto se da en relación con la Constitución de Estados Unidos, una de las fuentes de la Ley Fundamental argentina, que exige el "consentimiento" del Congreso para que el Estado celebre convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera[45] (artículo I, sección X, apartado 3).

---

adhiere al criterio contemporáneo y generalizado en cuanto a la utilización del término *tratado,* que abarca a "todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones, como convención, protocolo, arreglo, declaración, carta, pacto, convenio, acta, acuerdo, estatuto, concordato, canje de notas, notas reversales, minutas aprobadas, memorándum de acuerdo, *modus vivendi*, etcétera" (ibídem, pp. 114-115).

Por su parte, en el ámbito del derecho comparado latinoamericano existen constituciones que plasman en sus textos las nomenclaturas "tratados o convenios internacionales", por ejemplo, las de Bolivia y Ecuador (sobre el particular véase el libro de Víctor Bazán: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México: Porrúa, 2003).

[45] La norma en cuestión, refiriéndose al apartado 2 del mismo artículo, expresa que sin el "consentimiento" del Congreso "ningún Estado podrá […] celebrar convenio o pacto alguno con otro

Cuestión complicada es predeterminar qué sucedería en caso de que el Congreso estuviera en disconformidad con el acuerdo regional o que el convenio internacional violara los límites impuestos constitucionalmente. En tales hipótesis, y siempre que las vías previas del diálogo democrático fracasaran, cabría al Estado nacional la articulación de una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia en contra de las provincias (o la CABA) actuantes o, en un supuesto extremo y si eventualmente quedaran reunidas las pautas diseñadas por el artículo 6 de la Constitución, disponer la intervención federal (artículos 75, inciso 31, o 99, inciso 20, ibídem), en cuyo caso Gelli sugiere que los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la CABA deberían defender "las *razones* y *justificación* de los Estados locales" (remarcado del original).[46]

Apoyándose en Frías, Hernández[47] advierte que un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo, como sería el caso de la desaprobación.

Finalmente, y para aventar posibles cuestionamientos en el despliegue de la acción exterior de las provincias, Zarza Mensaque ofrece como alternativa que, por medio de un acuerdo previo entre el Estado federal y aquellas, "el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los Estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos".[48]

### *4.2.3. ¿Una protección adicional para el federalismo en los procesos de integración?*

Es importante destacar que durante los debates de la Convención Constituyente de 1994, que deparó el texto actualmente vigente, se planteó la incorporación de una especie de "cláusula federal" dirigida a proteger al federalismo frente a los tratados internacionales en materia de integración.

Justamente se postulaba que en la norma contenida en el hoy artículo 75, inciso 24, párrafo inicial, además del respeto por el orden democrático y los derechos humanos como principios por preservar en los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, se incluyera al "sistema federal" asegurando a las provincias la efectiva participación en la decisión de los asuntos que las afectasen directamente.

La fundamentación de la moción puede ser sintetizada siguiendo las palabras del convencional Gabriel Llano, cuando afirmaba que en el nuevo inciso que se pretendía agregar al entonces artículo 67 (hoy 75) existía una omisión, "porque al Congreso Nacional se lo va a facultar a delegar competencias, pero en esa delegación de

---

Estado o con una potencia extranjera […]" (el texto en español ha sido consultado en José Luis Cascajo Castro y Manuel García Álvarez [eds.]: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos, 1994, p. 68).

[46] Gelli: o. cit., p. 863.

[47] Pedro J. Frías: *Derecho público provincial*, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 104; aludido por Hernández (h.): o. cit., p. 44.

[48] Alberto Zarza Mensaque: "Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales", en Drnas de Clément y Rey Caro (dirs.): o. cit., p. 59.

competencias se tiene que respetar el ámbito de competencia reservado a las provincias".[49] Añadía:

> […] si van a existir por ahí organismos supranacionales con facultades de dictar normas obligatorias que van a tener una validez superior a nuestras leyes y que seguramente tendrán contenido económico y si estas normas van a tener una decisiva incidencia en el desarrollo de algunas economías regionales, yo creo que hay que completar esta norma con el respeto al sistema federal de gobierno. Es más, me animaría a proponer que haga alusión a la efectiva participación de las provincias.[50]

Así, y luego de aludir a la experiencia alemana de los *Länder* por medio de los observadores, propuso completar la regla de la siguiente manera:

> […] y que respete los derechos humanos, el orden democrático, el *sistema federal a través de la efectiva participación de las provincias en dichos organismos.*[51]

Finalmente la propuesta no prosperó; para descartarla se manifestó que el modelo constitucional argentino cuenta con las reservas realizadas y prescritas en la Constitución para sostener su sistema federal, por lo que se entiende que la aprobación por las distintas instancias federales, como es el caso de la Cámara de Senadores, que requerirá una mayoría calificada para tratar estos temas, cubriría las necesidades que las provincias reclamen durante un proceso de integración.[52]

Sea como fuera y más allá de que la aludida proposición no haya fructificado —lo que para algún sector de la doctrina es una muestra más del déficit federal de la reforma constitucional[53]—, es interesante la reflexión de Sabsay cuando afirma que la circunstancia de que el constituyente haya apostado por un modelo federal de concertación que ubica al país en camino hacia el fortalecimiento de la periferia para reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo, hará "*posible contrarrestar —igualmente— la excesiva*

---

[49] "Versiones taquigráficas de la Comisión de Redacción", en *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994,* t. IV, Buenos Aires: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, La Ley, 1997, p. 4144.

[50] Ibídem.

[51] Ibídem (remarcado agregado).

[52] Cf. Alberto R. Dalla Via: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 688, quien aclara que las objeciones fueron respondidas en los términos indicados en el texto al que se refiere esta nota por el convencional Juan Pablo Cafiero, miembro informante de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales.

Sobre el tema de la protección del federalismo frente a los tratados internacionales en materia de integración y lo que denomina "el límite federal de la supranacionalización", puede consultarse Ismael Farrando (h.): "El municipio en la perspectiva de la integración", en Dardo Pérez Guilhou et al.: *Derecho público provincial y municipal*, vol. I, 2.ª ed. actualiz., particularmente pp. 356-357 y nota 23.

[53] Véase en ese sentido, por ejemplo, María Celia Castorina de Tarquini: "El federalismo", en Pérez Guilhou et al.: o. cit., pp. 138-141.

*concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes*",[54] aunque no deja de advertir que tales comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales y no a las experiencias en materia de aplicación, pues, "más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado".[55]

Por nuestra parte solo nos permitimos acotar que, tanto en este como en otros puntos temáticos, la hora actual impone como desafío impostergable la revitalización del Senado para la asunción y el cumplimiento genuinos de su rol como cámara de representación de los intereses de las provincias en nuestro esquema estatal federal,[56] tanto en relación con el plano internacional como en la dimensión endógena.[57]

### *4.2.4. ¿Y los municipios?*

Naturalmente, los municipios no pueden quedar al margen del proceso integrativo y, a partir de la *autonomía* que les reconoce explícitamente la Ley Fundamental en el artículo 123, pueden desplegar actividades de gestión internacional, observando

---

[54] Daniel Alberto Sabsay: "El federalismo en la Constitución y las posibilidades de reconstrucción que brinda la reforma de 1994", en AA. VV.: *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, t. II, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, p. 375 (remarcado agregado).

[55] Ibídem.

[56] Mutatis mutandi y concentrándose en el caso de México pero con utilidad genérica, al tratar el tema del poder de celebrar tratados internacionales y su vinculación con el sistema federal, Serna de la Garza plantea la conveniencia de redefinir el diseño básico del poder de celebración de tales instrumentos, uno de cuyos puntos esenciales tiene que ver con la "revitalización del Senado como cámara de representación de los estados", estableciendo en el sistema de distribución de competencias la existencia y eficacia de controles sobre la decisión política del presidente de celebrar un tratado que recaiga sobre materias reservadas a las entidades federativas. En ese punto, el autor citado postula la necesidad de pensar en "un Senado que, una vez revitalizado como cámara federal, pudiese intervenir en el proceso de celebración de tratados internacionales, pero desde la negociación misma del instrumento", y no solo como instancia de aprobación o rechazo de un documento que haya sido negociado exclusivamente por el Ejecutivo federal.

Concluye aseverando que "un Senado erigido en una verdadera cámara de representación de los intereses de los estados es la mejor garantía de que los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República no afecten de manera adversa a las partes integrantes del pacto federal (José María Serna de la Garza: "La lógica centralizadora del sistema federal mexicano", en Diego Valadés y José María Serna de la Garza [coords.]: *Federalismo y regionalismo*, México: Universidad Nacional Autónoma de México [Instituto de Investigaciones Jurídicas] y Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, 2005, pp. 578-582).

[57] Baste recordar que, por ejemplo, en materia de coparticipación federal impositiva —uno de los temas ligados al "fortalecimiento del federalismo" pregonado por la ley 24309, declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional de 1994, y reivindicados en su oportunidad como logros de esta— se hace perceptible la brecha entre lo pautado normativamente y las pretericiones en el ámbito fáctico, ya que tanto el régimen coparticipativo (a instrumentarse por una ley convenio con el Senado como cámara de origen), como la reglamentación del organismo fiscal federal aludidos por el artículo 75, inciso 2, debieron haber sido establecidos antes de la finalización del año 1996, de acuerdo con la disposición transitoria sexta, lo que aún no ha ocurrido.

No es precisamente agradable constatarlo ni decirlo, pero es igualmente difícil disimular que la sombra de las omisiones inconstitucionales traducibles en la falta de desarrollo legislativo de varios aspectos contenidos en la letra de la Constitución continúa siendo frondosa en el escenario jurídico nacional.

ciertos límites, entre los que se cuentan los que impone la Constitución de la provincia a la que pertenecen y naturalmente los fijados por la Norma Superior de la Nación.

En tal sentido, y si bien es cierto que la Carta Magna no depara expresamente a los municipios una norma equivalente al artículo 124 respecto de las provincias, Barrera Buteler advierte que el contexto social del mundo globalizado impone considerar que también la atribución de celebrar acuerdos en el orden internacional queda comprendida en el principio constitucional de autonomía municipal, pues el ámbito de interrelación e interdependencia que condujo al reconocimiento de tal atribución a las provincias (aun antes de la reforma de 1994) apunta en la misma dirección respecto de los municipios, que tienen múltiples vínculos convencionales en el plano internacional; por ejemplo, la práctica reiterada de los *hermanamientos de ciudades,* que vinculan con lazos de cooperación recíproca a municipios de diversos países y continentes.[58]

## 4.3. La experiencia europea

Abandonando el marco del derecho argentino, emprenderemos un breve recorrido por la experiencia europea, limitándonos a presentar algunas posibilidades de participación de las colectividades territoriales en la dinámica supranacional y a enfocar cuestiones delicadas que surgen del impacto de esta en los Estados con estructura compleja (regional, federal, federorregional o con incipientes signos centrífugos), a partir del afianzamiento del esquema comunitario, de un lado, y del crecimiento del número de Estados que procuran acrecentar sus procesos de descentralización ad intra, por el otro.

### *4.3.1. Participación de las colectividades territoriales en el proceso comunitario*

Ligado a lo que anticipábamos, en la praxis integrativa europea existen Estados con una normativa avanzada en materia de participación regional, tal como resalta Pérez González, quien cita el caso de Bélgica (devenida en época relativamente reciente en Estado federal), donde los entes federados participan activamente en la política comunitaria que lleva a cabo el Estado, y donde en 1993 se plasmó una nueva reglamentación constitucional y legal de las relaciones internacionales de las comunidades y regiones.[59]

Sin abandonar los contornos de Europa, se aprecia que no todos los Estados resuelven de idéntico modo la participación de las entidades subestatales en las mencionadas fases ascendente y descendente, pues algunos ponen el acento en aquella y otros en esta.

---

[58] Guillermo Barrera Buteler: "Facultades de las entidades subnacionales en la celebración de gestiones y convenios internacionales", en Hernández (h.) (dir.): o. cit., pp. 213-214.

[59] Pérez González: o. cit., p. 21.

Así, en Alemania, a partir de la suscripción del Pacto de Lindau de 1957, los *Länder* (estados miembros del Estado federal) participan en la etapa *ascendente* de la celebración de los tratados internacionales que pueden afectar su competencia o intereses.[60] Cuando solo concierne a estos, el *Bund* (poder central) está obligado a escuchar el parecer regional, pero si ya el tratado atañe sustancialmente a las competencias exclusivas, la opinión de los *Länder* debe ser tenida en cuenta de forma determinante por el *Bund* al momento de celebrar el tratado en cuestión.[61] Por su parte, debe además computarse la figura del *Ländersbeobachter* (observador de los *Länder*), que participa como miembro de la delegación alemana al Consejo de Ministros en las sesiones que aborden temas que afecten a aquellos.

Una situación similar, aunque con sus propias particularidades, se da también en Austria, donde —como recuerda Pérez González— con motivo de su ingreso a la UE se modificó la Constitución federal estableciendo un acuerdo entre la federación y los *Länder* y municipios en asuntos de integración europea, que permite un modelo de participación regional en cuestiones atingentes al ámbito de acción autónoma de los *Länder,* o sea, susceptibles de afectar sus intereses, previendo la posibilidad de que ellos den un parecer conjunto sobre cualquier materia perteneciente a su competencia legislativa, así como la posibilidad de que envíen representantes a las negociaciones que versen sobre materias que en el plano interno sean de su competencia exclusiva o que conciernan a sus intereses.[62]

A su turno, el sistema italiano atiende preferentemente a la fase *descendente* de aplicación de los actos comunitarios dentro del Estado, fijando normativamente una serie de pautas que debe seguir el poder central para la aplicación del derecho comunitario en las regiones,[63] tema que retomaremos con más detalle en el siguiente subapartado.

En esta faz descendente, y entre otros puntos de interés, emerge un interesante aspecto de la cuestión. Radica en que en el marco comunitario una vía importante de formación de su normativa es la de las *directivas,* que en palabras de Puente Egido constituyen una categoría especial normativa con las que, en aplicación de la técnica de las *leyes marco,* la disposición comunitaria deja una amplia labor de desarrollo a los órganos legislativos internos de los Estados, que les permiten —siempre que se respeten las líneas centrales que fija— normas singulares adaptadas a las particularidades de cada país.[64]

Y es justamente en este ámbito de desarrollo del derecho comunitario ad intra donde los entes infraestatales pueden tener protagonismo, cuestión que —como ha ocurrido en España[65]— tal vez podría generarles algún conflicto competencial con el Estado

---

[60] Ibídem, p. 20.

[61] Ibídem.

[62] Manuel Pérez González: "Ponencia de síntesis: 'La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas: un ensayo de recapitulación'", en AA. VV.: *La acción exterior y comunitaria…,* o. cit., pp. 335-336.

[63] Pérez González: "Facultades de los entes…", o. cit., p. 21.

[64] Puente Egido: o. cit., p. 1651.

[65] Puente Egido releva varios casos resueltos por el Tribunal Constitucional español en los que respectivamente se expidió a favor de la competencia preferente del Estado central, aunque sin

central, aunque lo ideal sería que tales inconvenientes fueran evitados o resueltos a partir de la pauta de *confianza o lealtad federal* y en un deseable marco de cooperación entre ambos estamentos políticos.[66]

Como fórmula sintetizadora de las vías de participación de las entidades subnacionales en los procesos de adopción de decisiones en la estructura comunitaria europea sobre materias de competencia de aquellas o susceptibles de afectar sus intereses, que se han vertebrado en Europa en diversos Estados miembros políticamente descentralizados, Pérez González distingue entre *participación directa*, que supone la presencia de representantes regionales en instituciones u órganos de la UE, e *indirecta*, que incluye diversos mecanismos internos para influir en la posición que ante aquellas asuma el Estado.[67]

### *4.3.2. Responsabilidad internacional del Estado por acciones y omisiones de las entidades infraestatales*

Tampoco cabe soslayar otra importante faceta del problema: la responsabilidad internacional o comunitaria del Estado por los hechos u omisiones cometidos por los entes territoriales subestatales en violación de obligaciones precisamente internacionales o comunitarias asumidas por aquel.

Mutatis mutandi, el problema reconduce a un principio general que marca que, desde el prisma del derecho internacional, todo Estado es libre de escoger su modelo

---

excluir por completo la participación de las comunidades autónomas (STC del 20 de diciembre de 1988 [Pleno], n.º 598 y 1403-1986 y 857-1988 [acumulados]), o a favor de estas mas sin excluir del todo la competencia del Estado central (STC del 29 de octubre de 1992, recurso de inconstitucionalidad n.º 1314-1986, y STC del 8 de enero de 1983 [Pleno], n.º 1043-1986 y 336-1987). El citado autor analiza el tema desde la perspectiva del efecto mutante que en la Constitución interna de cada Estado miembro puede tener la aplicación y el desarrollo del derecho comunitario en el orden jurídico de cada Estado, preguntándose en el caso español si por la acción general del derecho comunitario las mismas categorías jurídicas con las que fue elaborado el derecho constitucional español vigente no pueden y hasta deben ser reelaboradas; pone como ejemplo la noción de *competencia exclusiva* tanto en el Estado como en las comunidades autónomas y concluye que la "que en la Constitución o en los Estatutos [de Autonomía] fue pensada como 'verdaderamente exclusiva', el Tribunal Constitucional tiende cada vez más a interpretarla en determinadas circunstancias como competencia compartida" (cf. Puente Egido: o. cit., pp. 1659-1665 y 1651).

[66] Castorina de Tarquini señala que en el proceso del Mercosur se deberá proceder con cautela y privilegiar la participación y el control provinciales, objetivo que necesitará previamente que los intérpretes del federalismo desarrollen sus relaciones sobre la base de ciertos presupuestos que surgen de nuestro derecho y que, redimensionados, deberán incorporarse al comunitario. En ese contexto, ubica a los principios de *lealtad federal* y de *garantía federal*. En la visión de la autora, el primero de ellos importa de parte del gobierno central y de los gobiernos locales un comportamiento encaminado al mantenimiento de la unión, debiendo el gobierno nacional abstenerse de toda medida que lesione o restrinja los intereses provinciales, los que a su vez colaborarán en la consolidación de la unión nacional; mientras que el segundo de aquellos supone un derecho y un deber recíprocos y correlativos entre los Estados locales y el nacional: este tiene el derecho de mantener su integridad y el deber de preservar la de los Estados miembros, los que a su vez tienen el deber de consolidar la unión, condición de su propia existencia, y el derecho a que esta les sea reconocida y respetada (María Celia Castorina de Tarquini: *Federalismo e integración*, Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ediar, 1997, pp. 70-77).

[67] Pérez González: "Ponencia de síntesis…", o. cit., p. 333.

de configuración estadual y su sistema interno de organización territorial, lo que supone una premisa iusinternacional de respeto por la autoorganización intraestatal derivada de la soberanía del Estado que surge de su condición de sujeto del ordenamiento internacional y del principio de no intervención en asuntos internos.[68]

Es que, como recuerda Mangas Martín, dada la unidad del Estado para el derecho internacional, las conductas de sus órganos y de sus entidades territoriales se atribuyen al Estado y, en el caso de violación de una obligación internacional o comunitaria de este, el hecho ilícito internacional de la entidad territorial o del órgano estatal en cuestión será considerado como hecho del Estado susceptible de generar la responsabilidad internacional de este.[69]

Como conclusión provisional debe por ende concederse que el incumplimiento de las obligaciones comunitarias en que incurran regiones, provincias, comunidades autónomas, etcétera, en principio vincula y compromete internacionalmente al Estado miembro, sin perjuicio de las medidas que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales pudiera este emprender en el ámbito interno contra aquellas entidades subestatales por violación del principio de lealtad constitucional y el incumplimiento del derecho comunitario.

Naturalmente, tal respuesta deja espacio para la duda, puesto que, si bajo el manto de la autonomía surgente del federalismo las instituciones subnacionales exigen una mayor participación en las fases ascendente y/o descendente, ello supone un correlativo agravamiento del nivel de responsabilidad propia derivada de aquel requerimiento de obtener mayor dosis de protagonismo en el proceso.

La dubitación referida tiene alguna consistencia, aunque por lo pronto la "indiferencia" del derecho comunitario por la estructura constitucional interna[70] de los Estados miembros de la estructura comunitaria pareciera apuntar precisamente a obturar de modo preventivo una atomización del nivel de respuesta que haría decaer el tenor de efectividad de tal responsabilidad primariamente en cabeza de los Estados por incumplimiento de las obligaciones asumidas en la órbita comunitaria. Por lo demás, aunque obvio, es ciertamente imprescindible recordar que la responsabilidad de la provincia, región, comunidad autónoma, etcétera, en el contexto internacional solo podría existir en tanto y en cuanto se les haya reconocido *personalidad o subjetividad internacionales*, presupuesto para viabilizar la responsabilidad emergente de sus acciones y omisiones en tal esfera.

Sin embargo, lo expuesto hasta aquí en modo alguno excluye el emprendimiento conjunto de soluciones de carácter preventivo, lo que supone la coparticipación del poder central y de las entidades infraestatales cuando se trate de la asunción de obligaciones internacionales vinculadas a competencias en cabeza de estos entes y no

---

[68] Araceli Mangas Martín: "La ejecución del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en AA. VV., *Comunidades autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Valladolid: Cortes de Castilla y León, 1991, p. 183.

[69] Ibídem.

[70] Tomamos la expresión relativa a la "indiferencia del derecho comunitario por la estructura constitucional interna de los Estados Miembros" de Mangas Martín: ibídem, p. 185.

del Estado, lo que en las certeras palabras de Remiro Brotons colocaría a este en una situación lamentable, "chocando hacia afuera con quien le exige el cumplimiento y hacia adentro con quien, siendo el titular de la competencia, se excusa para incumplirla alegando que al no haber intervenido en el proceso de elaboración nadie le puede imponer un hecho consumado".[71]

En esta lógica, tampoco debe soslayarse el marco que proporciona el principio de *cooperación leal* entre la estructura comunitaria y los Estados miembros, en punto a respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas del respectivo tratado institutivo.[72] De tal premisa, entre otras cuestiones, deriva la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgentes del tratado en cuestión o de los actos de las instituciones comunitarias.

## 5. Acerca de determinadas instancias de vinculación y participación de las entidades infraestatales en la experiencia comunitaria europea

En una doble dimensión, visualizando de un lado las *regiones europeas* y del otro las *ciudades* frente a la experiencia comunitaria europea, presentaremos sumariamente dos instancias que, aunque diversas, tienen propósitos convergentes: el Comité de las Regiones y Eurocities.

### 5.1. El Comité de las Regiones[73]

#### *5.1.1. Génesis*

El Comité de las Regiones (en adelante, también *el Comité*) fue creado en 1992 en el Tratado de Maastricht y comenzó a funcionar en 1994.

Como se ha sostenido, su implementación respondió a la necesidad de afrontar dos temáticas centrales: en primer lugar, la constatación de que gran parte de la normativa comunitaria se aplica en los niveles local o regional, de lo que se desprende claramente la importancia de que representantes de estos participen en la elaboración de dicha normativa; en segundo lugar, se temía que la Unión Europea evolucionara dejando

---

[71] Antonio Remiro Brotons: "La responsabilidad por incumplimiento de las comunidades autónomas. Posibles soluciones", en AA. VV.: *Comunidades autónomas y Comunidad Europea…*, o. cit., p. 211.

[72] Las notas para conceptuar al principio de *cooperación leal* fueron tomadas del artículo 1.5 del Tratado de Lisboa, que —como veremos in extenso más adelante— sustituye al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y modifica principalmente el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Por conducto de dicha norma se inserta al TUE el artículo 3 *bis*, en cuyo apartado 3 se efectúa la referencia específica a la mencionada pauta de *cooperación leal* y sus implicaciones.

[73] Algunosdelosdatosreferidosenestesegmentodeltextofueronextraídosde‹http://europa.eu/scadplus/glossary/committee_regions_es.htm› y de ‹http://europa.eu /scadplus/ glossary /subsidiarity_es.htm›.

de lado a los ciudadanos, es decir, de espaldas a estos, por lo que se reparó en la conveniencia de incorporar al proceso comunitario los estamentos gubernamentales más próximos a aquellos.

La implementación del Comité por el Tratado de Maastricht se inscribe en un contexto de mayor calado, pues supuso el reconocimiento del fenómeno *regional* por el Tratado de la Unión Europea (TUE), luego de que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas lo ignoraran abiertamente. Esa sensibilidad ante la cuestión regional, además de la creación del Comité, se plasmó —al menos— en otros dos importantes aspectos: a) permitió la participación de autoridades regionales en el Consejo, y b) instituyó el principio de subsidiariedad, tema este que nos tiende el puente hacia el punto que abordaremos a continuación.[74]

### *5.1.2. Composición y naturaleza del Comité. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*

El Comité de las Regiones está compuesto por 344 representantes de las comunidades locales y regionales, designados por un período de cuatro años por el Consejo, según el detalle que indica el cuadro siguiente:[75]

| | |
|---|---|
| Alemania, Francia, Italia y Reino Unido | 24 |
| Polonia y España | 21 |
| Rumania | 15 |
| Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Hungría, Países Bajos, Austria, Portugal y Suecia | 12 |
| Dinamarca, Irlanda, Lituania, Eslovaquia y Finlandia | 9 |
| Estonia, Letonia y Eslovenia | 7 |
| Chipre y Luxemburgo | 6 |
| Malta | 5 |
| Total | **344** |

Debe recordarse que el Tratado de Niza, adoptado en diciembre del 2000, no modificó el número ni la distribución de los escaños por Estado miembro en el Comité, aunque fijó como tope máximo de este la cantidad de 350 miembros. A su turno, el proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (hoy en vías de sustitución por el Tratado de Lisboa [en adelante, también TL], si es que este finalmente se aprueba en los Estados miembros de la UE), previó llevar el mandato de los integrantes del Comité de cuatro a cinco años, lo que el TL mantuvo.

[74] Cf. Francisco Fernández Segado, en el documentado ensayo "Las Comunidades Autónomas ante las relaciones internacionales: un paradigma del dinamismo evolutivo del Estado autonómico español", en Valadés y Serna de la Garza (coords.): o. cit., p. 370.

[75] Cf. ‹http://europa.eu/institutions/consultative/cor/index_es.htm›.

El Comité es básicamente un *órgano consultivo* de la Unión Europea, aunque con *vocación política,*[76] que permite a los entes territoriales hacer oír su voz en el proceso decisorio comunitario.

Una aproximación taxonómica para catalogar tales competencias consultivas puede vertebrarse del siguiente modo: a) *dictámenes de carácter preceptivo en las siguientes materias*: educación, cultura, salud pública, redes transeuropeas de transporte, cohesión económica y social (todos estos campos temáticos ya competían al Comité antes del Tratado de Ámsterdam), política común de transportes, empleo, política social, Fondo Social Europeo, formación profesional y juventud, y medio ambiente (estos asuntos fueron añadidos por dicho Tratado); b) *consultas facultativas (discrecionales) que pueden dirigirle el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo,* y c) *dictámenes que motu proprio puede elaborar el Comité*.

Paralelamente, su *rol político* consiste en facilitar la mejor aplicación de los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad* en la Unión Europea.

En otro plano, el principio de *subsidiariedad* puede caracterizarse como aquel que tiene por objeto garantizar que *las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano*, comprobando constantemente que la acción que vaya a emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrecen los niveles nacional, regional o local. Concretamente, se trata de una premisa según la cual la Unión, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, solo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención en los marcos nacional, regional o local.

Al decir de Leguina, constituye un principio delimitador de competencias entre la Unión y los Estados miembros y es la norma de reparto de tareas de la organización federal y uno de los ejes de la arquitectura europea,[77] que pugna por que las decisiones políticas se adopten en el ámbito más próximo al ciudadano para lograr la mayor eficacia posible; además, está firmemente ligado a los principios de *proporcionalidad* y de *necesidad*, con arreglo a los cuales la acción de la Unión no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado institutivo.

Es preciso advertir que el mencionado proyecto de tratado (que establecía una Constitución para Europa) preveía reforzar el citado principio de subsidiariedad, especialmente al obligar a las instituciones a mantener informados a los parlamentos nacionales durante todo el procedimiento legislativo. Asimismo, proyectaba implementar un mecanismo de alerta rápida o temprana (*Early Warning System*) sobre el respeto del principio de subsidiariedad, que permitiría a los parlamentos nacionales solicitar a la Comisión el reestudio de una propuesta legislativa cuando estimaran que esta no se ajustaba al mencionado principio.

---

[76] La afirmación en cuanto al desarrollo de competencias consultivas del Comité como "órgano con creciente vocación política", corresponde a Manuel Moreno Vázquez: *Comité de las Regiones y Unión Europea*, Valencia: Polo Europeo Jean Monnet, Universitat de València, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 178 ss.

[77] Joaquín Leguina: "Intervención de apertura", en AA. VV.: *La acción exterior y comunitaria…*, vol. I, o. cit., pp. 16 y 18.

Debe advertirse que el debate sobre la inclusión del procedimiento de alerta rápida no ha sido del todo pacífico, pues —entre otras razones— se lo objeta por constituir una forma de restar protagonismo al Parlamento Europeo por "la puerta pequeña", retardar la función legislativa de la UE y considerar como más que probable que los parlamentos nacionales lo aprovechen para hacer consideraciones que nada tengan que ver con la subsidiariedad.[78]

A tales ataques dialécticos se ha respondido que el mecanismo en cuestión supone simple y llanamente atribuir a los parlamentos nacionales la posibilidad de que se pronuncien sobre una cuestión que afecta directamente a los Estados y entes territoriales de estos, en punto a que las normas que la Unión pretende aprobar aplican correctamente aquel principio y no invaden competencias que no le son propias;[79] además, y en cuanto a la tacha relativa a la posibilidad de abrir la puerta a que los parlamentos locales efectúen consideraciones desconectadas del problema de la subsidiariedad, se ha replicado que, aunque ello sea cierto, no se trata en realidad de un problema, pues ya está la Comisión para desestimar los informes remitidos en esos términos, sino más bien de una vía para seguir avanzando en el fortalecimiento democrático (agregamos por nuestra parte: para paliar en cierta medida el déficit de tal índole que se imputa a la UE) y de participación de los parlamentos de los Estados miembros en las cuestiones comunitarias.[80]

En el apartado siguiente abordaremos algunos aspectos adicionales de esta temática.

### *5.1.3.El Tratado de Lisboa, el Comité de las Regiones, la cohesión territorial y las autonomías regionales y locales*

No puede dejar de mencionarse que el Consejo Europeo del 21 y 22 de junio del 2007 fue trascendente. En efecto, llamados el 23 de julio del mismo año a pronunciarse sobre el futuro de la Unión Europea, los jefes de Estado y de Gobierno convinieron iniciar una Conferencia Intergubernamental para redactar un tratado de reforma de los actuales instrumentos institutivos antes de la finalización del 2007.

Como consecuencia de ello, el jueves 13 de diciembre del 2007 aquellos suscribieron el TL en el monasterio de los Jerónimos de esa ciudad. Básicamente, se prevé que dicho instrumento modifique los dos textos fundamentales de la Unión Europea —el TUE y el TCE, el último de los cuales pasará a denominarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*—, además del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, e inserte asimismo un conjunto de protocolos.

---

[78] Véase la presentación de tales cuestionamientos en Elviro Aranda Álvarez (quien se encarga de rebatirlos defendiendo el mecanismo de "alerta rápida"), en "El fortalecimiento de los parlamentos en la Unión Europea: la incorporación del *Early Warning System*", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 1.er semestre del 2005, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, pp. 292-293.

[79] Ibídem, p. 292.

[80] Ibídem, p. 293.

El de Lisboa representa una versión *edulcorada* del tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (que naufragó tras la derrota de los referendos llevados a cabo en Francia y Holanda) y, sin mencionar la palabra *Constitución,* busca acondicionar las instituciones comunitarias para adecuar su funcionamiento a la cantidad de Estados miembros que hoy componen la UE (27). Los jefes de Estado y de Gobierno de estos se comprometieron en las conclusiones de su reunión a buscar una "ratificación rápida" del tratado, que se esperaba fuera aprobada definitivamente antes del 31 de diciembre del 2008 para que entrara en vigencia de cara a las elecciones al Parlamento Europeo de junio del 2009. Obviamente, los planes y la agenda primigenia debieron modificarse a causa del *no* irlandés al Tratado por medio del referendo celebrado el 12 de junio del 2008, aunque luego de debatir la incidencia que tal episodio podría tener en el proceso aprobatorio general, el Consejo Europeo decidió pocos días después (el 20 de junio) proseguir el trámite de ratificación con los países que aún no lo habían aprobado y replantear el tema en la Cumbre de octubre del año en curso.[81]

El artículo 6 del TL establece que este sería ratificado por las altas partes contratantes de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (apartado 1) y entraría en vigor el 1 de enero del 2009, siempre que se hubieran depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpliera dicha formalidad (apartado 2).

En su introito, el TL enuncia como propósitos genéricos los siguientes: completar el proceso iniciado por los Tratados de Ámsterdam y Niza, a fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la UE y mejorar la coherencia de su acción.

Cabe destacar que por el artículo 1.4 del TL se modifica el artículo 2 del TUE, en cuyo apartado 3, párrafo 3.º, en lo que atañe a los intereses de las entidades subestatales, se pone de manifiesto que la UE fomentará la cohesión económica, social y *territorial* (es decir, se complementa su *objetivo* de cohesión económica y social al hacerla extensiva al plano territorial) y la solidaridad entre los Estados miembros; además, respetará la riqueza de *su diversidad cultural y lingüística* (párrafo 4.º). Vinculado a lo que mencionábamos, de hecho se modifica el Protocolo sobre la Cohesión Económica y Social, que pasa a llamarse Protocolo sobre la Cohesión Económica, Social y *Territorial*.

Mutatis mutandi, se ha puntualizado que el concepto de *cohesión territorial* va más allá de la idea de cohesión económica y social, a la que amplía y refuerza; así, con aquella se pretende "ayudar a lograr un desarrollo más equilibrado reduciendo las disparidades existentes, impidiendo los desequilibrios territoriales y aumentando la coherencia tanto de las políticas sectoriales que tienen una repercusión territorial como

[81] Cf. la nota de 20 de junio del 2008, "European Council to analyse further and return to Lisbon Treaty in October; meanwhile, ratification continues", que puede consultarse en ‹http://www.eu2008.si/en/News_and_Documents/Press_Releases/June/0620EC_LisbonTreaty.html›.

Por lo demás, y hasta donde llega nuestra información, con posterioridad al *no* de Irlanda, el tratado fue aprobado por el Reino Unido (el 18 de junio), Chipre (el 3 de julio), Holanda (el 8 de julio), Bélgica (el 10 de julio), España (15 de julio) e Italia (31 de julio); hasta fines de julio del 2008 eran 24 los Estados miembros de la UE que lo habían aprobado.

de la política regional", para asimismo mejorar la integración territorial y fomentar la cooperación entre las regiones.[82]

Por su parte, el artículo 1.5 del TL deroga el artículo 3 del TUE e inserta el artículo 3 *bis,* en cuyo apartado 2, y en lo que aquí interesa, estipula:

La Unión respetará la igualdad de los Estados Miembros ante los Tratados,[83] así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, *también en lo referente a la autonomía local y regional*.[84]

En relación con el Comité de las Regiones, por el artículo 1.14 del TL atinente al título III ("Disposiciones sobre las Instituciones") del TUE, el artículo 9, apartado 4, de este especifica que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (algunas de las instituciones de la UE) estarán asistidos por un Comité Económico y Social y un *Comité de las Regiones*, que ejercerán funciones *consultivas*.

Una previsión homóloga se ubica en el capítulo relativo a los "Órganos consultivos de la Unión", particularmente en el apartado 1 del nuevo artículo 256 *bis* del Tratado de Funcionamiento de la UE que se inserta. A su tiempo, en el apartado 3 de tal artículo se determina que este último Comité estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida. Por último, el apartado 4 establece que los miembros del Comité no estarán vinculados por ningún mandato imperativo, por lo que ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.

Es especialmente significativa la cláusula que acuerda al Comité de las Regiones el *derecho de recurso, para salvaguardar sus prerrogativas, ante el Tribunal de Justicia de la UE* (cf. artículo 230, párrafo 3.º, del TCE, que proyecta modificar el artículo 2.214. *b* del TL).

Ya en el ámbito del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad[85] (uno de los que el TL identifica como los protocolos que deberán ir anejos al TUE, al Tratado de Funcionamiento de la UE y, en su caso, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), el artículo 8 del citado Protocolo, luego de pautar que el Tribunal de Justicia de la UE será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad por un acto legislativo (párrafo 1.º), señala que el Comité de las Regiones —de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 230 del Tratado de Funcionamiento de la UE— *también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el*

---

[82] Cf. *Tercer informe sobre la cohesión económica y social, "Una nueva asociación para la cohesión. convergencia, competitividad y cooperación",* Comisión Europea, COM (2004) 107 del 18 de febrero del 2004, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (impreso en Bélgica), 2004, p. 27.

[83] En el artículo 1, párrafo 3.º, del TUE (según la redacción diseñada por el artículo 1.2.*b* del TL) se advierte que cuando el texto mencione "los Tratados" hará referencia al propio TUE y al Tratado de Funcionamiento de la UE; se aclara que ambos tratados tienen el mismo valor jurídico y luego se establece que la UE sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.

[84] Remarcado agregado.

[85] Dicho Protocolo fue aprobado primigeniamente por el Tratado de Ámsterdam (1997).

*Tratado nombrado en último término requiera su consulta* (párrafo 2.º). De su lado, y en función del artículo 9 del Protocolo que referenciamos, se especifica que la Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del artículo 3 *ter* del TUE (referido a los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad aplicables a las competencias de la Unión y que sustituye al artículo 5 del TCE), informe que deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Básicamente, en su artículo 6, párrafo 1.º, el mencionado protocolo contiene la facultad de todo parlamento nacional o de toda cámara de uno de esos parlamentos de dirigir a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto de acto legislativo (siempre en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de este) no se ajusta al principio de subsidiariedad; atribución que se correlaciona con el artículo 3, párrafo 1.º, del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (que por el TL también anexa). Por lo demás, el artículo 7, del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad diagrama las distintas alternativas procedimentales que seguirá la cuestión que tratamos, que esencialmente constituye el mecanismo de *alerta rápida o temprana* al que referíamos.

### *5.1.4. Sucinto balance del accionar del Comité. Prospectiva*

En cuanto al balance de la labor del Comité, existen criterios discordantes porque para algunos su injerencia real ha sido muy discreta y modesta, mientras que para otros las regiones europeas han ganado en presencia activa en Europa a través del Comité, fundamentalmente por medio de los informes que preceptivamente debe proporcionar al Consejo, la Comisión y el Parlamento en los temas vinculados a la política regional.

Sea como fuera, aunque perfectible, sin duda es un órgano con cierta trascendencia como instancia de articulación, contención y participación en el proceso comunitario europeo de las entidades que Pérez González denomina *político-territoriales* ubicadas en un plano inmediato inferior al Estado (región en sentido estricto) y de otras entidades territoriales menores (municipios)[86] o, como destaca Moreno Vázquez, como órgano vertebrador de los intereses regionales y locales en la Unión Europea.[87]

Asimismo, se ha reivindicado su papel como facilitador o plataforma de intercambio entre las regiones, por ejemplo, en materia de *clusters* y desarrollo regional.[88] Cabe advertir que los *clusters* tienen por objetivo agrupar geográficamente a empresas y

[86] Pérez González: "Facultades de los entes…", o. cit., pp. 17 y 26.

[87] Moreno Vázquez: o. cit., pp. 125 ss.

[88] Cf. Petr Hnízdo: "Una oficina en Bruselas: algo más que una cuestión de prestigio…", en *Regiones y Municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, n.º 56, verano del 2007, Bruselas, p. 9.

agentes del mismo sector: fabricantes, universidades, asociaciones, etcétera, para construir un polo de competitividad.[89]

El Comité es igualmente significativo desde el punto de vista *simbólico*, en tanto —como se anticipaba— encarna uno de los reflejos de la mutación del paradigma sobre la "cuestión regional" entre los tratados institutivos de las Comunidades Europeas, que la ignoraron, y el TUE, que mostró su preocupación al respecto y la canalizó —entre otras manifestaciones que ya fueron colacionadas— en la instauración de aquel órgano preponderantemente consultivo.

Ya de cara al futuro, Delebarre —actual presidente del Comité (fines del 2007)— ha identificado como un desafío importante la evolución institucional de la UE, recordando que el mandato conferido a la Conferencia Intergubernamental que cristalizó en el TL

> […] preserva lo esencial de los logros obtenidos por los entes territoriales en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, como el reconocimiento del respeto de la autonomía local y regional por la Unión, el mantenimiento del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la introducción de la cohesión territorial y la diversidad cultural y lingüística entre los objetivos de la Unión […].[90]

## 5.2. Eurocities

Simplemente a modo ilustrativo, daremos aquí una brevísima noticia sobre Eurocities,[91] como instancia de vinculación y participación de las ciudades europeas en sectores temáticos de la política comunitaria en los que están involucrados intereses comunes de aquellas.

Se trata de una red de metrópolis europeas fundada en 1986, que reúne a los gobiernos locales de más de 130 ciudades importantes de alrededor de 30 países y cuyo objetivo primordial es constituirse en la voz de aquellas en las instituciones comunitarias generando un espacio de diálogo sobre todos los aspectos de la normativa, políticas y programas de la UE que tengan impacto en las ciudades y sus ciudadanos.

Cabe acotar que actúa en una amplia gama de áreas temáticas, que incluyen: desarrollo económico y política de cohesión; prestación de servicios públicos; medio ambiente; transporte; empleo y asuntos sociales; cultura, educación, información y sociedad de conocimiento; gobernanza y cooperación internacional.

Para encuadrar contextualmente su gestión, Eurocities percibe que Europa afronta una serie de grandes desafíos que requieren una efectiva respuesta de las autoridades públicas, entre las que se incluyen: asegurar la prosperidad económica y el desarrollo

---

[89] Ibídem.

[90] Michel Delebarre: "Editorial", en *Regiones y Municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, n.º 57, octubre-diciembre del 2007, Bruselas, p. 2.

[91] En torno a las actividades y al rol de Eurocities, véase para ampliar: ‹http://www.eurocities.org/main.php›.

sustentable de ciudades y regiones; crear nuevas oportunidades de empleo; fortalecer la cohesión social y proteger el ambiente para las futuras generaciones. Entiende que tales desafíos solo podrán ser adecuadamente encarados si los diferentes niveles de la administración pública (ciudades y regiones, gobiernos nacionales e instituciones europeas) trabajan conjuntamente.

Finalmente, y a salvo las lógicas diferencias existentes entre ambos entes, podría trazarse un paralelismo entre Eurocities y Mercociudades (sobre la que volveremos). Esta última es la principal red de municipios del Mercosur, creada en 1995, y constituye un útil referente en el ámbito de protección de los intereses locales en dicho proceso integrativo sudamericano.

## 6. Alternativas de participación de los entes subestatales en el proceso integrativo mercosureño

Exploraremos sumariamente a continuación algunas posibilidades actuales y prospectivas de articulación y actuación en el ámbito del Mercosur que van despuntando o consolidándose para estados o provincias, regiones, municipios, departamentos y ciudades de sus Estados miembros.

En esa dirección, haremos una breve alusión sucesivamente al Parlamento del Mercosur; al Foro Consultivo de Municipios, estados federados, provincias y departamentos del Mercosur y a la red denominada Mercociudades.

### 6.1. Sobre el Parlamento del Mercosur

Cabe destacar que el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (PCPM) fue suscrito por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 9 de diciembre del 2005, a partir de la decisión n.º 23/05 emanada de la XXIX Reunión del Consejo del Mercado Común (CMC).[92]

Dentro de la estructura institucional del Mercosur, el Parlamento —que reemplazó a la Comisión Parlamentaria Conjunta— es el órgano de representación de los pueblos de aquel, unicameral, independiente y autónomo (artículo 1 del PCPM). Comenzó a funcionar el 7 de mayo del 2007.

El modo de elección de los "parlamentarios"[93] variará gradualmente de acuerdo con las siguientes pautas: a) en el actual estadio, los integrantes fueron elegidos de entre los miembros de los parlamentos nacionales; b) en una etapa posterior, desde el 2011, serán elegidos por voto directo, y c) en la fase subsiguiente, a partir del 2015,

[92] Para consultar el texto de la decisión y el protocolo (como de otros instrumentos relevantes sobre el punto), véase *Hacia el Parlamento del Mercosur. Una recopilación de documentos*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, 2.ª ed., 2006, pp. 21-32.

[93] La denominación que reciben sus integrantes consta en el artículo 5, párrafo 2.º, del PCPM.

además de voto directo, la elección será simultánea para garantizar la representatividad democrática.[94]

En realidad, tal determinación progresiva obedece a la interacción de los artículos 1 y 6, incisos 1.º y 4.º, y 1.ª y 3.ª disposiciones transitorias del PCPM.

Así, el artículo 1, al tiempo de estipular que el Parlamento estará integrado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, establece que "[l]a constitución del Parlamento se realizará a través de las etapas previstas en las Disposiciones Transitorias del presente Protocolo". Mientras tanto, el artículo 6, inciso 1.º, pauta que aquella elección —con las características mencionadas— se realizará por los ciudadanos de los respectivos Estados partes, y el inciso 4.º de tal artículo 6 determina que, a propuesta del Parlamento, el CMC establecerá el "Día del Mercosur Ciudadano" para la elección de los parlamentarios, de forma simultánea en todos los Estados partes.

A su tiempo, la 1.ª disposición transitoria establece que, a los fines de lo previsto en aquel artículo 1, se entenderá lo siguiente: por "primera etapa de transición", el período comprendido entre el 31 de diciembre del 2006 y el 31 de diciembre del 2010, y por "segunda etapa de transición", el período comprendido entre el 1 de enero del 2011 y el 31 de diciembre del 2014. A su tiempo, la 3.ª disposición transitoria determina que para la primera etapa de transición los parlamentos nacionales establecerán las modalidades de designación de sus respectivos parlamentarios, entre los legisladores de los parlamentos nacionales de cada Estado parte. Añade que, a los efectos de poner en práctica la elección directa de los parlamentarios (artículo 6.1 del PCPM) antes de la finalización de la primera etapa de transición, deberán efectuar elecciones por sufragio directo, universal y secreto de parlamentarios, y fija que la primera elección prevista en el artículo 6, inciso 4.º, tendrá lugar durante el 2014. Finalmente, a partir de la segunda etapa de la transición todos los parlamentarios deberán haber sido elegidos de conformidad con el artículo 6, inciso 1.º.

Entre los *propósitos* del Parlamento se cuentan los de asumir la promoción y la defensa permanentes de la democracia, la libertad y la paz; impulsar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones, y garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración (artículo 2, respectivamente, incisos 2.º, 3.º y 4.º).

Por su parte, en el marco de los *principios* que postula la institución parlamentaria, pueden resaltarse, por ejemplo: el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región; la cooperación con los demás órganos del Mercosur y ámbitos regionales de representación ciudadana; 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, y la equidad y la justicia en los asuntos regionales e internacionales (artículo 3, respectivamente, incisos 1.º, 3.º, 7.º y 8.º).

Luego de bosquejar rápidamente algunos lineamientos del Parlamento mercosureño, es hora de acotar que, si logra consolidarse democráticamente, tal estructura puede

[94] Tal información puede ubicarse en ‹http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal›.

constituirse también en una instancia de actuación y/o de control por parte de las entidades infraestatales de los países miembros con estructura compleja en cuestiones que resulten de interés de aquellas o que se vinculen a sus competencias específicas o concurrentes con el Estado nacional, de acuerdo con el reparto efectuado por las respectivas Constituciones.

En cuanto a la potencial utilidad que para los entes infranacionales puede ostentar la institución parlamentaria mercosureña, no debe olvidarse que en la parte considerativa de la nombrada decisión CMC n.º 23/05, entre otros aspectos de interés, se dejó en claro que su instalación,

> […] con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur, *creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas*.[95]

Pensando prospectivamente, debería existir —en palabras y hechos— un fluido diálogo y una franca cooperación entre el Parlamento del Mercosur y los poderes legislativos nacionales (fundamentalmente, en el caso de Argentina, a través de la Cámara de Senadores), para que, entre otras cuestiones y supuesto el avance del esquema hacia etapas más intensas de relación, se preserven los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*, y puedan aquellos órganos nacionales comunicar fundadamente al Parlamento del Mercosur y al resto de las instituciones competentes que, en casos concretos, existe el riesgo de que determinados proyectos normativos de la estructura integrativa vulneren la premisa de subsidiariedad, pues esta (en consonancia con la de proporcionalidad) supone una combinación de esfuerzos para "evitar la tendencia hacia el centralismo burocrático".[96]

Es decir, ni más ni menos que una suerte de sistema de *alerta rápida o temprana,* como el que en Europa prefigura el Tratado de Lisboa y que surge de la interrelación del texto que este imprime al artículo 3 *ter,* apartado 3, in fine, del TUE, en cuanto a que los parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad de acuerdo con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y artículo 6, párrafo 1.º, de este Protocolo, correlacionado con el artículo 3, párrafo 1.º, del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE.

---

[95] Párrafo 5.º (remarcado agregado).

[96] Cf. *Tratado de la Unión Europea [textos consolidados de los tratados comunitarios]*, Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas, notas a cargo de Herminio Losada González, Madrid, 1992, p. XXVII.

Según lo adelantado, el principio de *subsidiariedad* deberá engarzarse y funcionar armónicamente con el de *proporcionalidad* [97] (y el de *necesidad,* con el que este se asocia), por virtud del cual el contenido y la forma de la acción de la estructura comunitaria no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado constitutivo en cuestión.[98]

## 6.2. El Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur

Por medio de la decisión n.º 41/04, de 16 de diciembre del 2004, el Consejo del Mercado Común creó el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur, que viene a suceder a la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias.

La implementación del Foro constituye un importante logro de los entes locales, pues no es precisamente un dato menor que el órgano supremo del Mercosur y, como tal, conductor de la política del proceso integrativo (el CMC) reconociera que el Foro que se creaba sería útil para "estimular el diálogo y la cooperación entre las autoridades de nivel municipal, estadual, provincial y departamental de los Estados Partes del Mercosur" (artículo 1).

Debe recordarse que el citado Foro, que será integrado por representantes, designados por los Estados partes, de municipios, estados federados, provincias y departamentos integrantes de sus respectivos territorios, podrá proponer medidas destinadas a la coordinación de políticas para promover el bienestar y mejorar la calidad de vida de los habitantes de tales entidades, así como formular recomendaciones por intermedio del Grupo Mercado Común, es decir, del órgano ejecutivo del Mercosur.

Finalmente, no es sobreabundante computar que, dentro de las estrategias de descentralización que en este caso conduzcan a la realización de actividades de alcance internacional por los entes locales, ellas se desenvolverán —como mutatis mutandi se puntualizó[99]— en las siguientes áreas principales de acción: el llamado *hermanamiento* entre ciudades de diferentes países, la participación en organismos internacionales y en programas de cooperación internacional, y la vinculación con embajadas y representaciones del exterior.

---

[97] Sobre el tema, y mutatis mutandi, véase Jean-Victor Louis: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed. correg. y actualiz., Luxemburgo: Comisión Europea, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995, p. 105.

[98] El concepto brindado en el texto sigue, en lo pertinente, el fijado por el artículo 3 *ter*, apartado 4, párrafo 1.º, del TUE, según lo proyectado por el artículo 1.6 del TL.

[99] Cf. Nahuel Oddone y Leonardo Granato: "Una integración diferente: el caso de Mercociudades", en *Observatorio de la Economía Latinoamericana. Revista académica de Economía*, n.º 38, febrero del 2005, ISSN 1696-8352; disponible en ‹http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/ar/2005/cn-lg/texto.doc›.

## 6.3. Mercociudades

Representa una instancia generadora de un espacio de vinculación y actuación de las entidades municipales en los marcos de integración internacional. Se presenta, además, como la principal red de municipios del Mercosur y un referente destacado en los procesos de integración.[100]

Desde 1995, año de su fundación, ha venido bregando por "favorecer la participación de los municipios en el proceso de integración regional, promover la creación de un ámbito institucional para las ciudades en el seno del Mercosur y desarrollar el intercambio y la cooperación horizontal entre las municipalidades de la región". Cuenta con ciudades asociadas de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Chile, Bolivia y Perú.[101]

En otras palabras, el fundamento de su creación obedeció, por una parte y como se ha sostenido, a la necesidad de implementar un contexto institucional donde las ciudades pudieran expresar su opinión sobre el rumbo del proceso integrador y, por la otra, a desarrollar un terreno de convergencia e intercambio entre las ciudades que permitiera desenvolver políticas más eficaces y adecuadas a los tiempos de la globalización.[102]

Ya en relación con los ambiciosos objetivos a los que propende, desplegados en el artículo 2 de su Estatuto, pueden subrayarse —solo a título ejemplificativo— los siguientes: favorecer la participación de las ciudades en la estructura del Mercosur persiguiendo la codecisión en las áreas de su competencia; impulsar la creación de redes de ciudades a través de unidades técnicas operativas que desarrollen diversas acciones, programas y proyectos de interés común intermunicipal adecuados al proceso de integración; coordinar la planificación y promover acciones vinculadas al crecimiento y al desarrollo urbano de las ciudades; colaborar en la planificación de las políticas y los planes de desarrollo de las ciudades, tomando en cuenta la necesidad de mejorar la calidad de vida; impulsar la adopción de políticas que adecuen los proyectos locales al nuevo espacio regional, y difundir una cultura democrática y democratizadora en los niveles regional y nacional, estableciendo una relación más estrecha de cooperación para, a través de las municipalidades, definir políticas sociales adecuadas.

Para cerrar estas líneas debe advertirse que Mercociudades —que, como vimos y dejando a buen resguardo las diferencias entre ambos organismos, tiene cierta afinidad en cuanto a sus objetivos con Eurocities (red de metrópolis europeas)— esencialmente reconoce como propósito institucional central lograr su reconocimiento en la estructura del Mercosur. Por lo pronto, su prédica para abrir un margen de participación de las ciudades en este ha sido en cierta medida receptada, primero con la creación de la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias del Mercosur y luego con su sucesor, el aludido Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur.

---

[100] Véase http://www.mercociudades.org›.
[101] Ibídem.
[102] Cf. Oddone y Granato: "Una integración diferente…", o. cit.

## 7. Epílogo

Como es de suponer, las anotaciones precedentes no presentan todos los aspectos conflictivos o interrogantes que se suscitan en la interrelación de dos procesos relevantes como la integración supranacional y el federalismo. En consecuencia, nos hemos limitado a enfocar algunos de sus puntos de contacto, tanto en la experiencia comunitaria europea como en la praxis integrativa del Mercosur en su etapa actual y su prefiguración prospectiva.

Del itinerario panorámico emprendido pueden extraerse las siguientes observaciones finales, que vienen a añadirse a ciertas apreciaciones conclusivas ya intercaladas en otros segmentos de este trabajo:

1. No corresponde predicar a priori una incompatibilidad entre el proceso de integración supranacional, que contiene una importante nota de centralización, y el federalismo intraestatal, que supone un ejercicio de descentralización. Por el contrario, lo deseable sería generar una saludable complementación y armonización entre los elementos de esa relación binómica, a partir de claras normas contenidas en la Constitución, que permitan al Estado involucrarse en prácticas comunitarias preservando paralelamente la pluralidad y las líneas centrífugas dentro de él, tema este último que también debería quedar literalizado entre los objetivos del tratado constitutivo en cuestión, al menos genéricamente como el respeto por las autonomías locales por parte de la estructura supranacional.

En otras palabras, concertar coherentemente el principio de *autonomía institucional* en la autoorganización del Estado, con el despliegue y la aplicación del derecho comunitario ad intra y la participación de los entes subestatales ad extra.

2. Como afirma García de Enterría, el respaldo que a todas las políticas vinculadas con la irrupción de los nuevos espacios económicos integrados desde la Unión Europea al Mercosur y, más aún, la imposición real de una globalización de la economía que las nuevas técnicas hacen posible y las exigencias del desarrollo económico parecen imponer, prestan una perspectiva nueva y obligada a todo el movimiento de relocalización inexorable de los centros de decisión.[103]

3. En torno a la integración supranacional y su relación con las modalidades estaduales complejas, la referencia al paradigma europeo es inexcusable, porque, de una parte, aquel proceso lleva más de cinco décadas de desarrollo y, de la otra, se han incrementado intensamente Estados de estructura federal o regional, Estados regionalizados o experiencias de descentralización en naciones tradicionalmente unitarias.

Sin embargo, si bien cabe abrevar en una praxis tan avanzada como la de Europa, paralelamente deben evitarse los implantes jurídicos artificiales, sorteando "las distorsiones y los espejismos"[104] de la visión iuscomparada. Dicho en otros términos, cabe

---

[103] Eduardo García de Enterría, en el prólogo a la obra de Hernández (h.): *Integración y globalización…*, o. cit., p. xv.

[104] La gráfica expresión es de Luis López Guerra: "Estudio preliminar", en *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 31.

tener presente la utilidad que aporta la observación de las vivencias extranjeras como matriz para el posterior examen comparativo, pero sin perder de vista que lo apropiado es extraer de tal operación solo lo aplicable a la cultura, la idiosincrasia y la realidad jurídicas en que el plexo normativo proyectado esté llamado a operar, pues específicamente en el caso del federalismo (o de los federalismos, en la visión de Friedrich), al tiempo de ser un proceso complejo y dinámico, cada contexto nacional y local tiene particularidades intransferibles.

El resultado de la indagación, por tanto, no puede ser sino con beneficio de inventario, extrapolando lo que se revele consistente con la arquitectura y la ideología jurídicas del sistema en el que se pretendan aplicar aquellas experiencias y evitar así artificiales mimetismos.

4. En el ámbito del Mercosur, y partiendo de la base de que existiera verdadera *voluntad política* de construir progresivamente una estructura supranacional más avanzada y demandante, los países componentes del modelo deberían acometer una compatibilización constitucional pues desde un prisma iuscomparado se observan ostensibles asimetrías.

Insistimos en la necesidad de que medie sincero empeño político, ya que ni la elaboración de normas ni la creación de instituciones tienen efectos taumatúrgicos. Por ende, nada solucionarán o modificarán si no las mueve una sincera decisión estratégica de asumir compromisos más sólidos en el marco integrativo.

Lo ideal sería que las respectivas Leyes Fundamentales contuvieran normas que claramente pautaran el valor que frente al derecho interno tendrán los instrumentos internacionales y que prefiguraran una cláusula de habilitación para la cesión, la atribución, el traspaso, la delegación o la transferencia de competencias a entes supranacionales, paralelamente a un acondicionamiento jurisprudencial, para que la potencial arquitectura institucional que se genere no se derrumbe por falta de consistencia jurídica.

Recuérdese que el derecho comunitario presenta como líneas fisonómicas específicas la autonomía y el efecto directo e inmediato de sus normas, características que conducen a su aplicación preferente sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados que componen el espacio regional en cuestión.

Del recorrido comparativo realizado, surge que las configuraciones constitucionales de Argentina y Paraguay se encuentran suficientemente preparadas sobre el particular, al igual que Venezuela (si hipotéticamente se lo incluyera en la nómina sobre la base de su pretendida incorporación plena a las filas del Mercosur); no así las de Brasil y Uruguay, acerca de las cuales calificada doctrina postula la necesidad de llevar adelante sendas reformas constitucionales para legitimar la creación de organizaciones supranacionales recipiendarias de competencias o atribuciones dispensadas por tales Estados miembros, al tiempo de requerirse —para completar el acondicionamiento conveniente— un correlativo acompañamiento jurisprudencial de los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, es decir, el Supremo Tribunal Federal brasileño y la Suprema Corte de Justicia uruguaya.

5. Si se lograra salvar la asimetría jurídica y contar con la voluntad política necesaria, abriendo paso a estructuras integrativas más complejas y exigentes (sin diluir las

identidades nacionales), entre otros aspectos relevantes que surgen de la interacción del espacio supranacional y el federalismo, cabría prestar especial atención al *impacto* que el proceso integrativo pudiera provocar en las entidades infraestatales y canalizar las energías para concebir cauces idóneos que permitan a estas *participar* de dicha experiencia.

Ello debería cristalizarse en algunas de las fases, *ascendente* o de celebración de los tratados internacionales que pueden afectar los ámbitos competencial o de intereses de tales entes locales, o *descendente* o de aplicación de la normativa comunitaria en el escenario intranacional; asimismo, sería aconsejable viabilizar la vinculación de estos con sus pares del mismo Estado o de otros, para ganar peso específico y hacer oír sus reclamos en el área integrada.

En otras palabras, y aunque suene reiterativo, se impone la necesidad de consolidar un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, que permita a las instancias subestatales en cuestión comunicarse con las instituciones de la estructura supranacional, y el *intraestatal*, que genere una coordinación entre los gobiernos centrales y los locales en lo que atañe al proceso de integración.

6. Las actividades que en la órbita internacional pueden desplegar estados y provincias (y, ¿por qué no?, también municipios, aunque estos con un doble orden de limitación: las constituciones nacional y provincial o estadual que correspondan), se entienden a partir de una relectura de la concepción clásica de relaciones internacionales, separando el "núcleo duro" de estas, reservado al poder central, del "núcleo blando", que pueden llevar adelante los entes subnacionales respetando el principio de lealtad constitucional.

7. Ligado a ello, Hernández plantea con acierto que la integración regional importa (agregamos por nuestra cuenta: principalmente) dos desafíos fundamentales para las provincias: de un lado, alcanzar los objetivos del desarrollo económico y social y del desarrollo humano, con la magnitud de los cambios políticos, económicos, educativos, culturales y sociales por afrontar, comenzando con una tarea de compatibilización de la legislación, y, por otro, cumplir con las obligaciones inherentes a la integración supranacional, como parte de un Estado miembro del Mercosur.[105]

Ya en un plano general (esto es, que involucra no solo a nuestro país), en la dimensión interna los retos esbozados deberían tener como matriz legitimante un federalismo de concertación y participativo, que permita una relación equilibrada entre las instancias que componen la estructura federal (nación; estados o provincias; municipios, departamentos, etcétera, de acuerdo con la terminología empleada constitucionalmente por cada país) y posibilite un proceso integrado de crecimiento y evolución ad extra y ad intra.[106]

No menos importante es que tal esquema equilibrado se traslade a la propia estructura comunitaria y su sistema distributivo y de ejercicio de competencias con cada uno de los Estados miembros, preservando los patrones de *atribución*, *subsidiariedad,*

[105] Hernández (h.): *Integración y globalización…*, o. cit., p. 60.

[106] Sobre el particular, véase Silvina Barón Knoll de Bertolotti: "La provincia en los procesos de integración. Relaciones del Estado Nacional y las provincias con el Mercosur", en *Derecho público provincial y municipal*, vol. 1, o. cit., pp. 181-199.

*proporcionalidad* [107] *y necesidad*, o sea, respectivamente: a) que la estructura comunitaria actúe dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados en los tratados institutivos para lograr los objetivos que estos determinan, pautándose que toda competencia no atribuida a ella corresponderá a los Estados miembros; b) que las decisiones políticas se adopten en el contexto más cercano al ciudadano para obtener el mayor grado de eficacia posible, por lo que el ente comunitario, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, intervendrá sólo en caso y en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni en el nivel central ni en los niveles regional o local, y c) por virtud del tercero y el cuarto principios, que el contenido y la forma de la acción de la entidad comunitaria no excedan de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado constitutivo.

8. En el marco de análisis del derecho comparado, y dentro de los anunciados límites, habría que tener presente la praxis del Comité de las Regiones en Europa (para la eventual extrapolación de algunas de sus pautas ante una hipotética vinculación comunitaria más intensa que la que hoy caracteriza al Mercosur), órgano que resulta útil como instancia de articulación, contención y participación de las entidades subestatales en el proceso comunitario europeo, estructura armonizadora de los intereses regionales y locales, y matriz facilitadora de intercambios regionales para el desarrollo de aquellas.

La principal labor del Comité gira al compás de su rol *consultivo*, fundamentalmente en el plano de los dictámenes preceptivos que brinda al Consejo, la Comisión y el Parlamento y los que motu proprio puede realizar. Ya en cuanto a la esfera *política,* su actividad se orienta a allanar la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en la Unión Europea.

Por último, el Tratado de Lisboa —que, de lograr en algún momento su efectiva plasmación, esencialmente modificará al TUE y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la UE)— consagra ciertas premisas relevantes para los entes territoriales, por ejemplo: la inclusión de la denominada *cohesión territorial* (paralelamente a la cohesión económica y social) como finalidad de la Unión; el reconocimiento del respeto por parte de esta a la autonomía local y regional, y el mantenimiento del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, reconociéndosele legitimación al Comité de las Regiones para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión por violación al principio de subsidiariedad, órgano aquel que también recepta habilitación para actuar ante dicho Tribunal en defensa de sus prerrogativas.

9. Algunas posibilidades actuales y prospectivas de articulación y actuación en el dominio del Mercosur que van apareciendo o afianzándose para estados o provincias; regiones; municipios, departamentos y ciudades, pueden localizarse en el Parlamento del Mercosur; el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y

[107] Véase sobre el punto el artículo 1.6 del TL, que introduce el artículo 3 *ter* del TUE, fuente de la que se han extraído algunas pautas para perfilar los principios de *atribución* (al que también se refiere el artículo 1.5 del TL, que deroga el artículo 3 e incorpora el artículo 3 *bis* del TUE), *subsidiariedad* y *proporcionalidad* volcadas en el texto.

Departamentos del Mercosur, y la red denominada Mercociudades, específicamente para ciudades y municipios.

En lo tocante al Parlamento del Mercosur, una vez que se consolide, debería mantener un constante y fluido diálogo con los poderes legislativos nacionales (principalmente, en el caso argentino, a través de la Cámara de Senadores, que deberá revitalizarse y asumir cabalmente su rol como interlocutora y defensora de los intereses provinciales), para que entre otras cuestiones, y supuesto el avance del esquema hacia etapas más intensas de relación, se preserven los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y puedan aquellos órganos nacionales comunicar fundadamente al Parlamento mercosureño y al resto de las instituciones competentes que en casos concretos existe el riesgo de que determinados proyectos normativos de la estructura integrativa vulneren la premisa de subsidiariedad, la cual, en retroalimentación con la de proporcionalidad, coadyuva a mitigar la tendencia centralista del proceso de integración.

Por su parte, tanto el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos en el ámbito del Mercosur, como la red Mercociudades —por supuesto, cada uno de ellos conforme a sus posibilidades materiales y esferas competenciales—, constituyen iniciativas plausibles para lograr cauces de vinculación y participación de las entidades subestatales en el proceso mercosureño, y espacios para facilitar la cooperación horizontal entre ellas y con miras a un desarrollo más equilibrado que disminuya las disparidades y los desequilibrios económicos, sociales y territoriales.

10. En punto a la intervención de las colectividades territoriales en la denominada fase *ascendente,* podrían, por ejemplo y mutatis mutandi, tenerse en cuenta la experiencia alemana (también contenida en la Constitución austríaca) que prefigura la actuación de los *Länder* en la etapa de celebración de los tratados internacionales que pueden afectar su competencia o intereses, y la figura del *Ländersbeobachter* u observador de los *Länder*, que toma parte como miembro de la delegación alemana al Consejo de Ministros de las sesiones que aborden temas que afecten a los *Länder*.

Ya en relación con la fase *descendente* de aplicación y desarrollo del derecho comunitario derivado dentro del Estado, por varias razones se abren distintas perspectivas para las entidades subnacionales. Así, ilustrativamente, cabría recordar un dato fáctico que marca que la mayor parte de la normativa comunitaria se ejecuta en estas, con lo cual es particularmente relevante su intervención en la correspondiente etapa aplicativa. De su lado, y con no menor trascendencia, aparece otro aspecto de la cuestión, que estriba en que en el plano comunitario las *directivas* fijan lineamientos generales dejando sitio para su desarrollo ulterior por las instancias estatales internas, área en la que puede germinar una vía cierta de participación de los entes locales en equilibrada coordinación con los Estados nacionales.

Ciertamente, y de su lado, la actuación de los niveles infraestatales en los procesos de adopción de decisiones en la estructura comunitaria sobre materias de competencia de aquellos o susceptibles de afectar sus intereses puede ser *directa*, mediante la presencia de representantes en las instituciones u órganos de esta, e *indirecta*, por medio

de diversos mecanismos internos para influir en la posición que ante la órbita supranacional adopte el Estado al que pertenecen.

11.Para terminar, y aunque aparezca desconectado del tema central que abordamos en el presente trabajo, nos permitimos mencionar que cualquiera sea la decisión que se tome para gobernar el futuro del Mercosur, en este —como en cualquier proceso de integración— será siempre relevante todo cuanto se haga para compatibilizar eficiencia técnica con democracia,[108] en orden a procurar la convergencia de una modulación no traumática de las relaciones que genera la tensión entre mercado, por una parte, y democracia y derechos humanos, por la otra.

Insistimos en la necesidad de *no obviar la dimensión humanista de los fenómenos integrativos*, pues en paráfrasis de Monnet —ideólogo de la integración europea—, con la comunitariedad no se persigue la mera coalición de Estados, sino la unión de hombres,[109] por lo que debe desterrarse la percepción que indica que la perspectiva crematística es la única válida y posible para visualizar los procesos de integración.

Así, derechos humanos y democracia son recaudos jurídica y axiológicamente imprescindibles en cualquier intento serio de integración supranacional, y sustento esencial de su legitimidad.[110]

Finalmente, y como enseña Frías, la integración evitará que quedemos más solos en un mundo más unido, pero la integración es el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos y personas con su propia identidad,[111] premisa irrecusable si verdaderamente se desea transitar con provecho los *nuevos senderos del federalismo*[112] en los pliegues del proceso comunitario.

---

[108] Miguel Ángel Ciuro Caldani: *El derecho universal. Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 95.

[109] La frase textual es: "No coaligamos Estados, unimos hombres"; aludida por Marcelino Oreja Aguirre en Isabel Vega Mocoroa (coord.): *La integración económica europea*, Prólogo, Valladolid: Lex Nova, 1996, p. 15.

[110] Véase Víctor Bazán, por ejemplo, en "El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales", en *El Derecho*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 1998, pp. 10-16.

[111] Pedro. J. Frías: "Las responsabilidades morales y políticas", en *Los breviarios del siglo XXI*, Córdoba, s/d.

[112] La frase que cierra el trabajo está obviamente tomada del título de la obra de Antonio La Pergola: *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 689-722, ISSN 1574-4974

**Waldemar Hummer (Austria)***

# La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea

## RESUMEN

**La protección de los derechos fundamentales de la persona en el seno del Mercosur se expresa en forma programática en diversas fuentes comunitarias, pero no se incorporó en el tratado fundacional. La idea de elaborar una "Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur" fue propuesta en 1993 por los movimientos sindicales de los cuatro Estados signatarios, como parte de la futura "Carta Social del Mercado Común del Sur", en el entendido de que la integración económica exige afrontar la dimensión social del proceso, a fin de evitar diversos efectos nocivos para las sociedades de los países miembros. El artículo repasa las características de la propuesta, en parangón con la Carta de los Derechos humanos de la Unión Europea.**

**Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, tratados internacionales, derecho comparado, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur, Mercosur, jurisprudencia comentada.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Schutz der individuellen Grundrechte im Mercosur ist programmatisch in mehreren Rechtsquellen der Gemeinschaft niedergelegt, wurde jedoch nicht in den Gründungsvertrag aufgenommen. Ausgehend von der Überzeugung, dass die wirtschaftliche Integration eine Beschäftigung mit der sozialen Dimension dieses Prozesses erforderlich mache, um eine Reihe negativer Auswirkungen auf die Gesellschaften der Mitgliedsländer zu vermeiden, brachten die Gewerkschaftsbewegungen der vier Mitgliedsländer 1993 die Idee einer "Grundrechtscharta des Mercosur" ins Spiel, die Bestandteil der zukünftigen "Sozialcharta des Mercosur" sein sollte. Der Beitrag stellt den Vorschlag vor und vergleicht ihn mit der EU-Menschenrechtscharta.**

**Schlagwörter: Schutz der Grundrechte, internationale Verträge, Rechtsvergleichung, EU-Grundrechtscharta, Mercosur-Grundrechtscharta, Mercosur, kommentierte Rechtsprechung.**

---

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Derecho Europeo y Relaciones Internacionales, Universidad de Innsbruck (Austria). ‹waldemar.hummer@uibk.ac.at›

**ABSTRACT**

**Within the Mercosur, the protection of individual fundamental rights has been stated in a program format in several community documents, however it has not been included in the foundational treaty. The idea of formulating a "Mercosur Charter of Fundamental Rights" was proposed in 1993 by the union movements of all four signatory States as a part of the future "Southern Common Market Social Charter", in the understanding that economic integration requires dealing with the social dimension of the process, in order to prevent multiple damaging effects for the communities of the member countries. This paper revisits the details of the proposal, comparing it with the Charter of Fundamental Rights of the European Union.**

**Key words: protection of fundamental rights, international treaties, comparative law, Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Union, Mercosur Charter of Fundamental Rights, Mercosur, annotated jurisprudence.**

Em nossa região, porém, inspirar-se na Europa seria cometer uma gafe, eis que a referência àquele avançado processo tem se constituído em tabu nas negociações do MERCOSUL. Há apenas uma exceção à rejeição sistemática do modelo europeu: o conjunto de temas relacionados à cidadania e aos Direitos Humanos.[1]

Analisando a legislação relativa ao Mercosul, avaliamos que, aos poucos, os documentos vêm incorporando princípios que têm a democracia e os direitos humanos como parâmetro. Se comparado, porém, com a União Européia, veremos que no Mercosul ainda é tímida a incorporação destes princípios. A área dos direitos trabalhistas foi a que obteve mais avanços, com a Carta Sócio-Laboral.[2]

## 1. Introducción

La protección de los derechos fundamentales de la persona en el seno del Mercosur se expresa en forma *programática* en las siguientes fuentes comunitarias lato sensu, sin incorporarlos directamente en el tratado fundacional del acuerdo en forma vigente:

[1] D. Ventura y M. Rolim: "Os direitos humanos e o MERCOSUL: Uma agenda (urgente) para além do mercado", ‹http:///www.dhnet.orgbr/direitos/mercosul/index.html›, p. 2.

[2] J. Pitanguy y R. Heringer: "Subsídios para uma Agenda de Direitos Humanos no Mercosul", en *Proposta,* n.º 87, diciembre 2000-febrero 2001, p. 60.

- El párrafo sexto del Preámbulo del Tratado de Asunción (1991)[3] reza:

> Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles con el fin de *mejorar las condiciones de vida de sus habitantes* […].

- El artículo 34 del Protocolo de Olivos[4] dice:

> Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el TPR decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción […] así como a los *principios y disposiciones de Derecho Internacional* aplicables a la materia.

- El Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur,[5] artículo 3, inciso 4 declara:

> Son principios del Parlamento: […] El respeto a los *derechos humanos en todas sus expresiones*"

Artículo 4, inciso 3:

> El Parlamento tendrá las siguientes competencias: […] Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la *situación de los derechos humanos* en los *Estados Partes*, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR […].

- La decisión del CMC n.º 40/04 sobre Creación de la *Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur* (RAADH),[6] considerandos, párrafos 1 a 3, reza:

> Que los derechos humanos son fundamentales para la construcción de sociedades libres y para la búsqueda del desarrollo económico y social; Que la protección y la promoción de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y de los Estados Asociados son objetivos esenciales del proceso de integración de América del Sur; Que las libertades individuales, los principios democráticos y el estado de derecho constituyen valores comunes a las sociedades sudamericanas.

---

[3] Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, ‹http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm›.

[4] Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, ‹http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm›.

[5] Mercosur/CMC/DEC. n.º 23/05, del 8 de diciembre del 2005.

[6] Mercosur/CMC/DEC. n.º 40/04, del 16 de diciembre del 2004.

- El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, del 19 de junio del 2005,[7] considerandos, párrafos 6 y 9, consta:

> Que es fundamental asegurar la protección, promoción y garantía de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todas las personas; Que el goce efectivo de los derechos fundamentales es condición indispensable para la consolidación del proceso de integración.

A estas fuentes se agregan varios comunicados de los presidentes de los Estados partes y de los Estados asociados.

A pesar de estas declaraciones netamente programáticas, en el Tratado de Asunción (1991) no existe *ninguna referencia explícita* a la protección de los *derechos fundamentales*.

La idea de elaborar una "Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur" se remonta a la propuesta de los movimientos obreros de los cuatro Estados partes del acuerdo, redactada por el Consejo de Coordinación Social del Cono Sur en diciembre de 1993[8] como parte de la "Futura Carta Social del Mercado Común del Sur". Esta iniciativa se debió a la idea de que la integración económica involucra aspectos y efectos ineludibles que demandan la necesidad de afrontar la cuestión de la "dimensión social" de la integración, evitando así la posibilidad de un "dumping social" y los demás efectos nocivos de una concepción de integración meramente economicista. Este proyecto de una Carta de los Derechos fundamentales del Mercosur recoge los derechos humanos fundamentales no solo en sus expresiones clásicas de derechos civiles y políticos (*derechos de la primera generación*), sino también los contenidos modernos de los derechos económicos, sociales y culturales (*derechos de la segunda generación*) consagrados en los planos internacional, regional y nacional. En su segunda reunión del 30 de junio al 2 de julio de 1994 en Mendoza, la Subcomisión de Política Laboral de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur adoptó en este contexto la declaración 1/94,[9] en la cual afirma su intención de auspiciar el estudio y el tratamiento de este proyecto de una Carta de los Derechos Fundamentales del MERCOSUR, y decidió tratar este tema en su siguiente sesión.

Esa *vocación social* de los países miembros del Mercosur ya se había mostrado en la Declaración de Ministros de Trabajo de los países miembros, del 9 de mayo de 1991, donde se estableció la necesidad de "atender los aspectos laborales del Mercosur". Ello fue un antecedente inmediato de la creación del antiguo Subgrupo de Trabajo n.º 11 del GMC, en el que se hace referencia al estudio de la viabilidad de adoptar una "Carta Social del Mercosur".[10]

---

[7] Mercosur/CMC/DEC. n.º 17/05, del 19 de junio del 2005.

[8] En ‹http://www.portaldeabogados.com.ar/mercosur/cartabsas.htm›; ‹http://www.econosus.com/luigikeynes/weblog/132.html›.

[9] Anexo 2 al Acta de la Subcomisión de Política Laboral, ‹http://www.senado.gov.br/evmmercosul/M731/…/publico/setores/000/39/reunioes/1994/21/SubcomisiónPolíticaLaboral.doc›.

[10] A. F. Mac Donald: "La influencia del Mercosur en la elaboración de normas laborales internacionales", en *Diario Judicial/Buenos Aires,* 5 de noviembre del 2008.

Recién en el año 1997, en una reunión del Subgrupo de Trabajo n.º 10 del GMC, se discutió sobre un Protocolo Sociolaboral del MERCOSUR y se adoptó la forma de un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción (1991). Dicha iniciativa se dejó luego de lado y se decidió por una Declaración Sociolaboral de los Presidentes de los Estados partes del Mercosur,[11] la cual fue suscrita por los jefes del Estado con fecha 10 de diciembre de 1998 en Río de Janeiro. Esta Declaración Sociolaboral del Mercosur, que consagra los procesos logrados en la dimensión social del proceso de integración, consiste en un registro de derechos fundamentales de la *segunda generación,* aunque no contiene garantías que aseguren su cumplimiento, pero sí un sistema de seguimiento de la aplicación de la declaración, cuyo órgano principal es la Comisión Sociolaboral Regional (artículos 20-22).

En la agenda del Programa de Trabajo 2004-2006 del Mercosur[12] apareció un párrafo que reza que el "Grupo ad hoc de Derechos Humanos" —un organismo vinculado al Foro de Consulta y Concertación Política, que a su vez está vinculado al CMC— es el órgano que debería evaluar la pertinencia o no de una Carta de Derechos Humanos del Mercosur. Ese grupo ad hoc se convirtió después en la Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados (RAADH),[13] por la decisión 40/04 del CMC,[14] que fue tomada en Belo Horizonte el 16 de diciembre del 2004. Ya en su primera sesión, el 7 y 8 de mayo del 2005 en Asunción, la RAADH, como encargada de elaborar una Carta de Derechos Humanos del Mercosur, se ocupó de este tema y discutió sobre la deseabilidad de la elaboración de una tal Carta.[15]

Este breve resumen del desarrollo de la idea de elaborar una Carta de Derechos Humanos del Mercosur demuestra una serie de rasgos y características distintos si se los compara con su supuesta pieza antagónica, la Carta de los Derechos humanos de la Unión Europea. La tres características más importantes de la Carta de Derechos Humanos del Mercosur que la distinguen conceptualmente de su pareja europea son las siguientes:

a. La idea de incorporar derechos fundamentales en el marco jurídico del Mercosur fue iniciada casi paralelamente a la ratificación del Tratado de Asunción, mientras que el proceso de desarrollar derechos fundamentales mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas comenzó diez años después de la firma de los Tratados de Roma. El proyecto de redactar una Carta de Derechos Fundamentales de la UE tardó más de 40 años.[16]

---

[11] En ‹http://www.dhnet.org.br/direitos/mercosul/index.html›.

[12] Véase la decisión 26/03 del Consejo.

[13] La XII Reunión de RAADH, que sesionó los días 4 y 5 de junio del 2008 en Buenos Aires, aprobó su Plan de Trabajo 2008-2009; véase ‹http://www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur/default.htm›.

[14] Véase la nota 7.

[15] "Mercosur: Derechos humanos y participación ciudadana", entrevista Patricia Peralta Gainza a Deisy Ventura, en *Forociudadano.com. Temas regionales,* Montevideo, martes 12 de abril del 2005, ‹http://www.forociudadano.com/regional/VenturaMercosurDerHumanos.htm›; véase también Ventura y Rolim: o. cit. (nota 1), pp. 12 ss.

[16] Véase infra.

b. Asimismo, la idea de incorporar derechos fundamentales fue creada en el seno del Mercosur primordialmente como proyecto de una Futura Carta Social del Mercosur —coleccionando derechos humanos de la *segunda generación,* que son derechos fundamentales de naturaleza tanto social como económica y cultural. En comparación, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE está basada en un concepto mucho más amplio, y así abarca todo tipo de derechos fundamentales, es decir, también derechos políticos y civiles de la *primera generación.*
c. Por último, en el caso del Mercosur se trata del proyecto de una Carta en el plano del derecho internacional público (aunque no vinculante) entre los Estados partes del MERCOSUR, que protege contra el poder público estatal y no contra el poder comunitario, como es el caso en el derecho de la Unión Europea.

A continuación se elaboran brevemente estas tres características, confrontándolas con los rasgos pertinentes de la Carta de los Derechos Humanos de la UE.

## 2. Elaboración de un sistema de protección de derechos fundamentales en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea

Los padres fundadores de las Comunidades Europeas (Comunidad Europea de Carbón y Acero [1951], Comunidad Económica Europea [1957] y Comunidad Europea para la Energía Atómica [1957]) no habían previsto explícitamente un catálogo de derechos fundamentales, aunque el "Estado de derecho" que debía reinar en el derecho comunitario requería tal catálogo. Es por ello que la existencia de tales derechos ha sido un tema principal de discusión ya desde los primeros intentos de la integración europea.

Dentro de esta tan controvertida discusión se han cristalizado dos *fuentes de conocimiento* de los derechos fundamentales como predominantes: a) los *tratados fundacionales,* y b) los *principios generales del derecho*.[17]

Ad *a.* Los tratados comunitarios no tienen ningún catálogo de derechos fundamentales, como lo tienen las constituciones nacionales, sino disposiciones aisladas, las cuales garantizan los mismos derechos. Esos *derechos fundamentales* lato sensu son incorporados en los tratados:

- la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12, inciso 1, TCE);
- la prohibición de toda discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 13 TCE);
- la libre circulación de los bienes (artículos 25, 28-30 TCE);

[17] Véase M. Schweitzer y W. Hummer: *Derecho europeo,* Buenos Aires: Depalma, 1987, pp. 131 ss.

- la libre circulación de los trabajadores (artículo 39 TCE);
- la libertad de establecimiento (artículo 43 TCE);
- la libre prestación de servicios (artículo 49 y 50 TCE);
- la libre circulación de capitales (artículo 56, inciso 1, TCE);
- la libertad en las operaciones de pago (artículo 56, inciso 2, TCE);
- el derecho a libre circulación y residencia (artículo 18, inciso 1 TCE);
- el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales (artículo 19, inciso 1 TCE);
- el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo (artículo 19, inciso 2, TCE);
- el derecho a protección de las autoridades diplomáticas y consulares (artículo 20 TCE);
- el derecho de petición (artículo 21, inciso 1, TCE);
- el derecho a dirigirse al defensor del Pueblo (artículo 21, inciso 2, TCE);
- el derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la UE en una de las lenguas auténticas y recibir una contestación en esa misma lengua (artículo 21, inciso 3, TCE);
- la igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos (artículo 141 TCE);
- la protección de la profesión y del secreto profesional (artículo 287 TCE);
- el derecho de asociación (artículo 137 TCE).

Ad *b.* Además existen los derechos fundamentales que resultan de los *principios generales de derecho* en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sobre el método para reconocer los principios generales no existe ninguna opinión unitaria. Seguro es que se ha de lograr a través del derecho comparado, y la doctrina está de acuerdo en que la teoría de los *denominadores comunes* no es válida. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no deja exteriorizar ningún método claro, ni en la práctica ni en la formulación. Lo único que es cierto es la aceptación implícita de que no es necesario que los principios generales existan en todos los ordenamientos jurídicos comparados al mismo tiempo.

Los derechos fundamentales que resultan de los principios generales del derecho pueden clasificarse en dos categorías: b1) los principios derivados del Estado de derecho, y b2) los derechos fundamentales propiamente dichos.

Ad *b1.* El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado una serie de principios, los cuales se pueden calificar como principios del *Estado de derecho,* que se fundan en las normas tanto constitucionales como administrativas. A ellos pertenecen (de forma exhaustiva):

- el principio de proporcionalidad;[18]

[18] TJ, asunto 5/73, Balkan-Import-Export, *Recopilación de Jurisprudencia 1973*, p. 1112.

- el principio de protección de la lealtad;[19]
- el principio de sometimiento de la administración a la ley;[20]
- la protección de los derechos adquiridos;[21]
- el principio de seguridad jurídica;[22]
- la protección de la buena fe;[23]
- el principio de audiencia del interesado;[24]
- el principio *ne bis in idem;*[25]
- el principio *nulla poena sine lege;*[26]
- el principio de *máxima de instrucción;*[27]
- el derecho a vista de autos;[28]
- el principio de confidencialidad de correspondencia entre el abogado y su mandante;[29]
- los principios para la revocación[30] y el retiro[31] de actos administrativos, y
- el derecho a una buena administración.[32]

Ad *b2.* Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce también la validez de *derechos fundamentales* en el sentido estricto de la palabra. Esta jurisprudencia empezó recién en 1969 —es decir, más de diez años (!) después de la fundación de las Comunidades Europeas— y se desarrolló según el siguiente escalonamiento:

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 29/69, *Stauder/Municipalidad de Ulm*, del 12 de noviembre de 1969:

> En esta interpretación el precepto no contiene nada de lo que se discute sobre los derechos fundamentales de la persona, que se incluyen en el ordenamiento comunitario y cuya salvaguardia ha de garantizar el Tribunal de Justicia.[33]

---

[19] TJ, asunto 2/75, Mackprang, *Recopilación de Jurisprudencia 1975,* pp. 616 s.

[20] TJ, asuntos combinados 42 y 49/59, SNUPAT, *Recopilación de Jurisprudencia 1961*, p. 172.

[21] TJ, asunto 28/74, Gillet, *Recopilación de Jurisprudencia 1975,* p. 473.

[22] TJ, asunto 78/74, Deuka, *Recopilación de Jurisprudencia 1975,* p. 433.

[23] TJ, asunto 21/74, Airola, *Recopilación de Jurisprudencia 1975,* pp. 229 s.

[24] TJ, asunto 17/74, Transocean Marine Paint, *Recopilación de Jurisprudencia 1974,* pp. 1080 s.

[25] TJ, asuntos combinados 18 y 35/65, Gutmann, *Recopilación de Jurisprudencia 1966*, p. 178.

[26] TJ, asunto 14/81, Alpha Steel, *Recopilación de Jurisprudencia 1982*, pp. 749 ss.

[27] TJ, asunto 27/76, United Brands, *Recopilación de Jurisprudencia 1978,* pp. 207 ss., p. 258 (notas al margen 258 ss.).

[28] TJ, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, *Recopilación de Jurisprudencia 1979*, pp. 461-462 (notas 9 ss.)

[29] TJ, asunto 155/79, AM & S/Kommission, *Recopilación de Jurisprudencia 1982,* pp. 1575 ss., p. 1610 (notas 18 ss.)

[30] TJ, asuntos combinados 7/56 y 7/57, Algera uo, *Recopilación de Jurisprudencia 1957*, pp. 83 y ss, 117 ss.

[31] TJ, asunto 111/63, Lemmerz, *Recopilación de Jurisprudencia 1965*, p. 911.

[32] Tribual de primera instancia, asunto T-54/99, Max.Mobil Telecomunicación, *Recopilación de Jurisprudencia 2002,* pp. II-313 y ss., p. 333 (nota 48).

[33] TJ, asunto 29/69, Stauder/Municipalidad de Ulm, *Recopilación de Jurisprudencia 1969,* p. 425.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 de diciembre de 1970:

> […] la observancia de los derechos fundamentales pertenece a los principios generales del derecho, cuya salvaguardia ha de garantizar el Tribunal de Justicia. La garantía de estos derechos tiene que ser inferida de la tradición constitucional de los Estados miembros, pero también tiene que adaptarse a la estructura y los fines de la Comunidad.[34]

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Nold*, del 14 de mayo de 1974:

> El Tribunal de Justicia ha resuelto ya, que los derechos fundamentales pertenecen a los principios generales del derecho, los cuales han de salvaguardar, y han de proceder según la tradición constitucional común de los Estados miembros en los casos de garantía de estos derechos. Según esto, no se puede reconocer como legal ninguna medida que sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en las constituciones de los Estados miembros. También puede hacerse referencia a los tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos, en cuya conclusión los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido, los cuales han de tenerse en cuenta dentro del derecho comunitario […] En el ordenamiento jurídico comunitario aparece también justificado mantener determinadas limitaciones para estos derechos, las que se hallan justificadas por los fines de la Comunidad que sirven al bien común, en tanto esos derechos no quedan afectados en su esencia.[35]

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Société Anonyme de Laminoirs*, del 28 de octubre de 1975:

> En particular se señalan limitaciones de las facultades de la policía de extranjeros de los Estados miembros como una especial expresión de un principio general, que está basado en los artículos 8, 9, y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificada por todos los Estados miembros, y en el artículo 2 del Protocolo número 4, firmado el día 16 de setiembre de 1963 en Estrasburgo […].[36]

---

[34] TJ, asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, *Recopilación de Jurisprudencia 1970,* p. 1125 ss.

[35] TJ, asunto 4/73, Nold, *Recopilación de Jurisprudencia 1974*, pp. 507 s.

[36] TJ, asuntos acumulados 29, 31, 36, 39-47, 50 y 51/63, Société Anonyme de Laminoirs, *Recopilación de Jurisprudencia 1965,* p. 1232.

- En su sentencia en el asunto *Vivien Prais,* del 27 de octubre de 1976,[37] el Tribunal de Justicia prevé el principio de libertad religiosa, sin mencionar ninguna fuente de derecho o de conocimiento.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado en su jurisprudencia la validez de las fuentes de conocimiento de los derechos fundamentales de forma gradual. Sobre el resultado existe en la doctrina una amplia unanimidad. Esto significa que los derechos fundamentales valen como principios generales del derecho, los cuales derivan tanto de la tradición constitucional de los Estados miembros como de los tratados internacionales sobre los derechos humanos firmados por aquellos, especialmente de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Las limitaciones de estos derechos fundamentales están impuestas por la estructura y los fines de las Comunidades; por lo tanto, su valor intrínseco no se ve afectado. En lo que se refiere a su ubicación en la jerarquía de las fuentes de derecho comunitario, es obvio que ocupan el rango del derecho primario.

Además de esta precisión legal de los derechos fundamentales existe también una parte política en esta materia. Se basa en la Declaración Común de los Derechos Fundamentales,[38] del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Esta declaración fue firmada por los presidentes des los tres órganos en Luxemburgo el 5 de abril de 1977, y representa por ende una *declaración interinstitucional,* sin ser legalmente vinculante. En esta declaración los tres órganos

> […] hacen resaltar con insistencia que atribuyen una importancia destacada a la protección de los derechos fundamentales, los cuales están definidos también en las constituciones de los Estados miembros y en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Respetan estos derechos en el ejercicio de sus poderes y en la consecución de los fines de las Comunidades Europeas y mantendrán esta postura en el futuro.

A esta declaración se adhirieron los jefes de Gobierno de los Estados miembros el 7-8 de abril de 1978 con una Declaración sobre la Democracia.[39] Allí reza, entre otras cosas:

> Los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros reunidos en el Consejo Europeo hacen la siguiente Declaración […] Los Jefes de Gobierno se adhieren a la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con lo cual estas instituciones han corroborado su determinación de respetar los derechos fundamentales y al mismo tiempo proseguir con los fines de la Comunidad […].[40]

---

[37] TJ, asunto 130/75, Vivien Prais, *Recopilación de Jurisprudencia 1976,* p. 1589 ss.
[38] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* n.º 3/1977, p. 5.
[39] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* n.º 3/1978, pp. 5 s.
[40] Schweitzer y Hummer: o. cit. (nota 10), pp. 133 s.

Finalmente, la protección de los derechos fundamentales en la UE fue incorporada en el plano del derecho primario en el artículo F, inciso 2, del Tratado de la Unión Europea, en la versión del tratado de Maastricht (1992),[41] de tal forma que:

> La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantiza 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 resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

En este contexto, la literatura pertinente latinoamericana destaca con cierta alegría del mal ajeno que este proceso ha tardado muchísimo también en el privilegiado continente europeo:

> Nesta materia, numerosos atores toman como exemplo a velha e rica Europa, que levou quarenta anos para inserir normas referentes aos Direitos Humanos em seus tratados constitutivos.[42]

## 3. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: elaboración y futuro destino

### 3.1. Elaboración de la Carta

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales, que comenzó a finales de los años sesenta del siglo pasado, alcanzó a finales de los años setenta tal dimensión que se estimó imprescindible proceder a la codificación de las múltiples sentencias. La primera solución propuesta por la Comisión Europea, en su memorándum de abril de 1979,[43] fue que la Comunidad Económica Europea ingresara a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).[44] Esta alternativa demostró ser inviable, tanto en el plano político como jurídico, dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas negó, por medio de su dictamen 2/94, del 28 de marzo de 1996,[45] la admisibilidad de una adhesión de la Comunidad Europea a la

---

[41] Este artículo F actualmente se enumera como artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

[42] Ventura y Rolim: o. cit. (nota 2), p. 2.

[43] Memorándum de la Comisión de las Comunidades Europeas del 4 de abril de 1979, sobre la adhesión de la Comunidad Europea a la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; texto en *Diario Oficial de la Comunidad Económica Europea*, Anexo 2/79.

[44] Texto revisado de conformidad con el protocolo n.º 11, en W. Hummer y M. Frischhut: *Derechos humanos e integración. Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea,* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, colección Temas, vol. 11 (2004), pp. 151 ss.

[45] TJ, dictamen 2/94, Recopilación de Jurisprudencia 1996, pp. I-1759 ss.

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por ello se tuvo que recurrir a la segunda alternativa, es decir, a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales propia, en la cual debía codificarse este caudal de jurisprudencia en materia de derechos fundamentales que había sido desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Al final de la presidencia alemana, el Consejo Europeo de Colonia (Alemania), del 3-4 de junio de 1999, aprobó una decisión relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.[46] En una reunión extraordinaria en Tampere (Finlandia), del 15 al 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo se puso de acuerdo sobre la composición y el método de trabajo para el comité, el cual debía redactar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.[47] Este comité más tarde se autodenominó *Convención de Derechos Fundamentales.* Por este motivo, el método utilizado se llama también *método de convención,* ya que sigue el ejemplo de la Convención Constitucional de Filadelfia (Estados Unidos) de 1787. La Convención tuvo su reunión constitutiva el 17 de diciembre de 1999, en la cual fue elegido como presidente el entonces presidente de la República Federal de Alemania, Roman Herzog. El Consejo Europeo de Biarritz, del 13-14 de octubre 2000, aprobó políticamente el texto del proyecto de la Carta, después de que el presidente Herzog lo presentara al presidente del Consejo Europeo.[48] Finalmente, una vez que el Parlamento Europeo y la Comisión Europea también aceptaron el texto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE[49] fue proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000, al margen del Consejo Europeo de Nice, por los presidentes de los tres órganos —Parlamento, Consejo y Comisión.

### 3.2. La Carta como componente del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa

Con esto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE representa solamente una *declaración interinstitucional,*[50] la cual, no obstante, debería haber sido incluida en los tratados fundacionales de la UE durante la Conferencia Intergubernamental del 2003 para la revisión de los tratados, según la intención de los miembros de la Convención para el Futuro de Europa o Convención para el Tratado de Europa, con lo cual se habría establecido su carácter vinculante. En este sentido, el presidente de la Convención para el Futuro de Europa, Valéry Giscard d'Estaing, presentó el 2 de junio de 2003, ante el Consejo Europeo de Thessaloniki, el Proyecto de Tratado por el que se Instituye una Constitución para Europa, en cuya parte II (artículos II.61-II-114) fue incorporada sin modificaciones la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.[51]

---

[46] *Diario Oficial de la UE 6-1999*, p. 14, pp. 39 ss.

[47] *Diario Oficial de la UE 10-1999*, pp. 15 ss.

[48] Charte 4487/00, Convent 50, del 28 de setiembre de 2000.

[49] *Diario Oficial de la UE 2000*, C 364, pp. 1 ss.

[50] En el sentido del artículo 10 TCE, en combinación con la declaración n.º 3 en el acta final de Nice (2000).

[51] *Diario Oficial de la UE 2003,* C 169, pp. 1 ss.

Con esta adopción no solamente se transformó la Carta de los Derechos fundamentales de la UE en componente del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, sino que además la Unión Europea pretende —según el artículo I-7, apartado 2, de dicho tratado— formar parte de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales. En lo que respecta a esta Convención, el artículo 17 del Protocolo Adicional n.º 14 a la Convención, del 13 de mayo del 2004,[52] modifica el artículo 59, inciso 2, de la Convención, de tal forma que se abre también para un posible acceso de la Unión Europea.[53] Debido a la reticencia de Rusia —único de los 47 Estados partes del Consejo de Europa— a ratificar el Protocolo Adicional n.º 14, este todavía no ha podido entrar en vigor.[54]

## 3.3. Del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa al Tratado de Lisboa

Después de dos referendos negativos, tanto en Francia el 29 de mayo como en los Países Bajos el 1 de junio del 2005, el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa fracasó definitivamente. Por eso fue necesario un nuevo intento para salvar por lo menos su *contenido sustancial.*

En este contexto el Consejo Europeo, en su sesión del 21-22 de junio del 2007, convocó una Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros y acordó —rechazando explícitamente el concepto de una *Constitución,* así como todos los elementos relacionados con él—[55] un mandato muy riguroso para las deliberaciones de dicha Conferencia (2007)[56] en orden a elaborar un *Tratado de Reforma.*

Después de un encuentro de los ministros de relaciones exteriores en Viana do Castelo el 7-8 de septiembre del 2007 y de otra reunión en Bruselas el 15 de octubre, el texto definitivo del Tratado de Reforma fue aceptado por los jefes del Estado y de Gobierno en su reunión informal del 18-19 de octubre de 2007.[57] El contenido del Tratado de Reforma refleja casi cien por ciento —en la literatura pertinente se especifica una proporción del 95%—[58] la sustancia del Tratado por el que se Establece una

[52] Protocol n.º 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Council of Europe Treaty Series n.º 194.

[53] El artículo 59.2 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reza: "The European Union may accede to this Convention" ; véase W. Hummer y M. P. Frischhut: "Diferentes concepciones de la protección de los derechos humanos en la integración europea y latinoamericana", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional,* vol. XIII (2004), p. 20.

[54] Véase W. Hummer: "Der Vollzug der Urteile und 'gütlichen Einigungen' des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und dessen Überwachung", en W. Hummer (ed.): *Österreich im Europarat 1956-2006. Bilanz einer 50-jährigen Mitgliedschaft,* tomo I, 2008, p. 605.

[55] Véase también Kluth: "Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Gestalter und Adressaten des Integrationsprozesses - Grundlagen und Problemaufriss", en Kluth (ed.): *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht,* 2007, pp. 21 s.

[56] Consejo de la EU, documento 11218/07, del 26 de junio del 2007.

[57] CIG 1/1/07, del 5 de octubre del 2007.

[58] Terhechte: "Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?", en *EuR* 2/2008, p. 188.

Constitución para Europa, aunque no hace mención de ello. Con este consenso político sobre el contenido del Tratado de Reforma terminó por lo menos provisionalmente un debate de más de seis años sobre el futuro de los tratados de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea.[59]

La firma oficial de este Tratado de Reforma no podía efectuarse antes del 13 de diciembre del 2007 en Lisboa,[60] por lo cual este tratado fue renombrado *Tratado de Lisboa,* según su artículo 7.[61]

Un día antes, el 12 de diciembre, los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea proclamaron en una sesión solemne del Parlamento Europeo en Estrasburgo la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Con este hecho la Carta fue aprobada nuevamente —al igual que el 7 de diciembre del 2000 en Nice—[62] como una *declaración interinstitucional* de los tres órganos principales de la Unión Europea.

En la jurisprudencia de los Tribunales de las Comunidades Europeas por primera vez los *abogados generales* se refirieron en sus conclusiones a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, sin ignorar que la Carta en sí no tiene validez jurídica.[63]

Mientras que el Tribunal de Justicia tomó durante mucho tiempo una posición reservada, el Tribunal de Primera Instancia recurrió bastante temprano y con frecuencia a la Carta como *fuente de conocimiento* de la existencia de derechos fundamentales.[64] A este comportamiento se asoció por fin también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia del 27 de junio del 2006, al hacer hincapié en el derecho al "respeto de la vida familiar y profesional" consagrado en el artículo 7.[65] A partir de ese momento el Tribunal de Justicia ha mencionado la Carta con cierta frecuencia.[66]

---

[59] Véase también Seeger y Yüzen: "Und nun Blick nach vorn!", en *CAP Aktuell* n.º 13, octubre del 2007, pp. 1 ss.

[60] CIG 14/07, del 3 de diciembre del 2007, y CIG 15/07, del 3 de diciembre del 2007.

[61] *Diario Oficial de la UE 2007,* C 306, pp. 1 ss; véase RV 417 *BlgStenProtNR* 23 GP.

[62] Véase supra.

[63] AG Ruiz-Jarabo Colomer en TJ, asunto C-466/00, Kaba II, R*ecopilación de Jurisprudencia 2003*, pp. I-2219 ss., p. 2240 (nota 74); AG Alber en TJ, asunto C-63/01, Evans, *Recopilación de Jurisprudencia 2003*, pp. I-14447 ss., p. 14473 (notas 80 ss.); AG Kokott en TJ, asuntos acumulados C-387/02, C-391-02 y C-403/02, Berlusconi u. o., *Recopilación de Jurisprudencia 2005,* p. I-3565 (nota 7); AG Maduro en TJ, asunto C-160/03, España/Eurojust, *Recopilación de Jurisprudencia 2005*, p. I-2077 (nota 35).

[64] Tribunal de primera instancia, asunto T-54/99, Max Mobil, *Recopilación de Jurisprudencia 2002,* pp. II-313 ss., pp. 333, 337 (notas 48, 57); Tribunal de primera instancia, asunto T-177/01, Jégo-Quéré, *Recopilación de Jurisprudencia 2002*, pp. II-2365 ss, pp. 2381, 2382 (notas 42, 47); Tribunal de primera instancia, asunto T-165/03, Vonier, *Recopilación de Jurisprudencia 2004,* pp. II-1575 ss. (nota 56); Tribunal de primera instancia, asuntos acumulados T-236/01 u. o, Tokai Carbon, *Recopilación de Jurisprudencia 2004,* pp. 1181, 1243 (nota 137).

[65] TJ, asunto C-540/03, Parlamento Europeo/Consejo, *Recopilación de Jurisprudencia 2006,* p. I-5769 (nota 38).

[66] TJ, asunto C-303/05, Advocaten voor de Wereld, *Recopilación de Jurisprudencia 2007,* pp. I-3633 ss., p. 3652 (nota 46); TJ, asunto C-432/05, Unibet/Justitiekansler, *Recopilación de Jurisprudencia 2007*, pp. I-2271 ss., TJ, asunto C-438/05, International Transport Worker's Federation, *Recopilación de Jurisprudencia 2007,* pp. I-10779 (nota 44); TJ, asunto C-341/05, Laval un Partneri, *Recopilación de Jurisprudencia 2008,* pp. I-11767 (nota 91).

También han hecho referencia a la Carta la Corte de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[67] y los Tribunales Constitucionales en los respectivos Estados miembros de la Unión.[68]

Según su artículo 6, inciso 2, el Tratado de Lisboa debía entrar en vigor el 1 de enero del 2009 en caso de que todos los Estados miembros lo hubieran ratificado. El referéndum negativo del pueblo irlandés el 12 de junio del 2008[69] impidió la entrada en vigor en la fecha prevista. Por lo tanto, si el Tratado de Lisboa entrara en vigor, ello ocurrirá mucho más tarde de lo originariamente previsto.[70]

A pesar del fracaso del referéndum el Irlanda, el Consejo Europeo decidió, en su sesión del 20 de junio del 2008 en Bruselas, continuar con los procesos de ratificación en los países restantes y volver a la *cuestión irlandesa* en su sesión del 15-16 de octubre del 2008.[71] En esta sesión el jefe de Gobierno irlandés, Brian Cowen, solamente pudo presentar los resultados de una investigación científica encargada por el gobierno sobre el comportamiento electoral de los irlandeses, sin poder ofrecer soluciones acerca del referéndum fracasado.[72] Este problema se postergó entonces a la siguiente reunión del Consejo Europeo, en diciembre del 2008.

## 3.4. La eliminación de la Carta del texto del Tratado de Lisboa

A diferencia del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, en el cual la Carta de Derechos Fundamentales de la UE figura como parte II (artículos II-61 al II-114), el Tratado de Lisboa eliminó la Carta por completo de su texto —sobre todo por iniciativa del Reino Unido y de Polonia—. El Reino Unido temía la incidencia de los derechos fundamentales sociales en su mercado laboral, mientras Polonia veía en peligro sus valores religiosos constitucionales.

El Tratado de Lisboa no representa —como es el caso del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa— un solo tratado en forma de una *Constitución,* sino que se entiende como un tratado que modifica solamente los tratados fundacionales existentes de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. En esta modificación, el Tratado de la UE mantiene su nombre, mientras que el Tratado

---

[67] Corte de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sentencia del 11 de julio de 2002 (asunto *Goodwin*); sentencia de la Corte del 30 de junio de 2005 (asunto *Bosphorus*).

[68] Conseil Constitutionnel (Francia), sentencia del 19 de noviembre del 2004; Tribunal Constitucional (España), sentencia del 13 de diciembre del 2004; Tribunal Constitucional (Alemania), sentencia del 13 de febrero del 2003; BVerfG, *NJW* 2003, p. 1926.

[69] Véase W. Hummer: "Wie geht es mit der EU weiter", en *Wiener Zeitung,* 18 de junio del 2008, p. 11; W. Hummer: "Die wahren Gründe des irischen Nein", en *Wiener Zeitung*, 15 de octubre del 2008, p. 11.

[70] Véase Schubert y Schwithal: "Das Nein der Iren zum Vertrag von Lissabon - Konsequenzen, Lösungswege, Chancen", en *Neue Justiz* 8/08, p. 337; Maurer y Schwarzer: "Der Schuss vor den Bug", en *SWP-Aktuell* 62, julio 2008, p. 1.

[71] Consejo Europeo del 19-20 de junio del 2008, doc. del Consejo de la UE 11018//1/08 REV 1 (CONCL 2), del 17 de junio del 2008, conclusiones de la Presidencia, cifras 4 y 5.

[72] Consejo Europeo del 15-16 de octubre del 2008, documento del Consejo de la UE 14368/08 (CONCL 4), del 16 de octubre de 2008, conclusiones de la Presidencia, cifra 15.

de la Comunidad Europea se renombra como *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*[73]

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE no forma parte de estos tratados y se encuentra publicada aisladamente en el *Diario Oficial de la UE.*[74] Además, por la declaración n.º 1 en el Acta Final de Lisboa (2007), cambia su carácter jurídico de mera declaración interinstitucional a instrumento de naturaleza vinculante.[75]

Asimismo, el artículo 6, inciso 1, del Tratado de la Unión Europea, basándose en el Tratado de Lisboa,[76] prevé la *equivalencia jurídica* de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los tratados fundacionales, con el siguiente lenguaje:

> La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

El inciso 2 del artículo 6 reza:

> Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

A los Estados miembros especialmente escépticos en lo que se refiere a la incorporación de la Carta en los tratados fundacionales se los concedió en el Protocolo (n.º 30) sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido[77] algunas *escapaditas,* en el sentido de una aplicación más ligera de la Carta en sus respectivos derechos nacionales, a fin de evitar ciertas fricciones sociales y religiosas.

Por otro lado, el Tratado de Lisboa, mediante su artículo 6, inciso 2, del Tratado de la Unión Europea, adopta de manera inalterada otra disposición pertinente del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, es decir, la adhesión de la (nueva) Unión Europea a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con el siguiente tenor:

---

[73] Para las versiones consolidadas de los dos tratados véase *Diario Oficial de la UE 2008,* C 115, pp. 13 ss, 47 ss.

[74] *Diario Oficial de la UE 2007,* C 303, pp. 1 ss. Al texto de la Carta se agregaron "Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales" que fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad de la Presidencia de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Después han sido actualizadas bajo la responsabilidad de la Presidencia de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) a la evolución del derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta; véase para su texto *Diario Oficial de la UE 2007,* C 303, pp. 17 ss.

[75] *Diario Oficial de la UE 2008,* C 115, p. 337.

[76] *Diario Oficial de la UE 2008,* C 115, p. 19.

[77] Diario Oficial de la UE 2008, C 115, p. 313.

> La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

Este hecho se basa en el Protocolo (n.º 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,[78] en la siguiente forma:

> El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo "Convenio Europeo"), contemplada en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a:
>
> a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo;
> b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión o contra ambos, según el caso (artículo 1).
>
> El acuerdo a que se refiere el artículo 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57 (artículo 2).
>
> Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 3).

Una adhesión de la (nueva) Unión Europea a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales necesitaría en primer lugar una adaptación de la última para posibilitar la entrada de una organización internacional de carácter supranacional como la Unión Europea. Debido al hecho de que el artículo 59 de la Convención Europea permite por el momento solamente la adhesión de *Estados* y no de *organizaciones internacionales*, habría que modificar este artículo, hecho que —como fue mencionado— hasta ahora no ha sido posible debido a la actitud reservada de Rusia.[79]

---

[78] *Diario Oficial de la UE 2008,* C 115, p. 273.
[79] Véase supra.

La consecuencia más importante de una adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sería la obligación de los Tribunales de Justicia en el seno de la Unión Europea de conformarse *tal cual* con la jurisprudencia de la Corte de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho que hasta ahora fue evitado por los tribunales de justicia de las Comunidades Europeas con una jurisdicción digna de atención: los tribunales no adoptaron los derechos fundamentales como han sido enumerados literalmente en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sino que los aceptaron solamente a través del *filtro* de los principios generales de derecho, expresados en las respectivas constituciones nacionales. Es por ello que los tribunales hasta ahora no han tenido la obligación de obedecer meticulosamente los fallos de la Corte de la Convención, sino que se han sentido libres de *adaptar* su jurisprudencia debido a los requerimientos funcionales del derecho comunitario.

## 4. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación y comparación con otras cartas pertinentes

En caso de que el Tratado de Lisboa entre en vigor, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no formará parte de los tratados fundacionales, pero sí gozará no solamente de la misma validez jurídica sino también del mismo rango que los tratados fundacionales. En caso contrario —es decir, en la suposición de que el Tratado de Lisboa no entre en vigor—, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE representaría solamente una *declaración interinstitucional*[80] según el artículo 10 del TCE en combinación con la Declaración (n.º 3) en el Acta Final de Nice (2000).[81]

### 4.1. Ámbito de aplicación de la Carta

Según su artículo 51, inciso 1:

> […] las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiaridad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.[82]

[80] Véase W. Hummer: "From 'Interinstitutional Agreements' to 'Interinstitutional Agencies/Offices'?", en *European Law Journal,* vol. 13, n.º 1, enero del 2007, pp. 47 ss.

[81] Véase W. Hummer y W. Obwexer: *Der Vertrag von Nizza* (2001), p. 120 s.

[82] *Diario Oficial de la UE 2007,* C 303, p. 13.

Según la explicación relativa al artículo 51[83] —la finalidad primordial de este artículo consiste en establecer claramente que la Carta se aplica en primer lugar a las instituciones y los órganos de la Unión—, la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión recae sobre las *instituciones* de la *Unión* misma. En lo que a los *Estados miembros* se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos consagrados en la Carta solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión.[84] De ello se deduce de forma clara que la Carta protege primordialmente contra la *actuación de los órganos de la UE* y *no* contra el ejercicio del *poder público estatal* de los Estados miembros.

Esta afirmación es la consecuencia lógica de un hecho que sorprendentemente no se ha tomado en cuenta en forma adecuada en la doctrina latinoamericana pertinente. Siempre hay que distinguir entre los ámbitos de aplicación de las respectivas compilaciones en materia de protección de los derechos humanos. El *catálogo nacional* de derechos fundamentales solamente sirve para la protección contra las violaciones de derechos fundamentales por órganos estatales, mientras que el *catálogo desarrollado en el marco del derecho comunitario* protege contra usurpaciones de derechos fundamentales por los órganos comunitarios. Nunca se debe perder de vista esta distinción, aunque incluso tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE no siempre la hayan tomado en cuenta correctamente. El ejemplo más destacado en este sentido es la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania, que confundió estos dos ámbitos de aplicación por primera vez en su famosa decisión *Solange-Beschluss,*[85] de 1974, al aplicar el catálogo nacional alemán de derechos fundamentales a un acto de un órgano comunitario, en este caso a un reglamento del Consejo de la Comunidad Económica Europea. La Corte justificó este recurso al catálogo nacional de derechos fundamentales —un recurso dogmáticamente erróneo— con una argumentación de lege ferenda de que no tenía otra alternativa hasta que hubiera un catálogo propio de la Comunidad Económica Europea. Por un lado hay que destacar que esta decisión de la Corte Constitucional contiene un elemento intertemporal, en el sentido de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea en materia de derechos fundamentales no comenzó hasta 1969,[86] y por eso en 1974 no había muchos casos pertinentes en su jurisprudencia. Por otro lado debe subrayarse que esta decisión fue un acto de *autodefensa jurídica* por la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania, dado que por la falta de una jurisdicción consolidada en esta materia en el seno de la Comunidad Económica Europea los ciudadanos alemanes habrían quedado sin protección jurídica alguna contra un acto del derecho secundario de la Comunidad Económica Europea.

---

[83] "Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales" (para su texto véase la nota 75).

[84] TJ, asunto 5/88, Wachauf, *Recopilación de Jurisprudencia 1989*, pp. 2609 ss.; TJ, asunto C-309/96, Annibaldi, *Recopilación de Jurisprudencia 1997,* pp. I-2925 ss.; TJ, asunto C-292/97, Karlsson, *Recopilación de Jurisprudencia 2000,* pp. I-2737 ss. (nota 37).

[85] "Solange I-Beschluss", en *BVerfGE 37,* pp. 271 ss.; véase M. Schweitzer y W. Hummer: *Europarecht*, 3.ª ed., 1990, p. 234.

[86] Véase supra.

### 4.2. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur: ¿similitudes o diferencias?

Esta diferenciación entre un *código nacional* de derechos fundamentales que protege contra el poder público estatal de un Estado miembro y otro *código comunitario* que protege contra el poder público de las Comunidades Europeas a veces parece ser borrada en América Latina, tanto en el plano teórico como práctico. Lo mismo está pasando con los tratados internacionales concertados entre los Estados miembros *en el seno de una organización internacional,* los cuales no protegen generalmente contra la actuación de los órganos de la organización, sino que solamente sirven para armonizar los contenidos de los respectivos códigos nacionales de derechos fundamentales.

En este sentido, tanto la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (elaborada en el seno del Consejo de Europa por sus Estados miembros) como la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (elaborada en el seno de la Comunidad Andina) y la Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur (elaborada en el seno del Mercosur) representan este tipo de convenciones internacionales que tienden a armonizar los códigos nacionales de derechos fundamentales y protegen, por ende, solamente contra el poder público estatal de los Estados miembros y no contra el derecho secundario de dichas organizaciones. Por ello el empleo de los títulos *Carta Andina* y *Carta del Mercosur* para los dos últimos instrumentos internacionales —cualquiera sea su carácter jurídico— es altamente criticable, por cuanto provoca la sensación de que son convenciones de las organizaciones mismas que protegen contra su propio derecho secundario. Al contrario, ellas protegen solamente contra actos ilícitos del poder público estatal de los Estados miembros.

Debido al hecho de que la Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur todavía está en la fase preparatoria de su elaboración, valdría la pena demostrar este efecto en relación con la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ya vigente. La Carta Andina fue firmada el 26 de julio del 2002 por los cinco presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina, reunidos en Consejo Presidencial Andino, en nombre de sus respectivos países y de los pueblos de la Comunidad Andina.[87] Representa entonces un acto jurídico de derecho internacional público (extrajurídico) de los representantes de los gobiernos de los cinco países miembros, reunidos en el Consejo Presidencial Andino. En lo que se refiere a la cuestión primordial, varias veces planteada, acerca de si la Carta Andina es un instrumento que defiende contra intrusiones del poder público de la Comunidad Andina misma o solamente contra las del poder público estatal de los cinco Estados miembros, sorprendentemente falta en la Carta Andina cualquier disposición que defina su

[87] Véase Hummer y Frischhut (nota 45), pp. 11 ss.; Hummer y Frischhut (nota 54), pp. 3 ss., 39 ss.

*ámbito material de aplicación*, así como está constituido correctamente en el artículo 51, inciso 1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En contraposición, la Carta Andina no solamente no contiene ninguna disposición similar, sino que incluso por algunas formulaciones en varias partes del texto provoca a primera vista la impresión de que fuera a proteger contra *excesos* del derecho comunitario de la Comunidad Andina, así como de que estuviera concebida como defensa contra las intrusiones del poder estatal de los Estados miembros.

Tomando como base la parte XII ("Mecanismos de promoción y protección") de la Carta Andina, se puede observar que los mecanismos de defensa contra eventuales violaciones de derechos humanos allí expuestos siempre van dirigidos a los *Estados miembros* —ya sea porque deban proteger frente al poder público o porque deriven de estos obligaciones internacionales para los Estados miembros—. Constituye un hecho interesante que en el anteproyecto de la Carta Andina del 27 de mayo de 2002 todavía se encontrara una disposición introductoria según la cual la Carta debía ser concertada, tanto por la Comunidad Andina como también (!) por los países miembros. Aparentemente, esta variante fue eliminada en la Reunión de Trabajo de los Viceministros de Relaciones Exteriores de junio-julio del 2002, al más alto nivel político —por las razones políticas o doctrinales que fuera.[88]

En contraposición a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la Carta Andina de Derechos Fundamentales no habría podido desempeñar el papel de una compilación de la jurisprudencia del Tribunal Andino, dado que este no ha podido desarrollar una jurisprudencia pertinente en debida forma. Efectivamente, mis investigaciones realizadas in situ revelaron que hasta el 2002 había habido un único caso pertinente en la jurisprudencia del Tribunal Andino, en el que la parte demandante denunció la violación de un derecho humano o fundamental. No obstante, este caso concernía al ámbito del derecho laboral, ya que se trataba de una jurisdicción laboral del Tribunal Andino. En este proceso,[89] que fue presentado en el año 2001 por quien había sido empleada del Parlamento Andino, la señora Pilar Guyasamín Villacís, contra su anterior empleador, se trataban diversos derechos que derivaban de varios contratos laborales entre esta y el Parlamento Andino. La demandante se acogía —entre otros— a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículos 2, 6, 7, 8 y 23),[90] a ciertos acuerdos concertados por los Estados miembros de la Comunidad Andina en el seno de la Organización Internacional de Trabajo, así como al Reglamento Administrativo del Parlamento Andino.[91] El Tribunal Andino declaró que, según el artículo 136 de su Estatuto,[92] en principio sí le corresponde dirimir controversias laborales entre un

[88] Véase Hummer y Frischhut (nota 54), p. 50; W. Hummer y M. Frischhut: "Unterschiedliche Konzeptionen des Menschenrechtsschutzes in der lateinamerikanischen und europäischen Integration: Die 'Andine Menschenrechts-Charta' 2002", en *Verfassung und Recht in Übersee* 3/2003, pp. 405 ss., 438 s.

[89] TJ, Proceso 56-DI-2001, Sentencia del 20 de febrero del 2002.

[90] Resolución de la AG de la UNO 217 (III), del 10 de diciembre de 1948.

[91] Demanda del 3 de agosto del 2001.

[92] Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d500.htm›.

órgano de la Comunidad Andina o instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) y sus respectivos funcionarios y empleados, pero solamente cuando este procedimiento sea conforme con el convenio de sede que resulte aplicable. Debido a esta argumentación, este caso lamentablemente no ha podido lograr el estatus del primer *leading case* en la materia, contrariedad que he podido documentar en algunos trabajos pertinentes.[93]

[93] Hummer y Frischhut: o. cit. (nota 45), Hummer y Frischhut: o. cit. (nota 54), Hummer y Frischhut: o. cit. (nota 89).

## Anexo. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente como Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el texto que figura a continuación:

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LA UNIÓN EUROPEA

PREÁMBULO

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento.

Para ello es necesario, dándoles mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.

El disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras.

En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación.

## TÍTULO I. DIGNIDAD

*Artículo 1*
*Dignidad humana*

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

*Artículo 2*
*Derecho a la vida*

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

*Artículo 3*
*Derecho a la integridad de la persona*

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
   a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;
   b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;
   c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
   d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

*Artículo 4*
*Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes*

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

*Artículo 5*
*Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado*

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

## TÍTULO II. LIBERTADES

*Artículo 6*
*Derecho a la libertad y a la seguridad*

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

*Artículo 7*
*Respeto de la vida privada y familiar*

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

*Artículo 8*
*Protección de datos de carácter personal*

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

*Artículo 9*
*Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia*

Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

*Artículo 10*
*Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

*Artículo 11*
*Libertad de expresión y de información*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

*Artículo 12*
*Libertad de reunión y de asociación*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

*Artículo 13*
*Libertad de las artes y de las ciencias*

Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.

*Artículo 14*
*Derecho a la educación*

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

*Artículo 15*
*Libertad profesional y derecho a trabajar*

1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.

2. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro.

3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutan los ciudadanos de la Unión.

*Artículo 16*
*Libertad de empresa*

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

*Artículo 17*
*Derecho a la propiedad*

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual.

*Artículo 18*
*Derecho de asilo*

Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»).

*Artículo 19*
*Protección en caso de devolución, expulsión y extradición*

1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

## TÍTULO III. IGUALDAD

*Artículo 20*
*Igualdad ante la ley*

Todas las personas son iguales ante la ley.

*Artículo 21*
*No discriminación*

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

*Artículo 22*
*Diversidad cultural, religiosa y lingüística*

La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

*Artículo 23*
*Igualdad entre mujeres y hombres*

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

*Artículo 24*
*Derechos del niño*

1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

*Artículo 25*
*Derechos de las personas mayores*

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

*Artículo 26*
*Integración de las personas discapacitadas*

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

## TÍTULO IV. SOLIDARIDAD

*Artículo 27*
*Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa*

Deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.

*Artículo 28*
*Derecho de negociación y de acción colectiva*

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

*Artículo 29*
*Derecho de acceso a los servicios de colocación*

Toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación.

*Artículo 30*
*Protección en caso de despido injustificado*

Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

*Artículo 31*
*Condiciones de trabajo justas y equitativas*

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.

2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

*Artículo 32*
*Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo*

Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

*Artículo 33*
*Vida familiar y vida profesional*

1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.

2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

*Artículo 34*
*Seguridad social y ayuda social*

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.

*Artículo 35*
*Protección de la salud*

Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.

*Artículo 36*
*Acceso a los servicios de interés económico general*

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

*Artículo 37*
*Protección del medio ambiente*

En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

*Artículo 38*
*Protección de los consumidores*

En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.

## TÍTULO V. CIUDADANÍA

*Artículo 39*
*Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo*

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

2. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.

*Artículo 40*
*Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*

Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

*Artículo 41*
*Derecho a una buena administración*

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

*Artículo 42*
*Derecho de acceso a los documentos*

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.

*Artículo 43*
*El defensor del pueblo europeo*

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

*Artículo 44*
*Derecho de petición*

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

*Artículo 45*
*Libertad de circulación y de residencia*

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

*Artículo 46*
*Protección diplomática y consular*

Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.

## TÍTULO VI. JUSTICIA

*Artículo 47*
*Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

*Artículo 48*
*Presunción de inocencia y derechos de la defensa*

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.

2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

*Artículo 49*
*Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas*

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse esta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

*Artículo 50*
*Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción*

Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

## TÍTULO VII. DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CARTA

*Artículo 51*
*Ámbito de aplicación*

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

*Artículo 52*
*Alcance e interpretación de los derechos y principios*

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

*Artículo 53*
*Nivel de protección*

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

*Artículo 54*
*Prohibición del abuso de derecho*

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

El texto *supra* recoge, adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituirá a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Hecho en Estrasburgo, el doce de diciembre de dos mil siete.

**Fuente:** *Diario Oficial 2007, C 303, p. 1 ss. (sin "Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales", loc. cit., pp. 17 ss.), ‹http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303ES.01000101.htm›.*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 723-739, ISSN 1510-4974

**Alejandro Maldonado Aguirre (Guatemala)***

# El Acta Fundacional de la Nación Centroamericana

## RESUMEN

**El sistema constitucional de América Central surgió con el Acta de Independencia de 1821, la cual, por su contenido, convocatoria y efectos, tuvo carácter fundacional de la nación centroamericana. El primer Congreso de las provincias que formaron el reino promulgó la Constitución de la República Federal de Centro América y dispuso que en cada una de ellas se emitieran las constituciones del respectivo Estado. El pacto federal quedó roto al poco tiempo. La tradición constitucional guatemalteca mantuvo la nostalgia por la reconstrucción, y las constituciones de los países centroamericanos conservaron un reconocimiento de doble nacionalidad para los originarios de la región. Funcionan instrumentos y acuerdos institucionales de diverso orden en el marco de la antigua federación. Es posible conformar una comunidad centroamericana cada vez mejor integrada, aunque es irreversible que los cinco estados mantengan su propia identidad soberana.**

**Palabras clave: Constitución, política centroamericana, Guatemala, América Central, doctrina *uti possidetis*, Hermann Heller, Estado, fundación, acto fundacional, Carta de Cádiz.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Das Verfassungssystem Zentralamerikas geht auf die Unabhängigkeitserklärung von 1821 zurück, die aufgrund ihres Inhalts, ihrer Offenheit für weitere Beitritte und ihrer Wirkung als Gründungsdokument der zentralamerikanischen Nation gelten darf. Der erste Kongress der Provinzen des Königreichs verkündete die Verfassung der Bundesrepublik von Zentralamerika und beschloss, dass jeder Mitgliedsstaat eine eigene Verfassung verabschieden sollte. Der föderale Zusammenschluss zerbrach nach kurzer Zeit, die nostalgische Sehnsucht nach seiner Wiederbelebung lebt jedoch in der Verfassungstradition Guatemalas fort, und die Verfassungen der zentralamerikanischen Länder erkennen die doppelte Staatsangehörigkeit aller in der Region geborenen Personen an. Instrumente und institutionelle Vereinbarungen aller Art bestehen**

* Magistrado y presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala durante tres períodos alternos. Autor de varios libros jurídicos y de *Testigo de los testigos* (autobiográfico). Profesor universitario. ‹amaldonadoaguirre@yahoo.com›

**auch weiterhin im Rahmen der ehemaligen Föderation. Der Aufbau einer zunehmend integrierten zentralamerikanischen Gemeinschaft ist möglich, wobei allerdings das Fortbestehen der Eigenständigkeit der fünf Staaten unumkehrbar ist.**

**Schlagwörter: Verfassung, zentralamerikanische Politik, Guatemala, Zentralamerika, uti possidetis-Prinzip, Hermann Heller, Staat, Gründung, Gründungsakt, Verfassung von Cadiz.**

**ABSTRACT**

**The constitutional system of Central America emerged with the Independence Document of 1821, which, due to its contents, notice and impact acted as the foundational document for the Central American nation. The Constitution of the Federal Republic of Central America was approved by the first Congress of the Provinces, constituting the kingdom, and it provided that each province should issue the constitutions of the respective State. The federal accord was broken shortly after. The Guatemalan constitutional tradition maintained the sense of nostalgia for the reconstruction, and the constitutions of the Central American countries maintain a recognition of dual nationality for natives to the region. Within the framework of the old federation, institutional instruments and agreements of different nature persist. It is possible to shape a Central American community with increasing integration quality, while maintaining the sovereign identity of all five states is irreversible.**

**Key words: Constitution, Central American politics, Guatemala, Central America, *uti possidetis,* Hermann Heller, State, foundation, foundational document, Charter of Cadiz.**

## 1. El reino de Guatemala y la Nación Centroamericana

Las ciencias sociales y las de la cultura no contienen conceptos fáciles ni definiciones uniformes. Por su alto componente ideológico, toda definición implica un enfoque relativo, por el cual se traduce la intención o la tendencia del definidor. Ocurre con mucha frecuencia que una sola cosa, y con mayor razón una idea, tenga tantas acepciones como escuelas doctrinarias o de pensamiento hayan surgido o estén por surgir. Conceptos como *derecho, ley, estado* o *nación* ofrecen tan variadas opciones para expresarlos, que necesariamente obligan a tomar partido.

La palabra *nación,* aparte de su significado gramatical, tiene un sentido pragmático que la entiende desde una particularidad puramente emotiva, respecto de la cual predominan los factores espirituales que identifican a la persona con una comunidad de vida. De esta manera fue que un sentimiento de *nación centroamericana* pudo surgir y ubicarse dentro de una región geográfica cuyos habitantes en el pasado compartieron elementos comunes, y hoy han trazado normas de identidad política, social, económica y cultural.

Todas las cosas y las cuestiones pueden tener una o varias definiciones en los diccionarios, sin que la descripción necesariamente neutral de lo académico comprometa

en nada la sensibilidad de captación personal de los términos. De tal manera, una será la forma como se define y otra como se entiende. Si el diccionario determina lo nacional como "perteneciente o relativo a una nación" y por nación se refiere al "conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno", no cabe duda de que históricamente hubo, conforme estas acepciones, una nación centroamericana, aunque luego, en el devenir, se desintegró políticamente para formar cinco estados singulares con gobierno propio. La cuestión a sustentar es que puede existir un sentimiento de nación centroamericana que (co)exista con una lealtad política y emocional de los centroamericanos hacia sus respectivas repúblicas independientes y soberanas. Todo depende de los factores que conforman el concepto de nación, sean los espirituales y los constitucionales.

El elemento radical de los que conforman el Estado es el pueblo constituido en una nación o conjunto de naciones vinculadas por fuertes lazos de solidaridad. Desde la declaración de independencia de los nacidos en esa tierra, se han sucedido varias generaciones que llevaron en su sangre el vínculo espiritual de la nacionalidad: en su seno están enterrados sus antepasados y a su seno el destino tiene deparado su hogar eterno. Bien dijo Ernesto Renan que "la nación está formada más por los muertos que por los vivos". Con esta herencia, es indudable que la idea de una nación centroamericana se formó desde los tiempos en que, por voluntad del imperio colonizador, se demarcó la esfera político-administrativa del reino de Guatemala. Avanzó el criterio de unidad cuando sus integrantes fueron convocados a las deliberaciones de un régimen constitucional que se plasmaron en Cádiz. Se consolidó esa jurisdicción geográfica cuando representativos de todas las provincias que la integraron asumieron conjuntamente la decisión de separarse de España y tomar unidos su propio rumbo soberano. La actuación de esos dignatarios sin duda tuvo como base su entendimiento de cuáles eran los límites geográficos de la región política ordenada por la monarquía española.

Esa percepción de constituir un espacio determinado por la monarquía tuvo enorme importancia estabilizadora para los efectos posteriores de demarcaciones fronterizas, ya que la doctrina del *uti possidetis* permitió reconocer pacíficamente los territorios de las diferentes nacionalidades que brotaron en la América independizada. Si bien siempre surgieron conflictos de límites entre nuevos estados vecinos, algunos de los cuales aún están pendientes de resolver, el reconocimiento de las fronteras coloniales ha sido determinante para la solución jurídica.

Lo que interesa señalar es que, configuradas las jurisdicciones de las colonias, en sus habitantes tendría que surgir una cultura unificadora que permitiera la identidad de la nación. Como apunta Hermann Heller, aunque un pueblo sea políticamente amorfo, se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto llega a transformarse en una conexión de voluntad política.

Así es de suponer un sentimiento de identidad por habitar, haber nacido e incluso por tener enterrados a sus ascendientes en el suelo de los actuales cinco países que formaron el reino de Guatemala. De ahí que no cabe duda, tanto por la realidad política como por la cultura, de que existió una *patria centroamericana* (aunque no llamada de esta forma)

que actuó con unidad de destino y que trazó en conjunto las líneas de una continuidad histórica, cuya ruptura obedeció a factores poderosos, también de sentimiento y de pragmatismo locales, que el tiempo podrá encargarse de recomponer, aunque sea por otras formas creativas e inteligentes de la diversidad dentro de la unidad.

En esta exposición trato de expresar que, dentro del concepto moderno del Estado, lo que originariamente se configuró fue la posibilidad de un pueblo político formado dentro de un territorio determinado. La delimitación jurisdiccional fue constituida por las provincias situadas desde Chiapas hasta Costa Rica, que tuvo por capital la ciudad de Guatemala, sede principal de las autoridades civiles, militares y eclesiásticas. Esa unidad administrativa necesariamente implicó una identidad social que podía generar un cimiento de nación conectada por elementos políticos comunes, tales sus autoridades, y su representatividad ante la corona y las instituciones de todas las provincias que la integraron. Además de ello, coadyuvarían, con mayor o menor intensidad o fuerza, los factores sociológicos de idioma, religión y rasgos culturales.

Uno de los acontecimientos políticos más decisivos de la historia de España y su proyección respecto de sus dominios coloniales fue la voluntad de esa nación de enmarcar su régimen dentro del constitucionalismo, a tal punto que la convocatoria a Cortes del 24 de septiembre de 1810 involucró, por voluntad de la regencia, a los virreinatos y capitanías dispersos en todo el continente americano, a los que se les reconoció la condición de partes integrantes de la propia soberanía española. De esta manera, debían acreditar representación en la asamblea constituyente. La presencia del reino de Guatemala en el notable acto constituyente de Cádiz, por medio de sus diferentes provincias, puede señalarse como otro de los elementos significativos de una identidad común; identidad que pudo haberse consolidado en la posterior república federativa, pero que, con el correr de los años y más pronto de lo esperado, sufrió la implosión dictada por las circunstancias del localismo provincial generado, sin duda, por las luchas facciosas y los anhelos muy justificados de la libre determinación.

Importa destacar que los patriotas centroamericanos fueron personas ilustradas, como lo demostraron durante el proceso de elaboración de la Constitución de Cádiz, revelando consistencia respecto de los grandes temas del constitucionalismo de la época, sustentado en los principios liberales. Así, por ejemplo, fue el diputado suplente Manuel de Llano quien propuso que se creara una comisión del Congreso para formular una ley de hábeas corpus semejante a la del sistema inglés. Además —y esto es altamente orientador—, el Ayuntamiento de Guatemala, ya en 1810, dictó unas *Instrucciones* que, según comenta García Laguardia,[1] se inspiraron en el pensamiento político de la Ilustración francesa. Incluyeron una Declaración de Derechos del Hombre y un proyecto de Constitución, de 112 artículos, que recogía las principales bases de la organización del Estado, el cual incluía instituciones contraloras y descentralizaba y reconocía competencias dentro del sistema de separación de poderes, elementos clave del impulso constitucionalista de la época.

[1] Jorge Mario García Laguardia: "Guatemala en las Cortes de Cádiz", en *Historia general de Guatemala*, t. III, Guatemala: Asociación Amigos del País, 1995, p. 404.

Esta participación representativa e incluyente fue uno de los acontecimientos que demostraron el reconocimiento que el trono imperial hacía de una de las unidades administrativas creadas para facilitar su gobierno. La actuación de las provincias centroamericanas reveló la madurez que su clase dirigente había obtenido como para, más adelante, aspirar a autogobernarse. Sus personeros demostraron un sentimiento igualitario al postular la eliminación de castas; de filantropía respecto de la pobreza; e indigenista, al proponer la eliminación de las *mitas,* aunque dichas formas de explotación solo existían en otras regiones de América del sur.

Otros factores de gran relevancia contribuyeron a la consolidación de una personalidad política y nacional lo suficientemente significativa de la capacidad para gobernar un Estado propio. Entre estas (sin un orden de importancia) debería mencionarse la actuación de un sector dirigente ilustrado, nutrido de las lecturas de los grandes ideólogos del liberalismo, y que hallaron medios de expresión en el libro, la prensa, la cátedra y el púlpito. Esta porción americana generó intelectuales, literatos y escritores que con luz propia pudieron estar al nivel de los de otros países que habían reivindicado el concepto de la soberanía de los pueblos. Así tenemos operando las órdenes religiosas que, dentro de sus claustros, inspiraron a los hombres de cátedra en sus reflexiones acerca de la filosofía, las letras y las ciencias en la Universidad de San Carlos. Se contó con la innovación tecnológica de la imprenta, que permitió que se produjeran libros y opúsculos divulgadores de las nuevas ideas. Desde luego, dicho recurso posibilitó la publicación de la prensa orientadora y de la *Gazeta,* órganos que, por su naturaleza y función, incidían en la formación de una opinión pública que es la fuente legitimadora de todo régimen. Es indudable que entidades del prestigio de la sociedad económica de los Amigos del País o del Ilustre Colegio de Abogados debieron ser focos emergentes de la intelectualidad preparada para la autonomía política.

Importa señalar dos condiciones de naturaleza integradora que debían producir resultados de orden político institucional en esos albores del siglo XIX, y que se resumen en las siguientes bases:

- La primera, que políticamente las provincias centroamericanas tuvieron un elemento común de carácter delimitador de su representatividad y que se configuraba dentro del territorio demarcado por la corona española como área geográfica y jurisdiccional del reino de Guatemala, que habría podido sustentar un concepto de nación, precisamente de nación centroamericana.
- La segunda, que su clase dirigente, bien sustentada en las ideas de la Ilustración francesa y también en el prestigioso precedente de la revolución estadounidense, albergaba un sentimiento constitucional como proceso obligado para la formación de una nueva república independiente que siguiera el rumbo que sus padres fundadores hubieran querido imprimirle.

En estas condiciones brotó la convocatoria de autoridades y pueblo para definir el futuro de la nación emergente a fin de resolver nada menos que su separación del vínculo colonial que durante más de dos siglos había imperado. Esa voluntad quedó recogida en

la notable acta de 15 de septiembre de 1821, que por su forma y su fondo es nada menos que el testimonio fundacional de la República, primer instrumento constituyente del gobierno y del régimen de los pueblos que juntos habían integrado el reino de Guatemala.

## 2. El Acta Fundacional

### Palacio Nacional de Guatemala, quince de Septiembre de mil ochocientos veinte y uno

Esta Acta, que por sus características y sus alcances puede ser considerada la Carta Fundacional de la República Centroamericana, contiene elementos políticos, sociales, económicos y culturales como los que siguen:

1. Una manifestación de voluntad popular, al iniciar el texto con la declaración de un hecho notorio, expresada por escrito y de palabra, por el pueblo de la capital y por correos recibidos de los ayuntamientos de Ciudad Real, Comitán y Tuxtla.

2. La realización de un hecho ya acaecido en cuanto se dice que estos ayuntamientos comunican haber proclamado y jurado la independencia y excitan a que se haga lo mismo en la ciudad.

3. La idea de proceder en el marco de un régimen constitucional, en tanto que al citar la declaración de esos ayuntamientos los califica de "constitucionales", lo que implica que han operado conforme la Carta de Cádiz, vigente y positiva para los dominios españoles en América.

4. Operando en un régimen constitucional, es probable que los signatarios se estaban acogiendo al concepto básico de soberanía del pueblo, que es lo que la Constitución de Cádiz tiene como sustento de su legitimidad.

5. Relaciona los sujetos institucionales que comparecen en el acto, los cuales, en esa época, representaban los factores de poder más significativos de su tiempo, quienes se estimaban portavoces naturales y legítimos del pueblo. Tales son: la Diputación Provincial, el ilustrísimo Arzobispo, los diputados, la Audiencia Territorial, el señor dean y el Cabildo Eclesiástico, el Colegio de Abogados, los prelados regulares, jefes y funcionarios públicos.

6. Aparte de los indicados, en el documento se hace constar la presencia del sector popular, describiendo que se encuentra manifestado en las calles, plaza, corredores y la sala del palacio. Esta mención tiene la intención indudable de indicar que su actuación correspondía a una voluntad popular, que por esa época ya se reconocía como fuente de la soberanía del Estado.

7. El hecho de reunirse en uno de los salones del palacio es revelador de que se asumía una decisión —que en el acta se señala como de un asunto grave— con toda la responsabilidad de la representación política e institucional que ostentaban; esto es, que no conspiraban fuera del sistema sino que se emancipaban dentro de las reglas de este.

8. La redacción confirma que operaban por clamor del pueblo para declarar la independencia, cuestión que se manifiesta con toda claridad. Esto es, el encabezado del

acta no deja lugar a dudas sobre el motivo de la reunión y, propiamente, sobre el acto de voluntad que los ha convocado para reunirse.

9. Al enumerar los asuntos acordados por la Diputación y los individuos del Ayuntamiento, inician en el 1.º ratificando que toman una decisión por "voluntad general de pueblo de Guatemala", o sea que insisten en señalar que se asume una decisión por mandato del soberano. En refuerzo de esta posición, en ese mismo primer punto disponen que habrá de formarse un Congreso que, según su redacción, "debe decidir el punto de independencia y fijar, en caso de acordarla, la forma de gobierno y la ley fundamental que deba regir". Inicia pues ordenando una convocatoria de una asamblea para que asumiera la decisión definitiva y, a la vez, para que se encargara de redactar la ley fundamental (es decir, la Constitución) que estableciera la forma de gobierno. Son éstos actos de voluntad de conformar política y jurídicamente el nuevo Estado, surgido de una declaración de emancipación del dominio colonial. Este aspecto inicial de la parte resolutiva que recoge el Acta no es nada más que expresión de una voluntad constituyente o, en otros términos, de instituir un régimen político constitucional.

10. Llama la atención que, aunque se ha dicho que la independencia se proclamó y ejecutó pacíficamente, en este primer punto acordado se filtre una nada sutil advertencia acerca de una voluntad extrema, señalando que las consecuencias de la emancipación podrían ser temibles en el caso que la proclamara de hecho el mismo pueblo. En otras palabras, una velada amenaza de acudir a la fuerza para obtener el propósito, cuestión que no estaba lejos de la historia reciente del movimiento libertario americano que se consiguió luego de cruentas guerras.

11. En seguida los firmantes procuran el respaldo legitimador de una asamblea, convocando a las provincias a elegir diputados y representantes suyos para formar un congreso que habría de reunirse en la capital.

12. En el punto tercero determinan el procedimiento electoral, ordenando que lo hagan las mismas juntas electorales de provincia, según estaba normado para integrar los últimos diputados a cortes. Se comprende que la regulación sería la minuciosa de la Constitución de Cádiz, que consistía en un detallado sistema regulador del sufragio.

13. El numeral cuarto fija la proporción de habitantes que representaría cada diputado (en ese entonces de uno por cada quince mil), y resulta notable que indique con precisión que no excluiría de la ciudadanía a los originarios de África. Esta previsión indica el reconocimiento al principio de igualdad del pueblo político de una nación.

14. Enseguida atribuye a las juntas electorales la competencia de determinar en número de diputados o representantes a elegir, conforme los últimos censos. Esta cuestión prácticamente ha persistido en las regulaciones electorales del país.

15. Fija (punto 6.º) la fecha de instalación de la asamblea, para lo que señala el 1.º de marzo de 1822. Esta fecha quedó establecida en las sucesivas regulaciones constitucionales de Guatemala para el inicio de los períodos presidenciales, y se mantuvo hasta la Constitución de 1965, en que se cambió para el 1.º de julio, y en la actualidad está fijada para el 14 de enero.

16. Por el apartado 7.º de las decisiones, se mantuvo una continuidad institucional y de las autoridades que conformaban el aparato del Estado, con lo cual se garantizaba

un principio de seguridad que, en ese momento, resultaba lo más conveniente para evitar una crisis o anarquía de poder, que habría podido desencadenar una grave contienda de facciones. De suerte que no pudo producirse ningún vacío de poder, al continuar rigiendo todo el sistema positivo de la Constitución, los decretos y las leyes, hasta, como reza la disposición, "el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico". Previsión última que, en todo caso, reconocía en dicha asamblea la soberanía del pueblo.

17. Consecuente con esa decisión de estabilidad, reconoció la continuidad del mando superior, político y militar, presidido por el jefe político, brigadier don Gavino Gainza, así como la formación de una junta provisional consultiva. En la designación de miembros es importante destacar que ese gobierno provisional se integró con representativos de las provincias de León, Comayagua, Quetzaltenango, Sololá y Chimaltenango, Sonsonate y Ciudad Real de Chiapa.

18. Por cuestión de orden y jerarquía, casi como orientado el sistema a un régimen presidencialista, indicó (punto 10) que la junta provisional debía consultar al señor jefe político en todos los asuntos económicos y gubernativos dignos de su atención.

19. El punto 11 constituye un reconocimiento de cultura nacional, basado en convicciones muy arraigadas dentro de la población y, por ello, apropiadas para ser elevadas al rango fundamental que el acta ostentaba. De esta manera sostuvo que la religión católica debía conservarse "pura e inalterable". Sobre esta materia, no hizo otra cosa que consignar una realidad histórica prevaleciente en todo el mundo hispánico y que figuró en las constituciones de esa época, y que incluso en constituciones modernas como la mexicana o la argentina han tenido continuidad, aunque, desde luego, aceptándose la libertad religiosa y de conciencia que los tiempos fueron imponiendo.

20. El apartado 12 enuncia o predica una conducta a los prelados de las comunidades religiosas para que exhorten a la fraternidad y la concordia, debido —como lo indica con sinceridad— a las posibles confrontaciones que el cambio de régimen podría producir, por lo cual era necesario "sofocar pasiones individuales que dividen los ánimos y producen funestas consecuencias". Puede decirse que este tipo de normas tiene una proyección ética y moral, más exhortativa o recomendatoria que preceptiva.

21. Una previsión más concreta se encuentra en el punto 13, en cuanto indica la competencia del ayuntamiento para mantener el orden y la tranquilidad y, como consecuencia, lo faculta para tomar las medidas más activas en toda la capital y los pueblos inmediatos.

22. El mandamiento del párrafo 14, complementado en el siguiente, es precursor de los principios de publicidad y de lealtad al régimen constitucional instituido. Es así porque ordena un manifiesto razonado del acto de la independencia, como sentimiento general del pueblo, y que a pedimento de este se haga juramento de independencia y de fidelidad al gobierno americano que se establezca. El juramento —se entiende— debía prestarlo el pueblo, pero también obliga a las autoridades designadas y a todos los elementos significativos del poder y de las comunidades, incluyendo los militares.

23. Como en toda institucionalidad política, resulta indispensable el acompañamiento de una simbología o emblemática que tiene efectos emotivamente vinculantes;

el acto de la independencia no se asumió con la simple frialdad jurídica de un instrumento escrito que recogiera la voluntad general, sino que se ordenó una serie de ceremonias que solemnizaran el acontecimiento. Así en el numeral 16 dispuso que el jefe político, de acuerdo con el excelentísimo ayuntamiento, señalara el día en que el pueblo proclamara la independencia e hiciera el juramento.

24. Desde luego, parece haber una contradicción de las últimas normas con lo establecido en el numeral 2.º, que se refiere a la convocatoria de un Congreso "que debe decidir el punto de independencia y fijar, en caso de acordarla, la forma de gobierno y la ley fundamental que deba regir". Se nota que en este se legisla sobre una condición que hacia el futuro sería la que resolviera la proclamación de la independencia, en tanto que en las últimas ya se da por hecho que la emancipación había sido no solo declarada sino también acatada y jurada por el pueblo y las autoridades. Esa contradicción no es más que una forma indirecta para legitimar una decisión que los próceres consideraban irrevocable, y por eso ordenaron jurar la independencia y además realizar todos los actos rituales, entre estos la acuñación de una medalla conmemorativa de la fecha cierta que "perpetúe en los siglos la memoria del día quince de septiembre de mil ochocientos veinte y uno". Otros actos de igual solemnidad se encuentran claramente ordenados en el Acta; tal la obligación de imprimir el Acta y el Manifiesto que debía circularse a las excelentísimas diputaciones provinciales, los ayuntamientos constitucionales y demás autoridades eclesiásticas, regulares, seculares y militares.

25. Para sellar no solo las solemnidades civiles, se dispuso que se cantara una misa de gracias, con asistencia de la junta provisional, de todas las autoridades y corporaciones y jefes, y que se hicieran salvas de artillería y tres días de iluminación.

26. Por consiguiente, por el mandato de convocar un Congreso de Diputados, se llegó a la redacción de la primera Constitución centroamericana.

## 3. La Constitución de la República Federal de Centro-América, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824

El acta de 15 de septiembre es el documento que recogió la solemne decisión de los centroamericanos de declarar la independencia, teniendo naturaleza constitucional o fundacional de la nueva República. Sus redactores y firmantes dejaron testimonio de una voluntad política indubitable, que implicaba uno de los elementos clave de los Estados: el *imperium* o potestad de gobierno sustentado en la soberanía de la nación. El ámbito geográfico de la jurisdicción colonial definió su territorio; su pueblo, el conglomerado humano que habitaba esas tierras. Así que, conformados materialmente los elementos esenciales de un Estado, devenía el necesario proceso de convalidación jurídica, previsto en el acta, que definiría el paso de transición entre el antiguo reino de Guatemala, unidad política operante desde el siglo XVI, y la nueva República. De esa manera se llegó a la Asamblea Nacional Constituyente.

El propio jefe militar de las tropas mexicanas, llamadas protectoras, Vicente Filísola, el 29 de marzo de 1823 convocó la reunión del Congreso aludido en el acta.

Reconoció de esa manera el ocupante uno de los grandes principios de la época, el de la soberanía nacional, que se expresaría por la representación de los pueblos depositada en sus diputados. Dichos pueblos sufragarían conforme el sistema de elección del régimen constitucional. Debe recalcarse que dicha convocatoria estuvo dirigida a una nación específica, la centroamericana que integraron las provincias de la antigua unidad administrativa del imperio español en esa porción de América. Es interesante recrear el ambiente de cultura política que hubo durante esta etapa, que, incluso respaldada por el propio Filísola, exhortó a las clases intelectuales para aportar sus luces respecto de las cuestiones constitucionales que serían objeto del Congreso.

El proceso constituyente se desarrolló durante un poco más de un año, del 24 de junio de 1823, en que se instaló la Asamblea, con la firma de cuarenta diputados reunidos bajo la presidencia del salvadoreño José Matías Delgado, hasta el 22 de noviembre del año siguiente, cuando sesenta y cuatro diputados firmaron el proyecto de Constitución. Cabe destacar la declaración del 1.º de julio de 1823 de las provincias representadas, por la cual decretaron ser "libres e independientes de la antigua España, de Méjico y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo", alusión última que sin duda llevaba dedicatoria a los Estados Unidos de América. Esta declaración definitiva de la voluntad de independencia tuvo, además, otro mensaje por el cual los representantes declararon que "formaban una nación soberana" y que llamarían "por ahora y sin perjuicio de lo que resuelva la Constitución, Provincias Unidas de Centro América".

Los asuntos de fundamental importancia que necesariamente tenían que separar a los constituyentes en dos bloques principales giraron en torno de posiciones antagónicas y de difícil composición: por un lado los centralistas y por el otro los estadualistas. Estas posiciones se atribuyeron, en su orden, a conservadores y liberales, aunque la separación no era tan nítida. Lo mismo podía decirse con relación a la preferencia por Guatemala como capital y la posición separatista que prefería el traslado a otras latitudes. No tiene suficiente racionalidad el argumento que explica que la destrucción de la antigua capital por los terremotos le haya restado prestancia a la nueva Guatemala como para ser la sede de un gobierno central; es decir, que arquitectónicamente no lucía con la categoría de aspirar a ser el centro de una república unitaria. Es claro que esta motivación estética es poco convincente en tanto resulta más sustancial atribuir la tendencia federalista a otros factores más profundos, tal el ejemplo cercano de la fundación de los Estados Unidos, como fórmula muy atinada para proteger la igualdad de las provincias que deseaban tener una personalidad política que defendiera sus intereses económicos y sociales. Así se entiende en la lectura de la citada *Historia general de Guatemala*, en la que se reconoce que hubo reservas contra el dominio de los grandes comerciantes que desde la Capitanía General habían controlado el sistema económico de importaciones y exportaciones.[2]

[2] Jorge Luján Muñoz: "Definición político-administrativa: la Asamblea Nacional Constituyente y los Congresos Constitutivos de los Estados", en *Historia general de Guatemala,* o. cit., t. IV, p. 20.

Una breve relación de las labores de la primera asamblea centroamericana es la síntesis crítica de Manuel Montúfar y Coronado, citada en el libro *Constitución y orden democrático,* de Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vásquez Martínez:[3]

> Jamás la república volvió a ver un cuerpo legislativo como la Asamblea nacional; no puede juzgarse de ella por la Constitución ni por muchas de sus leyes; es preciso examinar el todo de su conducta en las circunstancias varias de esta legislatura constituyente, para persuadirse de su mérito. Todas las provincias estaban divididas al tiempo de instalarse, y todas fueron reunidas, organizadas y regularizados sus respectivos gobiernos al cerrar sus sesiones. Desde el decreto de 1.º de julio de 1823 se sentó la base de una forma de gobierno popular representativa; la igualdad legal, la división de poderes y la ilimitada libertad de imprenta; la tolerancia religiosa establecida para el culto privado fue obra de la Constitución; la esclavitud abolida, los esclavos manumitidos; leyes muy francas de colonización; aranceles de comercio, franquicias mercantiles para animarlo y protegerlo; arreglos en la hacienda nacional, designación de rentas federales, separación de las de los Estados; ensayo de una capitación moderada, un préstamo extranjero moderado; el proyecto del canal de Nicaragua en mucho progreso; abiertas y entabladas relaciones diplomáticas con las naciones europeas y con muchas de las de América; la iniciativa para el Congreso americano de Panamá; puestas las bases para el establecimiento del crédito público y reglamentados muchos de los ramos de la administración bajo el sistema provisorio y bajo el sistema constitucional; todo fue obra de este primer ensayo que hicieron los centroamericanos en la difícil empresa de constituir un pueblo y darle leyes. Si la Asamblea nacional cometió errores, y si incurrió en desaciertos de grandes trascendencias, sus errores mismos son respetables por el objeto; transigía por evitar la guerra civil y conservar la paz interior; cedía al torrente impetuoso e irresistible de los intereses con influjo y de las circunstancias infaustas. No pudo evitar la mayoría de sus miembros el grave mal de una Constitución pegadiza y exótica, hija de imaginaciones exaltadas, y nutrida por los intereses locales y personales. Muchos jóvenes de felices disposiciones se formaron en la asamblea, y fueron útiles después en varios ramos de la administración.

A pesar de que se atribuya la ruptura de la república federal a errores de la Constitución, tal criterio es quizás especulativo, dado que tampoco puede haber evidencia de que, integrada una república unitaria, no hubiesen ocurrido movimientos secesionistas que solamente por la fuerza militar se hubieran controlado y reprimido. Se supone que el ensayo federal fue acertado, en tanto que las provincias no hubieran soportado un régimen en la cual resultaran tributarias de una metrópoli en esos tiempos tan ajena y tan lejana. Esta sindicación de que el fracaso de un proyecto de nación se deba a la Constitución es un tanto precipitada, puesto que deben examinarse a profundidad los grandes vectores

[3] *Constitución y orden democrático,* Guatemala: Editorial Universitaria, USAC, 1984, pp. 33-34.

sociológicos y culturales forjadores de la nacionalidad y del sustento de las grandes decisiones políticas. Culpar al texto constitucional es tan serio como en épocas posteriores también ha resultado fácil hacerlo con las leyes fundamentales y así suponer que con un cambio de las mismas podrían lograrse nuevas actitudes de una moralidad política que tiene raíces más hondas. Debería alertarse sobre el peligro de culpar a las normas de lo que concierne a las conductas, pues aquellas, aunque defectuosas, pueden operar interpretadas de buena fe; en cambio las actitudes desviadas son capaces de distorsionar códigos tan inculcados como los Diez Mandamientos.

Es cierto que la falta de experiencia y de previsión hizo que en la Constitución Federal se introdujeran instituciones que no funcionaron en el complejo medievalista de la economía de aquellos tiempos. Por caso, condiciones materiales poco favorables como el aislamiento y la falta de comunicaciones, pues para que el correo llegara de la capital a Cartago necesitaba casi de cuarenta días, lo que ahora tarda segundos y con sólo oprimir un comando de la computadora. De suerte que un sistema descentralizado y federal hubiera requerido de vínculos más dinámicos para que las lejanas provincias mantuvieran contactos con sus representativos o delegados en la capital. No obstante, a la luz de lo que se había experimentado en el primer ensayo federalista ocurrido en el mundo, como lo fue el estadounidense, ahí las distancias no fueron pretexto para dispersar la unión. En la latitud del istmo a esa condición de lejanía se sumaron muchos factores, como la extrema ideologización de las facciones conectadas con los intereses de los caudillos que detentaron liderazgos decisivos en sus respectivas comarcas o parroquias.

Lo que resulta evidente es que en la alborada de la patria, sus formadores tuvieron un concepto de nación centroamericana y así lo dejaron plasmado en la Constitución emitida en nombre y por delegación de los pueblos de sus provincias. Esta voluntad quedó registrada en el pórtico que debe ser memorable. Asentaron lo que sigue:

> En el nombre del Ser Supremo, Autor de las sociedades y Legislador del Universo
>
> Congregados en Asamblea Nacional Constituyente nosotros los Representantes del pueblo de Centro América, cumpliendo con sus deseos y en uso de sus soberanos derechos, decretamos la siguiente Constitución para promover su felicidad; sostenerla en el mayor goce posible de sus facultades; afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; establecer el orden público, y formar una perfecta Federación.

Rota esa Federación, que por lo visto no pudo resultar "perfecta", el constitucionalismo guatemalteco mantuvo una constante de nostalgia que, al menos en el papel, demostraría que la nación centroamericana podía ser una posibilidad.

Inicia en la Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes, de 5 de diciembre de 1839, el artículo 10, evidentemente explícito al disponer:

> El pacto de unión que el Estado celebre con los demás de Centroamérica, ratificado que sea por su Asamblea Constituyente o su Legislatura Constitucional, será religiosamente cumplido, como parte de su ley fundamental.

De igual manera lo prescribió la Constitución liberal de 1879, en su artículo 2.º, que ordena:

> Mantendrá y cultivará con las demás repúblicas de Centro América, íntimas relaciones de familia y reciprocidad. Y siempre que se proponga la nacionalidad Centro Americana de una manera estable, justa, popular y conveniente, la República de Guatemala estará pronta a reincorporarse en ella". Por mandato del artículo 6o. reconocía la condición de guatemaltecos naturales a los originarios de las demás Repúblicas de Centro América.

La Constitución de 1945, al regular las atribuciones del Congreso en materia de aprobación de los tratados internacionales, hace la salvedad respecto de la reserva de soberanía contenida en el inciso 9.º del artículo 119, en lo que pudiera relacionarse con la "restauración total o parcial de la Federación de Centroamérica". También mantuvo el principio de la doble nacionalidad con referencia a los originarios de las demás Repúblicas que constituyeron las Provincias Unidas de Centro América (artículo 7).

La Constitución de 1956 reguló la materia en el Capítulo de los Artículos Transitorios, entendiendo que el ideal de la Unión liquidaría el régimen constitucional para sustituirlo por otro acorde con la nueva configuración. Asimismo, previó mecanismos integracionistas como los que luego se alcanzaron en la región. El artículo 8.º preceptuó:

> En tanto se logra la Unión de Centroamérica en forma total o paracial, Guatemala coadyuvará a la creación de todas las organizaciones y entidades que creen o estrechen vínculos culturales, económicos o de cualquiera otra índole entre las naciones centroamericanas.

La Constitución de 1965 reguló lo concerniente al centroamericanismo en los artículos 2.º y 6.º

La Constitución Política de la República, en su artículo 145, mantiene el principio de la doble nacionalidad para los oriundos de las repúblicas que formaron la Federación de Centroamérica. El artículo 150 reconoce a la comunidad centroamericana, y ordena mantener y cultivar relaciones de cooperación y de solidaridad. Asimismo, dispone el deber de adoptar medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica. El precepto establece obligación de las autoridades para fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad. El artículo 171 inciso l) numeral 2), dispone, dentro de las atribuciones del Congreso de la República, la de aprobar antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, cuando establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o

transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales o comunes en el ámbito centroamericano.

La regulación constitucional vigente contiene indudables avances, en tanto, en primer término, una decisión trascendental de esa naturaleza puede asumirla el órgano legislador por la mayoría absoluta y no por una votación agravada que dispone para otros asuntos. En lo demás, porque tiene una base de realismo al suponer una unión económica o de cualquier otro tipo, sin que sea necesario llegar a una identidad política. Asimismo, que puede estar reducida a la unión parcial y a la creación de entes de carácter supranacional.

Los países centroamericanos también han establecido un régimen constitucional para los nacionales de los países de la región; tales los casos de Costa Rica, artículo 14: "Son costarricenses por naturalización: […] 2) Los nacionales de los otros países de Centro América […]"; El Salvador, artículo 90: "Son salvadoreños por nacimiento: […] 3.º Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América […]"; Honduras, artículo 24: "Son hondureños por naturalización: 1. Los centroamericanos por nacimiento […]", y Nicaragua, artículo 17: "Los centroamericanos de origen tienen derecho de optar a la nacionalidad nicaragüense, sin necesidad de renunciar a su nacionalidad […]".

Hecho un repaso del proceso constitucionalista, deben recordarse también los elementos de otro carácter que dieron fundamento a la idea de una nación centroamericana que puede perfectamente coincidir con el principio de pluralidad que se sustenta en el reconocimiento de las identidades singulares que, por el devenir del tiempo y la fortaleza de los factores sociales, han adquirido —según parece— un carácter irreversible. En esto es de pensar la creatividad europea, que ha caminado muy firme en la formación de una unión consolidada por instituciones comunes, no obstante que, a pesar de las grandes diferencias culturales e históricas que las separan, tienen objetivos muy precisos de una integración innovadora. Desde hace tiempo Francisco Villagrán Kramer teorizaba certeramente sobre estos esquemas y así comentaba:

> La zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común y la unión económica no quedan en fórmulas económicas abstractas, sino que materializan en instituciones políticas y jurídicas.[4]

Luego, de manera muy rápida, hay referencia a otros elementos comunes que en su fondo tendieron aun más a identificarnos como protagonistas de una voluntad integracionista, que pueden ubicarse en sucesos históricos que hicieron sentir la preocupación de la región por el destino de todos los habitantes de Centro América. Por ejemplo, su respuesta suprema frente las fuerzas extranjeras que intentaron doblegar la soberanía de Nicaragua. A este país concurrieron fuerzas militares de los países

[4] Francisco Villagrán Kramer: *Teoría general del derecho de la integración económica regional,* El Salvador: ME, 1968, p. 119.

centroamericanos, en diversa intensidad y tiempo, pero con el mismo propósito de expulsar a los filibusteros de WilliamWalker.

Otro momento dramático de convergencia de estos países en reacción a fenómenos destructivos de la paz y la seguridad en el área, lo encontramos en la respuesta política muy activa y decidida de los centroamericanos frente al conflicto armado. En esa etapa crucial, asumieron una actitud firme que fue expresión de su voluntad de afrontar por cuenta propia la gravísima situación, tanto para promover la paz y restablecer la confianza como para excluir la injerencia de potencias extranjeras en el conflicto. Si bien, como parte de ese proceso, se tuvo el acompañamiento de varios países americanos y europeos, fue evidente que la suscripción de los Acuerdos de Esquipulas I y II fue portadora de un mensaje de dignidad regional, capaz de diseñar sus propias fórmulas y de cumplirlas con rectitud. Dicho proceso tuvo la legitimidad de haber surgido de la entraña misma del istmo, por lo que no hubo duda que gozó de inmediato del respeto de la comunidad internacional. Muchísimos líderes políticos, religiosos y sociales pueden ser citados como protagonistas de la paz, que para el caso particular de Guatemala fue convenida con la firma de los Acuerdos de 1996.

También, y ha sido un acontecimiento de gran relevancia en la política centroamericana, el proceso de la integración económica llamada a cumplir objetivos nacionales y regionales. Los primeros, proyectando espacios más amplios de actividad económica tendentes a mejorar la industria y el comercio como fuentes de bienestar social. Los segundos, de orden metapolítico quizás no muy delineado, que se tradujeran en una mayor estatura y prestigio de la región en el diálogo internacional.

Centro América presenta a partir de la década de los sesentas un marco jurídico convencional de la integración centroamericana sumamente interesante, que cubre los regímenes de libre comercio, fiscal (en particular focalizado en el sistema arancelario), aduanero, agrícola y pecuario, industrial y de propiedad intelectual, financiero, comunicaciones y telecomunicaciones, acceso marítimo, eléctrico, educación y ejercicio de profesiones, seguridad social, y muchos otros de cooperación regional. Factores de integración también pueden ser los acuerdos bilaterales o multilaterales en la región para atender políticas de infraestructura, el uso racional de los recursos naturales y la conservación del medio ambiente, así como en las áreas de la cultura y el bienestar social.

El mes de junio de 2008 se cumplieron los cincuenta años (¡medio siglo!) de haberse suscrito el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana, sin que se haya recordado una fecha que, por los efectos de lo convenido, tuvo gran impacto en la vida económica de la región. Otros convenios, por citar los que parecen más notables, como el Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica, y los básicos de creación de instituciones como el INCAP, la OIRSA, el ICAITI, la ESAPAC, entre otras, han sido pilares fundamentales de una visión futurista del sentido de cooperación y solidaridad que debe regir entre los pueblos, en particular aquellos que, por sus antecedentes históricos y su realidad cultural y geográfica, tienen tantos elementos comunes que deben sobrepasar cualquier disenso del pasado, que a estas alturas no fueron más que puras rencillas aldeanas y hasta, si no

fuera por lo perdido en vidas y oportunidades, motivo de graciosa recreación, bien fuera la guerra de totoposte[5] o la del fútbol,[6] esta última desencadenada en gran parte por la irresponsable incitación mediática en cada una de las parcelas que se enfrentaron.

Es difícil identificar instrumentos de integración política que han resultado perjudicados por cierto desprecio social, como el Parlamento Centroamericano, que no ha contado con una buena opinión sustentada más por los detalles anecdóticos que por la comprensión de sus alcances, hasta ahora quizás retóricos pero que, de aplicársele una inteligente reingeniería, podría constituir un adecuado mecanismo para promover políticas globales. Al menos, una visión externa del Parlacen, sobre todo desde la plataforma europea, ha sido más comprensiva y ha revelado mayores aproximaciones al diálogo. Quizás la *centroamericanización* de los partidos políticos pudiera facilitar la definición de metas y procedimientos de mayor utilidad popular.

De igual manera puede ser que resulte operante, en particular en esta época de la globalización y de la integración, el funcionamiento de la Corte Centroamericana de Justicia, que constituye, por esencia de la naturaleza de las relaciones humanas, una institución de predictibilidad jurídica y de certeza de las obligaciones y de los derechos que surgen del intercambio de bienes y de servicios en los mercados cada vez más abiertos al trabajo, las empresas y los capitales. Al menos, este tribunal cuenta con el precedente de la Corte Centroamericana de Justicia, establecida en 1908, con varios años de anticipación al de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1921. La CCJ duró diez años, porque el pacto que la creo no fue renovado, habiéndose ocupado de diez casos, entre ellos la declaración de copropiedad del Golfo de Fonseca (bahía histórica) entre El Salvador y Nicaragua, sobre las aguas no litorales.[7]

Este año de los juegos olímpicos del mundo, quizás fuere oportuno recordar, en atención a la esencia popular de los procesos integracionistas, que por acuerdo del órgano deportivo centroamericano (ORDECA), fueron instituidos hace un poco menos de un cuarto de siglo los primeros juegos de la región, lo que ha permitido que jóvenes exponentes tengan un escenario para competir en condiciones de igualdad, puesto que, por las condiciones de cada uno de los países, a ese nivel no tienen escuelas de medallistas creadas para exportación ideológica o de prestigio político ni se abren puertas para que atletas eminentemente profesionales que pueden dedicarse con exclusividad al lucro personal, desplacen a quienes con gran esfuerzo son ejemplo de afición al deporte que practican en sus horas libres.

El viejo Aristóteles, siempre renovado en el pensamiento universal, tenía como método de sus reflexiones clasificar de acuerdo con el género próximo y la diferencia específica. De suerte que comparar procesos como el centroamericano con el europeo, guarda muchas distancias. No obstante, a pesar de estas, no se puede menos que

---

[5] Guerra causada por la invasión a Guatemala en 1906 por fuerzas salvadoreñas al mando del general Tomás Regalado, con participación de fuerzas hondureñas y exiliados guatemaltecos que buscaban el derrocamiento del dictador Estrada Cabrera.

[6] Guerra de poca duración entre Honduras y El Salvador causada por problemas fronterizos y migratorios, resuelta oportuna y satisfactoriamente.

[7] Max Sorensen: *Manual de derecho internacional público*, México: FCE, 1981, pp. 648-649.

recordar que los europeos tuvieron en su pasado, y no tan remoto, más razones para odiarse que para quererse: diferencias de idioma, de religión, de condiciones étnicas y, en especial, de memoria histórica plagada de guerras catastróficas (dos de ellas de orden mundial sucedidas en medio siglo). Sin embargo, han avanzado una comunidad por etapas políticas exitosas y estabilizadoras de un orden social civilizado y democrático. ¿Por qué los centroamericanos, que tienen acervo común y riqueza cultural, no podrían, dentro de sus particularidades nacionales —que son arraigadas y por tanto irreversibles— perfeccionar una comunidad orientada hacia la prosperidad, el bienestar social y la paz permanente?

Basados en el marco originario constitucional que reconoció una nacionalidad centroamericana es posible sustentar un criterio optimista hacia el perfeccionamiento de esa comunidad.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 741-772, ISSN 1510-4974

**César Montaño Galarza (Ecuador)***

# Relaciones jurídicas entre los tratados de libre comercio suscritos por Ecuador y el derecho comunitario andino**

## RESUMEN

**La investigación busca desentrañar la naturaleza jurídica de los tratados de libre comercio que suscribe Ecuador con otros estados, y analizar la relación y los efectos jurídicos que esos instrumentos internacionales tienen respecto del ordenamiento jurídico nacional y del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Para ello refiere cuestiones esenciales del derecho comunitario andino y del derecho internacional económico de los tratados comerciales. Se ocupa también de la capacidad convencional de la Comunidad Andina y de su ejercicio.**

**Palabras clave: derecho comunitario, tratados de libre comercio, Comunidad Andina, derecho internacional económico, ordenamiento jurídico nacional, jurisprudencia comentada, Ecuador, América Latina.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die Untersuchung befasst sich mit der Rechtsnatur der Freihandelsvereinbarungen, die Ecuador mit anderen Staaten getroffen hat, und analysiert die Beziehung und rechtliche Wirkung dieser internationalen Instrumente hinsichtlich der nationalen Rechtsordnung und der Rechtsordnung der Andengemeinschaft. Dazu geht sie auf grundsätzliche Fragen des Gemeinschaftsrechts der Andengemeinschaft und des internationalen Wirtschaftsrechts im Kontext von Handelsvereinbarungen ein. Daneben nimmt sie zur Frage der Vertragsfähigkeit der Andengemeinschaft und ihrer Ausübung Stellung.**

**Schlagwörter: Gemeinschaftsrecht, Freihandelsabkommen, Andengemeinschaft, internationales Wirtschaftsrecht, einzelstaatliche Rechtsordnung, kommentierte Rechtsprechung, Ecuador, Lateinamerika.**

---

* Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja (UNL). Especialista en Tributación; Magister en Derecho Económico con mención en relaciones económicas Internacionales. Doctor (c) en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-SE). Director y profesor de Planta del Área de Derecho de la UASB-SE. Profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Unviersidad San Francisco de Quito (USFQ). ‹cesarmontano@uasb.edu.ec›

** Este trabajo fue financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

**ABSTRACT**

**This research intends to unravel the legal nature of the free trade agreements subscribed by Ecuador with other nations, and study the relationship and legal impact of such international instruments on the legal systems of Ecuador and the Andean Community. To this end, this paper reviews central questions pertaining both to the Andean Community Law and to the economic international law governing free trade agreements. It also deals with the Andean Community's capacity to subscribe conventions, and the exercise of such right.**

**Key words: Community law, free trade agreements, Andean Community, economic international law, national legal system, annotated jurisprudence, Ecuador, Latin America.**

## 1. Introducción

Esta investigación tiene como objetivo general desentrañar la naturaleza jurídica de los tratados de libre comercio que negocia y suscribe el Ecuador con otros estados, y analizar la relación que tienen los acuerdos con los sistemas jurídicos ecuatoriano y de la Comunidad Andina.

Los estados como sujetos privilegiados de las relaciones internacionales en el marco del sistema internacional tienen la posibilidad de negociar y suscribir acuerdos internacionales de cooperación, coordinación, integración, entre otros. Esta realidad del mundo actual ocasiona la existencia de diversos ordenamientos jurídicos, cada uno con rasgos particulares.

En aras de alcanzar seguridad jurídica internacional y cuidar la responsabilidad internacional del Estado, la apreciación cabal de la situación descrita en el párrafo anterior demanda el conocimiento profundo y objetivo de las imbricaciones que existen y que pueden ocurrir entre los diversos órdenes jurídicos que sustentan las relaciones entre estados.

La posición de cada Estado frente a ese conjunto de normas jurídicas dependerá de las obligaciones asumidas en los ámbitos internacional y supranacional, esto es, a la luz de disposiciones de *derecho internacional económico* cuando suscribe acuerdos de libre comercio, y de disposiciones de *derecho comunitario* cuando es parte en procesos de integración del *tipo comunitario,* como los califica Calogero Pizzolo.[1]

## 2. Ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

Como toda disciplina científica, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuenta con aspectos específicos que lo diferencian de los demás. En ese sentido puedo

[1] Calogero Pizzolo: *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires: Ediar, 2002.

citar: su origen, sus fuentes propias, plurales y descentralizadas, sus principios rectores y características, como también su ámbito y alcance.

El *origen del ordenamiento jurídico comunitario* es único y pertenece en exclusiva a esta subespecialización del derecho internacional público. Desde la óptica jurídica se puede afirmar que el denominado —sobre todo en Europa— *derecho comunitario* nace de la idea de integración de determinado número de estados con miras a alcanzar mejoras sustanciales en varios ámbitos que hacen a la naturaleza y esencia del Estado. Por lo tanto, el derecho comunitario surge en un contexto histórico bien definido, que marca el estilo de las relaciones internacionales hasta nuestro tiempo; crea derechos y obligaciones para diversos sujetos, entre los que se cuentan los estados miembros.

En Europa la idea de integración económica cuajó en el marco de acciones que buscaban especialmente la paz entre las naciones luego de la segunda guerra mundial, mientras que en la región andina la idea de integración económica surgió con el Acuerdo de Cartagena (1969), al amparo del Tratado de Montevideo (1960) que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), más tarde sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI),[2] como parte de una estrategia para alcanzar la inserción de la región en el circuito económico mundial.

Sobre las *fuentes del ordenamiento jurídico comunitario* se cuenta con instrumentos internacionales que suscriben los estados, esto con el objetivo primordial de integrar varios ámbitos de interés nacional para lograr desarrollo económico y mejor posicionamiento en el concierto internacional, entre otros. Tales instrumentos se pueden titular de diversas maneras: *tratados, convenios, acuerdos, pactos,* que son términos sinónimos.

El conjunto de los instrumentos jurídicos que dan origen a un proceso de integración de *tipo comunitario* hace lo que se ha calificado como *derecho comunitario fundacional, originario o primario,* fuente más importante de este novel sistema jurídico.

Tanto en la experiencia europea de integración como en la andina existe la posibilidad de que las normas primarias sean desarrolladas, complementadas o aclaradas mediante la adopción de otras disposiciones jurídicas que emanan de órganos dotados de poder normativo, que fueron creados en los instrumentos fundacionales. El conjunto de normas jurídicas que se crea de manera descentralizada de los estados constituye lo que se denomina el *derecho comunitario derivado o secundario.* Por lógica habrá que suponer y exigir que el derecho comunitario derivado no sobrepase los límites jerárquicos impuestos por el sistema normativo fundacional; guardará por tanto coherencia con él, en orden a la caracterización de un verdadero sistema jurídico de la integración del tipo comunitario.

A la clasificación de las fuentes del ordenamiento jurídico de la CAN se pueden añadir otras dos: las complementarias y las auxiliares.[3] Entre las fuentes complementarias

---

[2] Véase Ángel Casas: *Integración regional y desarrollo en los países andinos*, Quito: ETEA, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 159-207. Elizabeth Salmón: "Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas", en *Derecho comunitario andino*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

[3] Fabián Novak Talavera: "La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico", en *Derecho comunitario andino*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 58-65.

se ubican los instrumentos internacionales suscritos por los estados miembros entre sí, precisamente en ejecución de los intereses y objetivos de la Comunidad; por lo tanto, las normas jurídicas de estos acuerdos se someterán indefectiblemente al derecho comunitario originario y derivado. Como ejemplo en la CAN puede citarse el convenio de complementación —industrial— en el sector automotor,[4] que se sustenta en expresas previsiones de los artículos 64 y 65 del Acuerdo de Cartagena. Fuentes auxiliares *normativas* serían los principios generales del derecho y los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Andina, mientras que fuentes auxiliares *no normativas* serían la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Al igual que cualquier rama del ordenamiento jurídico, el derecho comunitario también cuenta con *principios rectores* específicos, a saber: primacía, aplicabilidad inmediata y directa, y efecto directo.

Los principios del derecho comunitario son garantías de su autonomía, imperatividad y eficacia, que le permiten proclamar que despliega efectos por sí mismo, que prevalece frente a la pretensión de aplicabilidad de una norma incompatible.[5] Sobre ello, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en sentencia de nulidad del 10 de junio de 1987, expresó:

> […] el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino.[6]

Hablar de los principios de *primacía* y de *efecto directo,* así como del de *aplicabilidad directa o inmediata*,[7] es referirse a fundamentos cardinales cuyos conceptos mantienen estrecha vinculación y persiguen garantizar la imperatividad y la aplicación inmediata y directa del derecho de la Comunidad.

Los principios rectores del ordenamiento jurídico comunitario han sido desarrollados mediante expresiones jurisprudenciales de tribunales comunitarios, y no por fórmulas positivas insertas en tratados fundacionales.[8]

---

[4] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 483, 17 de septiembre de 1999.

[5] Paz Andrés Sáenz de Santa María et al.: *Introducción al derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid: Eurolex, 1999, p. 459.

[6] Junta del Acuerdo de Cartagena, *Gaceta Oficial,* n.º 21, 15 de julio de 1987.

[7] Cf. César Montaño Galarza: *Derecho de la integración. Derecho comunitario*, Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006.

[8] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., pp. 458-459.

## 2.1. Primacía del derecho comunitario[9]

Esta máxima implica la prelación del derecho de la Comunidad sobre el derecho nacional.[10] Es condición existencial que allana el camino a la concepción de un sistema jurídico común a los estados miembros. Por ella, en caso de conflicto el derecho comunitario se aplica con preferencia al ordenamiento interno en aquellas materias atribuidas a la Comunidad. La primacía prohíbe que los estados miembros aleguen normas nacionales para incumplir sus obligaciones en el marco del proceso de integración; además, la disposición comunitaria solo puede ser modificada expresamente por otra de igual naturaleza. Junto a semejantes previsiones, el derecho de la Comunidad está exento de control constitucional ex ante o ex post facto. Solo una especie de control *cuasiconstitucional* es posible a cargo del tribunal comunitario de que se trate o, mejor dicho, mediante un control de legalidad de los actos normativos de los órganos comunitarios.[11]

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC) ha señalado en varios fallos la preeminencia del derecho de la Comunidad, sosteniendo que prevalece en su aplicación sobre las disposiciones de los ordenamientos internos; en la sentencia del proceso 3-AI-96 afirmó la *primacía* como la virtud del ordenamiento comunitario para anteponerse a un mandato de derecho interno contrario, cualquiera sea el rango de este último.[12]

En resumen, el ordenamiento jurídico comunitario requiere que resulte imposible oponerle una disposición nacional, sea esta anterior o posterior; así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia europeo, especialmente en la sentencia de 15 de julio de 1964, caso *Costa c. ENEL*, asunto 6/64:

> Del conjunto de estos elementos resulta que, surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier naturaleza que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad; […] la transferencia operada por los Estados de su ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, implica, pues, una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad.[13]

---

[9] Cf. César Montaño Galarza: "Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario", en *Foro,* vol. 1, Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003, pp. 203-238.

[10] Julio César Trujillo: *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de derecho constitucional*, segunda edición, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2006, p. 166.

[11] En el sistema de integración europeo el Tribunal de Justicia de las Comunidades realiza este control por medio del recurso de anulación. En la CAN ese control se ejecuta por medio de la acción de nulidad (artículos 17-22 AC).

[12] Mónica Rosell: "Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina", ‹http://www.comunidadandina.org/docs/legis.htm›.

[13] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., p. 461.

Como efectos de la regla de *primacía* se pueden señalar las categorías de *inaplicabilidad* e *invalidez* de la norma nacional opuesta al derecho comunitario. La *primacía* del ordenamiento de la integración causa el desplazamiento de la norma nacional contraria, la neutralidad de su fuerza; también obliga a interpretar el derecho interno de acuerdo con el de la Comunidad. Además, compele a los estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la eficacia del derecho comunitario o a reparar los daños derivados del incumplimiento de sus disposiciones.

Por virtud del principio que se analiza se puede afirmar que en la relación entre el derecho de la Comunidad y el sistema jurídico nacional es factible aplicar la teoría del *monismo moderado,*[14] que tolera la inaplicabilidad de la norma interna al hecho concreto que se controvierta; teoría sustentada por el maestro de la Universidad de Viena Alfred Verdross.

La *primacía* del orden comunitario es general; no solo corresponde al derecho originario, sino también al derivado.

## 2.2. Efecto directo del derecho comunitario

El *efecto directo*, en sentido material, se relaciona con la posibilidad de invocación de la disposición comunitaria; permite que toda persona natural o jurídica solicite a su juez que le aplique los tratados, protocolos, decisiones, resoluciones, etcétera, del sistema comunitario; se trata del derecho a suplicar ante el juez nacional la aplicación del ordenamiento de la Comunidad en sus relaciones de carácter jurídico con las administraciones públicas o con los particulares; también a falta de norma nacional o en sustitución de ella, si fuera incompatible.[15] Se trata de una categoría jurídica no surgida del acervo comunitario —aunque en él ha desplegado un óptimo desarrollo—, sino del derecho internacional público vía instrumentos internacionales que contienen el principio; en consecuencia, en el derecho internacional debe constar la voluntad del Estado de conferir directamente derechos en el orden interno a los particulares. En el ordenamiento jurídico comunitario sucede lo contrario: teóricamente supondría la creación de derechos en la esfera de los particulares por vía convencional a reserva del propio ordenamiento de la Comunidad, sin más, incluso contra la voluntad de los estados partes.[16]

Todas las disposiciones del derecho comunitario someten a los poderes de los estados miembros —se entiende, en todo su territorio— sin limitaciones de orden estatal, regional o local; por su parte, el ciudadano común y las sociedades adquieren obligaciones y derechos cuyo cumplimiento pueden solicitar y, es más, exigir ante sus

[14] Cf. Alberto Zelada Castedo: "OMC: nuevas aproximaciones a la cuestión de la adaptación del derecho interno al derecho internacional", en *Derecho Económico Internacional*, Quito: Dunia Martínez Molina, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2006, p. 128.

[15] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., p. 476.

[16] Ibídem, p. 477.

tribunales y autoridades nacionales, así como ante las instancias administrativa y judicial supranacionales.[17]

En Europa se consagró el principio de *efecto directo* desde que el Tribunal de las Comunidades dictó la sentencia en el caso *Van Gend & Loos,* del 5 de febrero de 1963, en la que la corte consideró que el artículo 12 del Tratado de Roma tiene *efecto directo,* por lo que crea derechos en favor de los particulares que los estados miembros deben respetar.

El principio referido comporta que la imposición al Estado miembro sea clara y precisamente establecida, que no esté sujeta a condiciones o calificaciones ni aquel pueda atribuirse facultades discrecionales en la implementación.[18]

## 2.3. Aplicabilidad directa o inmediata del derecho comunitario

Por regla general, las disposiciones del derecho comunitario se aplican de manera inmediata, sin ninguna recepción ni transformación en el ámbito interno de los estados miembros. La integración de los estados, en la medida en que implica atribuciones de poder normativo a órganos e instituciones supranacionales, solo puede concordar con el monismo, que a su vez es la única concepción compatible con un sistema de esta naturaleza. Los tratados que originan una comunidad crean un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico nacional de los estados participantes desde la entrada en vigencia del tratado fundacional.[19]

La *aplicabilidad directa* deriva del concepto de *supranacionalidad;*[20] así las disposiciones comunitarias no requieren procedimiento de recepción en el ordenamiento interno de los estados miembros para surtir todos sus efectos frente a los órganos de la Comunidad, a las instancias estatales y a los ciudadanos. La disposición comunitaria, una vez promulgada,[21] adquiere de manera automática el carácter de derecho positivo en el ordenamiento interno de los estados que se integran; así se lee en el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJAC):

> Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Este principio se ha entendido en el derecho comunitario europeo como una de las cualidades de este peculiar ordenamiento; como aquella propiedad que lo hace no

---

[17] Rosell: o. cit.

[18] Florencia González-Oldekop: *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, pp. 58-59.

[19] Guy Isaac: *Manual de derecho comunitario general*, cuarta edición, Barcelona, Ariel S.A., 1997, pp. 190-191.

[20] Acerca de la supranacionalidad y el origen del término véase Antonio Linares: *Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1968, pp. 10-12.

[21] Para el caso europeo recomiendo ver los artículos 251 y 254 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Para el caso andino, el artículo 3 del TCTJAC.

precisar de interposición normativa para integrarse en el orden jurídico de los estados miembros, de manera que "las disposiciones comunitarias penetran en el orden jurídico interno sin el auxilio de medida nacional alguna".[22]

El derecho comunitario andino originario o derivado es inmediatamente aplicable en el orden jurídico nacional de los estados miembros, lo que según Guy Isaac trae las siguientes consecuencias: a) Por regla general, el sistema jurídico de la Comunidad está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los estados, sin que necesite ninguna fórmula especial de introducción. b) Las normas de la integración ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno, en calidad de derecho comunitario. c) Los jueces nacionales están obligados a aplicarlo.[23]

Sobre la primera consecuencia, el inciso segundo del artículo 3 TCTJAC trae la excepción a la regla al establecer:

> Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

En el ámbito europeo, la jurisprudencia señala que la *aplicación directa* del derecho comunitario no puede ser desconocida argumentando cuestiones de constitucionalidad sobre validez de disposiciones nacionales. Este criterio se expresó en la sentencia del caso *Simmenthal,* del 9 de marzo de 1978, mediante la cual, entre otras cosas, el tribunal intentó resolver la antinomia entre derecho comunitario y derecho interno. Afirmó que el primero no solo disfrutaba de fuerza pasiva y preferente aplicación, lo que se traducía en la inaplicabilidad, en el desplazamiento de la norma interna contraria, sino también de fuerza activa, que generaba la invalidez consiguiente, o al menos bloqueaba la adopción válida de la norma nacional incompatible.[24]

En la Comunidad Andina, el inciso primero del citado artículo 3 TCTJAC determina:

> Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo […].

Como se ve, en el ámbito comunitario andino la *aplicabilidad directa o inmediata* nace del derecho positivo y se proyecta afirmándose por medio de la jurisprudencia del TJAC.

---

[22] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., p. 476. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de abril de 1968, Firma Molkerei-Zentrale Westffalen/lippe GmbH c. Hauptzollant Paderborn, asunto 28/67.

[23] Guy Isaac: *Manual de derecho comunitario general*, 1997, p. 191.

[24] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., pp. 461-462.

## 2.4. Características del derecho comunitario

El Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), cuando prologó el *Manual de derecho de las Comunidades Europeas* de Nicola Catalano, asignó al ordenamiento jurídico comunitario los siguientes caracteres específicos: operativo, pragmático, transitorio y flexible.[25] A ello habrá que agregar que por su especificidad y ámbitos de validez también se le puede atribuir el carácter de discriminatorio, ya que solo cobija a los estados partes del proceso.

Por su parte, Jean-Víctor Louis[26] incluye como características específicas del derecho comunitario las siguientes: a) La atribución de competencias definitiva de los países miembros a la comunidad y sus órganos e instituciones. b) El sistema institucionalizado de creación de disposiciones, por cuanto las instituciones que crea la comunidad están en capacidad de dictar normas generalmente de derecho derivado. c) La Comunidad de derecho, porque tiene un orden jurídico que la rige y orienta para el cumplimiento de los objetivos de la integración. d) Los métodos de interpretación propios, que son puestos en práctica por los tribunales de justicia de los sistemas de integración. e) La flexibilidad y el rigor en la adaptación de la constitución comunitaria, por las características generales del ordenamiento jurídico comunitario y por las etapas que deben superar los países organizados en comunidad, atendiendo los diferentes niveles de la integración. f) La personalidad jurídica internacional, por cuanto los países al asociarse convierten a la comunidad en sujeto de derecho internacional,[27] capaz de nombrar y designar comisiones, de negociar y de obligarse con el resto de los sujetos del orden jurídico internacional.

# 3. Derecho internacional económico y acuerdos de libre comercio

El derecho internacional económico es un segmento especializado del derecho internacional público. Sus normas jurídicas se crean, interpretan y aplican con criterios particulares, tiene fin utilitario para un ámbito específico de las relaciones de los estados y, por lo tanto, un fin cambiante según el desarrollo y la transformación constante de la comunidad internacional. Con seguridad, al derecho internacional clásico, al moderno y al contemporáneo, en cada caso, ha correspondido una proyección específica del derecho internacional económico.[28]

---

[25] Nicola Catalana: *Manual de derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires: BID-INTAL, 1988, pp. 22-31.

[26] Jean-Víctor Louis: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995, pp. 13-92.

[27] El artículo 48 AC, inscrito en la sección J, que trata "De la personería jurídica internacional y de los privilegios e inmunidades", determina: "La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional". El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el artículo 281 (antiguo artículo 210), dispone: "La Comunidad tendrá personalidad jurídica".

[28] Cf. Alberto Zelada Castedo: "El derecho económico internacional", en *Estudios de Derecho Económico*, Quito: José V. Troya Jaramillo, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina

Luego de revisar apreciaciones y posturas de varios estudiosos de la disciplina, como P. VerLoren van Theemat, G. Schwarzenberger, D. Carreau, I. Seidl-Hohenveldern, el profesor Alberto Zelada sintetiza y manifiesta que —según los autores referidos— desde el punto de vista de su naturaleza, así como del de las fuentes formales, el derecho internacional económico es parte del conjunto de normas que integran el derecho internacional público, y que subrayan que lo que caracteriza con propiedad a este orden normativo es su ámbito de validez material, constituido por el conjunto de interacciones, transacciones o relaciones que se desarrollan en el campo de la actividad económica, entre diversos actores o sujetos, como los estados y las organizaciones internacionales, así como a las personas particulares, tanto naturales como jurídicas, sometidas a la jurisdicción de diferentes estados. El profesor Zelada expresa también un criterio que comparto:

> En otros términos, el derecho internacional económico puede ser concebido como el sistema de reglas de derecho, creadas a través de la voluntad concurrente de los Estados o mediante el ejercicio del poder normativo atribuido a determinados órganos de algunas organizaciones internacionales, que regulan la denominada actividad económica transnacional, vale decir aquella que se desarrolla más allá de las fronteras formales de los Estados.[29]

Destaco la objetividad de la posición trascrita, que reconoce algunos ejes de la participación de los estados en el mundo actual: la voluntad soberana y acordada de los estados, la producción normativa por actuación de fuentes descentralizadas que operan al margen de los estados pero en el marco de documentos fundacionales vigentes, que definen los objetivos de la organización internacional de que se trate —verbigracia, una del *tipo comunitario* (supranacional), como la Unión Europea o la Comunidad Andina.

Al mencionar *actividad económica transnacional,* Zelada refiere el marco en el cual cabe un sinnúmero de opciones de relación entre estados, siempre contenidas en los variados instrumentos internacionales conocidos, que pueden abarcar disposiciones jurídicas orientadas a alcanzar diversos fines, como la liberalización total o parcial del comercio, la constitución de una unión aduanera, de un mercado común, de una unión económica.

Asimismo, tales normas jurídicas coadyuvarían a la formación de esquemas de integración que no solo logren concreciones en los ámbitos económico y comercial, sino además en otros relacionados directamente con lo social; sería este último caso precisamente el de los procesos de integración comunitaria.

Claro está que el sistema económico internacional ha cambiado especialmente luego de la segunda guerra mundial, cuando se gestan normas internacionales de alcance amplio y novedoso, como las del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

---

Simón Bolívar, Sede Ecuador, 1998, pp. 103-106. Cf. Carlos Zúñiga Romero: *Capítulos de derecho económico*, Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005, pp. 102-105.

[29] Zelada Castedo: "El derecho económico internacional", o. cit., pp. 103-106.

(GATT), del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF); las de los procesos de integración regional y, finalmente, aquellas disposiciones jurídicas propuestas por países en desarrollo, orientadas a la formación de un nuevo orden económico internacional, que encarnan nuevos principios y postulados.

Según el mismo profesor, existe coincidencia en la doctrina en el sentido de que el estudio del derecho internacional económico tiene por objeto el examen y la interpretación sistemática de los siguientes sistemas normativos: 1) Normas del derecho internacional público aplicables a diversos aspectos o situaciones reales de las relaciones económicas internacionales (derecho internacional consuetudinario aplicable a las relaciones económicas internacionales). 2) Normas convencionales bilaterales o multilaterales, orientadas específicamente a regular diversas formas de relación económica entre estados (comercio, inversiones, navegación). 3) Normas propias de los ordenamientos jurídicos especiales y particulares destinados a regular los procesos de integración económica regional[30] (Comunidad Andina).

Tanto las normas jurídicas contenidas en los instrumentos internacionales de libre comercio como las que constituyen el marco fundacional de un proceso de integración comparten su naturaleza al ser segmentos del derecho internacional público, más precisamente ramas del derecho internacional económico, lo que solo en principio llevaría a concluir que las disposiciones jurídicas de los denominados tratados de libre comercio (TLC) tienen igual naturaleza y jerarquía que las del derecho comunitario.

Tal conclusión aparentemente es verdad, ya que en cada caso la jurisprudencia y la doctrina especializadas han construido y destacado las diferencias que hay entre esos dos ramos normativos. Conviene entonces enfocar los temas de forma más pausada, al efecto:

a. Las normas jurídicas de los acuerdos fundacionales de integración suelen contemplar la creación de órganos dotados de poder normativo que dan origen a normas jurídicas derivadas de esos acuerdos, dictadas en consecuencia de las principales o primarias, conjunto normativo que en la jurisprudencia europea y andina ha sido calificado derecho comunitario derivado o secundario. Usualmente de los acuerdos de libre comercio no surgen mecanismos de producción normativa, y por derivación no se crean nuevas normas jurídicas, salvo las que los estados partes adopten en cumplimiento de los tratados comerciales.
b. La doctrina y sobre todo la jurisprudencia comunitaria europea han dado carta de nacimiento al derecho comunitario europeo, como disciplina distinta e independiente del derecho internacional público, producto de propias fuentes, que goza de primacía, aplicabilidad inmediata y directa, y efecto directo.
c. El derecho comunitario —segmento del derecho internacional económico— es una disciplina que cuenta con propios ámbitos de validez, en atención a sus fines, por lo que al contrastar normas jurídicas de los acuerdos de libre comercio suscritos por Ecuador con las de la CAN, por ejemplo, se puede argumentar que las últimas,

[30] Cf. ibídem, p. 110.

según el *principio de especialidad,* priman en el marco de sus campos de competencia sobre aquellas.[31]

Con el fin de enfocar nuevamente el asunto central de este trabajo, vale decir que las normas jurídicas de los acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales se crean y desarrollan en un espacio con objetivos de especial interés para la política exterior de los estados; asimismo, según otros parámetros e intereses se crean las normas de la integración, en nuestro medio las que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN. Las primeras, a lo mejor, para entablar relaciones modestas de índole económica con estados no necesariamente limítrofes; las segundas, con aquellos estados vecinos de la región, que comparten intereses para un moderno entendimiento del concepto de soberanía del Estado y de la noción de interdependencia.

Para alejarnos definitivamente de la idea de una aparente similitud y naturaleza del derecho internacional económico de los acuerdos de libre comercio y del derecho económico de los procesos de integración, creo pertinente ubicar algunos perfiles o elementos afines a cada una de esas derivaciones del derecho internacional público. Así el derecho internacional económico contenido en los llamados TLC:

a. Por regla general goza de primacía frente a las leyes de los ordenamientos nacionales, aunque ello depende en cada caso de determinaciones constitucionales.
b. No goza siempre de aplicabilidad inmediata ni directa, ni de efecto directo.
c. Los estados directamente por medio de su intervención deben decidir en cada caso particular sobre la vigencia y la aplicabilidad de las normas jurídicas.
d. Suele requerir la intervención de la rama legislativa del poder público para aprobar la vigencia de sus normas en el sistema jurídico nacional.
e. Requiere participación intergubernamental directa para la administración de los pactos y para la aplicación de las normas jurídicas.
f. Para su administración, interpretación y aplicación no suele ser necesaria la creación de organismos independientes y autónomos de los estados, que no actúen en la dinámica intergubernamental.
g. Normalmente, cuando se trata de un acuerdo bilateral las reservas resultan innecesarias, ya que las partes negocian el texto del instrumento hasta que todos los puntos en él contenidos merezcan aceptación, tornando inviable que una parte se sustraiga mediante reserva del alcance de una o varias disposiciones del pacto. Los acuerdos multilaterales de libre comercio por lo general no admiten reservas, por lo que podrían acabar siendo instrumentos internacionales de "adhesión".
h. Para vigilar y sancionar los incumplimientos de los estados, no se crea una corte permanente de derecho internacional, sino que se puede acudir a los

[31] Cf. María Cecilia Pérez Aponte: "Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público", en *Foro*, n.º 2, Quito, UASB Ecuador y CEN, 2003-2004, pp. 225 ss.

mecanismos de resolución de conflictos previstos en cada pacto, o previo acuerdo de las partes al Tribunal Internacional de Justicia de La Haya.

La normativa internacional económica de la integración (derecho comunitario andino):

a. Por regla general goza de primacía frente a los ordenamientos jurídicos nacionales infraconstitucionales, sin que ello dependa necesariamente en cada caso de la constitución nacional.
b. Normalmente goza de aplicabilidad inmediata y directa y de efecto directo.
c. Los organismos de la integración dotados de poder normativo deciden en cada asunto sobre la vigencia y la aplicabilidad de las normas jurídicas.
d. El derecho comunitario derivado no suele requerir de forma general aprobación parlamentaria en el ámbito del sistema jurídico de los estados miembros.
e. No requiere participación intergubernamental directa para la administración de los pactos y para la aplicación de las normas jurídicas, porque el sistema institucional de la integración ha previsto órganos para cumplir tales propósitos.
f. Para su administración, interpretación y aplicación suele ser necesaria la creación de organismos independientes y autónomos de los estados.
g. Los instrumentos jurídicos fundacionales de la integración, al ser generalmente multilaterales, no admiten reservas.
h. Los instrumentos jurídicos fundacionales tienen doble naturaleza: son al mismo tiempo instrumentos de derecho internacional económico y de derecho comunitario.
i. En los procesos de integración comunitaria se acostumbra a crear un organismo jurisdiccional de administración de justicia propio y especializado.

A manera de corolario, el derecho internacional económico es fuente directa de los instrumentos internacionales de libre comercio suscritos por el Ecuador; al mismo tiempo, es una fuente directa de los instrumentos internacionales que fundan un proceso de integración entre estados. Ello sin embargo no nos sitúa ante expresiones normativas de idéntico contenido y alcance, lo que viene definido por los objetivos del instrumento internacional de que se trate.

## 4. Los acuerdos de libre comercio frente al derecho nacional ecuatoriano

Según el artículo 163 CPE-1998, los tratados y convenios internacionales *formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía,* de lo que se infiere que los tratados, convenios, acuerdos y pactos de libre comercio suscritos por Ecuador ostentarán su jefatura respecto de todas las

disposiciones de fuente interna que regulan el sistema económico-comercial nacional y, al mismo tiempo, guardarán conformidad con la Constitución,[32] alcance que cubre a leyes orgánicas y ordinarias.

El caso ecuatoriano era diáfano cuando por previsión constitucional de manera general se otorgaba rango supralegal al derecho internacional; por ende, el derecho internacional económico contenido en los acuerdos de libre comercio, en las normas fundacionales y en las derivadas de la CAN tendría igual jerarquía respecto del derecho interno.

Sobre tratados de libre comercio, según el régimen constitucional ecuatoriano de 1998, tales instrumentos debían ser sometidos a aprobación parlamentaria antes de su ratificación por el Ejecutivo, toda vez que se enmarcaban en los mandatos del artículo 161.3.4.5.6 CPE, es decir que los instrumentos internacionales de libre comercio no podían ser considerados en ningún caso como *executive agreements,* que según la doctrina francesa y anglosajona son utilizados para desarrollar acuerdos marco o programáticos anteriores, definir cuestiones de menor monta para el Estado o solventar asuntos de urgencia. Los instrumentos fundacionales de la integración, según el artículo 161.3 CPE-1998, para su aprobación debían someterse a aprobación parlamentaria, previo dictamen del ex Tribunal Constitucional (artículo 162 CPE-1998).

La actual estructura constitucional ecuatoriana (2008) contempla que los tratados ratificados por Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución; que en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la propia Carta Política (artículo 417).[33]

Es más claro el artículo 424, que define a la Constitución como la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, de la misma manera que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario, carecerán de eficacia jurídica.

La disposición en comento finaliza con un párrafo que dice:

> La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos *ratificados* por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.[34]

---

[32] Cf. Alejandro Ponce V.: "La Constitución y el derecho internacional", en *Temas de derecho constitucional,* Quito: Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional, Universidad San Francisco de Quito, Ediciones Legales, 2003, pp. 17-35; Gustavo Jalkh: "Los tratados internacionales", en *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*, Quito: Fundación Konrad Adenauer y Tribunal Constitucional, 1999, pp. 130-131.

[33] Cf. artículo 11 CPE, 2008.

[34] Énfasis agregado. El segundo párrafo del artículo 424 de la nueva Constitución puede entrar en conflicto con el artículo 11.3, porque para la aplicación directa e inmediata este último no exige que los instrumentos internacionales de derechos humanos hayan sido previamente ratificados por el Estado, ni que esos instrumentos internacionales reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la propia Constitución.

Así, la Carta Política del 2008 garantiza su primacía y la de los tratados de derechos humanos sobre otras disposiciones jurídicas de derecho internacional, como las del ordenamiento jurídico de la CAN, o de instrumentos internacionales de materias distintas de los derechos humanos, verbigracia, comercio o tributación internacional.

A diferencia de la Constitución de 1998, es plausible encontrar en la nueva del 2008 una disposición expresa sobre el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas; el artículo 425 establece la siguiente prelación: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Para alcanzar seguridad jurídica, la misma disposición establece que, en caso de conflicto entre reglas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior; añade que la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Para asegurar la primacía, el artículo 428 de la nueva Constitución ordena que cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá el trámite de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Y que si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente. Con esta previsión constitucional es factible ratificar que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos poseen rango constitucional y que estarían sobre otras normas del derecho internacional; por ejemplo, las de los acuerdos de libre comercio.

## 5. Los acuerdos de libre comercio y el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

Para explicar de manera global las relaciones jurídicas de los acuerdos de libre comercio suscritos por el Ecuador y el derecho comunitario andino, reviso primero el lugar que ocupa el derecho internacional general como fuente del ordenamiento jurídico comunitario andino, seguidamente lo relacionado con los acuerdos internacionales de derecho internacional económico y las relaciones exteriores de la Comunidad Andina, y finalmente las relaciones entre los acuerdos internacionales de libre comercio suscritos en diferentes momentos por el Ecuador y el ordenamiento jurídico andino.

### 5.1. El derecho internacional general

Igual a lo que acontece en la Unión Europea, las relaciones de la CAN, como organización internacional, con terceros estados u organizaciones internacionales se sujeta

a las reglas del derecho internacional y a los tratados, convenios, acuerdos o pactos firmados por aquella. Según el artículo 48 AC, la Comunidad goza de personalidad jurídica internacional, lo que la capacita para concluir compromisos internacionales en el marco de sus competencias y de los objetivos de los tratados fundacionales.

Entonces, a la Comunidad Andina le son aplicables las reglas consuetudinarias y los principios generales del derecho internacional: la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* (1986), así como los privilegios e inmunidades que se reconocen ampliamente a las organizaciones internacionales.[35]

Acerca de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales, conviene referir el dictamen consultivo de 11 de abril de 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 174, asunto de la *reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, en el que se reconoce la variopinta subjetividad internacional, así como el carácter indiciario y la naturaleza eminentemente funcional —condicionada por los objetivos que se le asignan— de la personalidad en manos de las organizaciones internacionales.[36]

## 5.2. Acuerdos internacionales de derecho internacional económico y las relaciones exteriores de la Comunidad Andina

### *5.2.1. Acuerdos entre la Comunidad Andina y terceros estados u organismos internacionales*

La Comunidad Andina puede, según las reglas del derecho internacional, celebrar acuerdos comerciales con terceros estados y con otras organizaciones internacionales, que vinculan a los órganos del Sistema Andino de Integración y a los estados miembros.

Pierre Pescatore evidenció que "el problema de las relaciones exteriores […] no es sino el aspecto externo de la actividad de las Comunidades, la manifestación de esa actividad con respecto al mundo exterior",[37] lo que plantearía un paralelismo entre las competencias de la Comunidad atribuidas para su ejercicio por los estados miembros, y las que de esas se reproducen en el ámbito de gestión exterior de la Comunidad, lo que en la práctica se constata en el hecho de que muchas organizaciones internacionales realizan actos regulados por el derecho internacional.

Pero, según la experiencia de la Unión Europea, las competencias en el campo de las relaciones exteriores que tiene la Comunidad no resultarían solo de lo que expresamente se haya definido en los instrumentos fundacionales, sino además de lo que se denomina el *efecto útil* de los tratados, que tendría que ver con lo que se ha estudiado como el asunto de las *competencias implícitas* de la Comunidad.[38]

---

[35] Sobre el caso de la Comunidad Europea, véase Fernando Díez Moreno: *Manual de derecho de la Unión Europea*, 3.ª edición, Navarra: Thomson y Civitas, 2005, pp. 236 ss.

[36] Cf. Sáenz de Santa María et al.: o. cit., p. 370. Cf. José Manuel Peláez Marón: *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2000, pp. 297-299.

[37] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., p. 370.

[38] Cf. Peláez Marón: o. cit., pp. 300-311.

Parafraseando a Paz Andrés Sáenz de Santa María, Javier González y Bernardo Fernández,[39] la competencia exterior de la Comunidad resuelve totalmente el problema en examen cuando ella goza de una competencia expresa exclusiva; pero hay casos en los cuales junto a ella —sujeto investido de competencias compartidas— también pueden comparecer los estados miembros como sujetos contratantes del instrumento internacional de que se trate, en idéntica posición negocial que la Comunidad, lo que produce *acuerdos mixtos.* Esto ocurre cuando la Comunidad está imposibilitada para obligarse en ámbitos que se correspondan con competencias en poder de los estados miembros, lo que plantea la necesidad de una contratación *mixta;* en nuestro medio: CAN - estados miembros / tercer estado o tercera organización internacional.

Nada impide que el recurso a los acuerdos mixtos sea para los estados miembros un mecanismo para detener y controlar a la Comunidad en su proyección negocial exterior, así como el ocaso del reconocimiento de competencias exclusivas en la materia en poder de la Comunidad.

Por la trascendencia que denotan cada vez más las relaciones exteriores de la Comunidad Andina, urge ubicar algunos elementos relacionados:

a. No hay límites geográficos, políticos, ni culturales en el planeta.
b. Los vínculos que se establecen son diversos.
c. Antes y después de la suscripción de los instrumentos internacionales, la Comunidad adopta una serie de normas jurídicas de derecho comunitario derivado y actos de las instituciones con notoria proyección internacional.
d. La Comunidad adquiere calidad de sujeto activo y de sujeto pasivo de la responsabilidad internacional.
e. Para ayudar efectivamente en la concreción de los objetivos relacionados con el mantenimiento de la paz y seguridad cosmopolitas, la Comunidad está constreñida a imponer y a ejecutar sanciones internacionales.
f. Debe contar con delegados en el exterior.
g. Está obligada a acreditar a representantes extranjeros.
h. Participa en organizaciones y conferencias internacionales de variada índole.

Cito dos ejemplos de normativa del Acuerdo de Cartagena, de la cual puede concretarse la competencia convencional exterior de la Comunidad Andina, que eventualmente activarían las manifestaciones señaladas arriba, en atención a los objetivos del proceso:

> 1) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial (artículo 3.*a*).
>
> 2) Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: a) Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de

[39] Sáenz de Santa María et al.: o. cit., pp. 374-375.

> interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; […] d) Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación; e) Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia; f) Representar a la CAN en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo (artículo 16 AC).

De ello colijo que la CAN individualmente, la CAN con los estados miembros (acuerdos mixtos) y también los estados miembros individual o conjuntamente pueden ejecutar una amplia variedad de relaciones exteriores con otras organizaciones internacionales o con terceros países.

En lo sustancial, los instrumentos internacionales que suscriba la CAN pueden versar sobre temas inherentes a varias competencias que constan en las normas jurídicas referidas recientemente, entre otros: acuerdos sobre la política exterior común, comercio, moneda, aduana, diálogo político, investigación, desarrollo, coordinación, cooperación, asociación, medio ambiente, investigación, cooperación administrativa.

### *5.2.2. Los acuerdos de asociación*

Una modalidad de ejercicio de la competencia convencional de la Comunidad Andina se demuestra mediante los pactos de asociación, que a tenor del artículo 136 AC permite a la Comunidad otorgar la condición de miembro asociado a un país que previamente haya acordado con los estados miembros un tratado de libre comercio.

Al parecer, la Comunidad Andina no puede otorgar la condición de miembro asociado a otro sujeto internacional que no sea un estado, pero ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de asociación con la Unión Europea, que es una organización internacional. Considero pertinente entender que ese proceso anunciado solemnemente el 14 de junio del 2007, mediante la adopción del Acta de Tarija, en el marco de la cumbre presidencial de la CAN sita en esa ciudad del sur boliviano,[40] está autorizada por expresas disposiciones del Acuerdo de Cartagena (artículos 3.*a,* 51, 52, 123), y no necesariamente por el artículo 136 del mismo código comunitario básico.

Estos acuerdos conllevan gran peso político para las partes; obligan a la Comunidad, sus órganos e instituciones y a los estados miembros; crean interdependencia, derechos y obligaciones mutuas y recíprocas en infinidad de asuntos, acciones comunes y procedimientos especiales. Tal vínculo no se encuadra en un modelo de *instrumento internacional,* por lo que en la práctica es muy disímil; normalmente se ha realizado en la modalidad de *acuerdo mixto.* Tal proceder implica la participación de los estados miembros, que deben evacuar los trámites internos respectivos,

[40] Véase ‹http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/Acta_Tarija.pdf›.

según la constitución, para expresar su anuencia en obligarse, lo que puede llevar mucho tiempo.

En la experiencia de integración europea tradicionalmente se han utilizado los acuerdos de asociación con estados potencialmente candidatos a un futuro ingreso; sin embargo, la práctica ha decantado tales pactos a la modalidad actual mediante la cual, según A. Olesti Rayo:

> […] se pretende establecer tanto fórmulas institucionalizadas de cooperación como especiales disposiciones en materia de ayuda al desarrollo, con importantes dotaciones financieras que impulsen el desarrollo industrial, agrícola y social, articulando incluso mecanismos específicos de cara a garantizar la estabilidad económica y financiera de los Estados beneficiarios de este marco convencional.[41]

Los acuerdos de asociación regulados por los artículos 136 y 137 AC son esencialmente instrumentos de derecho internacional económico, que en ningún caso contendrán disposiciones contrarias al derecho originario de la Comunidad.

Para otorgar la condición de país miembro asociado de la CAN se adopta una decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido de forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión. Aconteció con la decisión 645, mediante la cual se concedió la condición de país miembro asociado de la CAN a la República de Chile, o con la decisión 613, que permitió la Asociación de la República Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, estados parte del Mercosur, a la CAN.

### *5.2.3. Acuerdos y convenios suscritos por el Ecuador en el marco del Acuerdo de Cartagena*

De las opciones comprendidas en las relaciones exteriores de los estados miembros de la CAN, destaco la que les permite suscribir instrumentos internacionales en el marco del Acuerdo de Cartagena; por ejemplo, los convenios de complementación industrial (artículo 64 AC), que según el artículo 1.*e* TCTJAC son parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad, serían normas de derecho comunitario y, al mismo tiempo, acuerdos internacionales suscritos entre estados partes del proceso de integración.

Los convenios de complementación industrial que suscriban los estados miembros entre ellos guardarán conformidad con el ordenamiento jurídico comunitario primario y secundario, con lo que en estos casos el derecho internacional económico está subordinado al derecho comunitario andino. Este criterio se extiende a todo otro pacto internacional entre estados miembros que se negocie al amparo del Acuerdo de Cartagena y de sus objetivos; por ejemplo, el Convenio para Evitar la Doble Tributación entre los Países Miembros (Anexo I de la Decisión 40).[42]

---

[41] Citado por Sáenz de Santa María et al.: o. cit., p. 388.

[42] ‹http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d040.HTM›. Cf. César Montaño Galarza: *Manual de derecho tributario internacional*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede

También los acuerdos de complementación económica que suscriben los estados miembros con terceros estados con miras a un futuro otorgamiento a estos de la condición de estado miembro asociado son parte del derecho internacional económico; son acuerdos comerciales que se negocian y suscriben en el marco de las prescripciones del derecho fundacional de la Comunidad, por lo que dichos instrumentos internacionales también se hallan sometidos al derecho comunitario primario y secundario.

Entre los acuerdos de complementación económica alcanzados por Ecuador como estado miembro de la CAN y de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) instituida por medio del Tratado de Montevideo (1980), cito por ejemplo el Acuerdo de Complementación Económica AAP CE 32, para la conformación de un área de libre comercio con la República de Chile.[43]

### *5.2.4. Acuerdos internacionales celebrados por los estados miembros antes de la entrada en vigor del Acuerdo de Cartagena*

Como análisis comparado de lo que se experimenta en la Comunidad Europea,[44] a continuación planteo consideraciones válidas para la experiencia andina de integración, en torno a las obligaciones de derecho internacional de sus estados miembros, preexistentes al Acuerdo de Cartagena, respecto de terceros estados:

a. El Acuerdo de Cartagena no afecta jurídicamente los derechos y las obligaciones derivados de los instrumentos internacionales anteriores suscritos por los estados miembros; por ello, al momento de aplicar tales instrumentos anteriores, estos deben considerar que la finalidad del AC es el establecimiento de la Comunidad Andina, y por eso se ha de cumplir.
b. Las obligaciones de derecho internacional de los estados miembros, anteriores a la firma del Acuerdo de Cartagena, no pueden oponerse a este.
c. Cuando los acuerdos de los estados miembros sean contrarios al Acuerdo de Cartagena, estos harán lo posible por eliminar las inconsistencias; al efecto, deben ayudarse mutuamente y, si es el caso, adoptar una posición común.

Surge de la primera puntualización que el derecho internacional prevalece sobre el derecho comunitario fundacional, así como también respecto del derecho comunitario derivado o secundario, pero condicionadamente.

A partir de la segunda precisión expreso que se trata de un punto complicado, pues para precautelar el derecho comunitario los estados miembros han de cooperar con la Comunidad Andina, de tal forma que los acuerdos internacionales contrarios anteriores no entorpezcan la realización de los objetivos de la Comunidad.

---

Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2006.

[43] Decreto 2439 (Suplemento del Registro Oficial 603, 3-I-95).

[44] Cf. Enrique Linde Paniagua et al.: *Principios de derecho de la Unión Europea*, pp. 382-383.

La modificación de acuerdos internacionales celebrados antes de la entrada en vigencia del Acuerdo de Cartagena no debe ser vista por los estados miembros como un camino para evadir las obligaciones que nacen del referido instrumento, esto porque la Comunidad no les prohíbe en modo alguno las relaciones internacionales, a condición de que el acuerdo suscrito no invada competencias de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o vaya contra los objetivos del proceso.[45]

### *5.2.5. Acuerdos internacionales celebrados por los estados miembros con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo de Cartagena*

La incorporación de un estado a la Comunidad Andina no impide la celebración de instrumentos internacionales luego de la entrada en vigencia del Acuerdo de Cartagena, pero siempre y cuando no se invadan o sustraigan competencias de la Comunidad o no se impida la ejecución de sus objetivos.

Como principio general para el obrar de los estados miembros en los supuestos de celebración de acuerdos internacionales posteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo de Cartagena, está aquel que proscribe la invocación de tales pactos en cualquier caso para sustraerse los estados concernidos a las obligaciones impuestas por el Acuerdo.

Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia del TJAC, los acuerdos internacionales o tratados que celebren los estados miembros con otras organizaciones tienen una jerarquía menor que el acervo comunitario; así lo refiere con acierto Rodrigo Garrón Bozo[46] en atención a las sentencias n.ºa 7-AI-98 y 51-AI-2002:

> La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino, que como se ha dicho es preponderante no solo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan […].

Los tratados, convenios y acuerdos posteriores a la adhesión de un estado miembro al proceso de integración no pueden contravenir los tratados fundacionales de la Comunidad, ni el derecho emanado de ellos. Así, el nuevo estado miembro no mantendrá normas de acuerdos internacionales por él suscritos que sean incompatibles con el ordenamiento jurídico de la Comunidad, o que le permitan argumentar un incumplimiento forzado y "legal".

---

[45] Cf. ibídem, p. 383.

[46] Rodrigo Garrón Bozo: *Jerarquía de los tratados y del derecho comunitario*, La Paz: Azul, 2005, p. 51.

Entre los instrumentos internacionales relacionados con el libre comercio que ha suscrito Ecuador está, por ejemplo, el Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, suplemento del Registro Oficial 853, 2-I-96.[47]

En el caso europeo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo realiza una especie de control a priori del tratado que va a suscribir un estado miembro con otro que no lo es; de esa forma se cuida que ningún estado miembro mantenga en vigencia con terceros estados acuerdos internacionales que contradigan las disposiciones jurídicas de la Comunidad.[48]

Un mecanismo semejante no se ha instituido en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que puede ocasionar una pérdida de control de la organización respecto de las obligaciones jurídicas internacionales que ejecutan sus estados miembros con terceros estados. Sin embargo, parece obvio que al amparo del artículo 4 TCTJAC hay que entender que los estados miembros están en permanente obligación de hacer todo cuanto sea necesario para el respeto y la vigencia efectiva del derecho de la Comunidad, así como también deben evitar todo cuanto entorpezca el logro de tal objetivo.[49]

De otro lado, como dije, las normas jurídicas de un contexto de integración comunitaria se pueden considerar como *especiales* frente a las del derecho internacional; de allí que entonces se aplicaría la regla que dice que *la norma especial prevalece sobre la general,* esto porque se trata de una disciplina funcional a los objetivos de los acuerdos fundacionales, que no comparte totalmente aspectos inherentes al derecho internacional económico contenido en los acuerdos de libre comercio, aunque indiscutiblemente es su matriz.

Efectivamente, las normas contenidas en tratados y convenios internacionales suscritos por los estados miembros sobre diversas materias —por ejemplo, comercio— resultan ser generales al lado de aquellas que se negocian e incluyen en un acuerdo de integración, pues los procesos de integración son llevados a cabo por organizaciones internacionales especializadas, de integración o unificación de estados unidos por múltiples vínculos comunes (la región, la cultura, el sistema económico, la ideología política, la historia, etcétera), según gran parte de la doctrina actual del derecho internacional público.

Por otro lado, las normas jurídicas gestadas en otro tipo de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de Comercio (OMC) o la Organización de los Estados Americanos (OEA), son específicas, tradicionales y no tendrían igual alcance ni naturaleza que las utilitarias a los procesos de integración, entre varias razones porque persiguen fines que pueden enmarcarse en los ámbitos de la coordinación y de la cooperación solamente.

---

[47] El Protocolo de Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio fue publicado en el suplemento del Registro Oficial 977, 28-VI-96.

[48] Cf. Linde Paniagua et. al.: o. cit., pp. 381-384.

[49] Sobre los derechos y las obligaciones que adquieren los estados al ser parte de acuerdos de integración, véase Linares: o. cit., pp. 34-37.

Cualquiera sea la situación originada por las relaciones estatales externas, siempre serán los estados los que definan los rasgos característicos de los sistemas jurídicos que crean en orden al propósito que persigan.

## 6. Los acuerdos de libre comercio negociados por Colombia, Ecuador y Perú con los Estados Unidos de Norteamérica y la decisión 598[50]

Sigo el documento *Análisis de las diferentes disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con Estados Unidos y su posible impacto en la normativa andina,*[51] de la Secretaría General de la CAN, que analiza las materias del TLC con los Estados Unidos y su eventual impacto en la normativa andina. Identifica varios tipos de efectos de un TLC sobre la normativa comunitaria; así se preveía que en algunos casos el TLC llevaría a una colisión de compromisos, en otros surgiría la necesidad de hacer ajustes para actualizar la normativa andina o el TLC complementaría y propiciaría una mejora. También se identifican casos en que las disciplinas TLC suplirían vacíos para estimular la profundización de los compromisos andinos, mientras que en otros la norma andina es más profunda. Indica además que inevitablemente, aunque no se afectara la normativa andina vigente, habría casos de efectos adversos sobre desarrollos normativos futuros de interés comunitario. El análisis en su conjunto de las disciplinas también mostró, en términos generales, que el TLC no alteraría de manera importante las reglas del juego para las relaciones entre los estados miembros, sino que podría ayudar a mejorarlas, en algunos casos actualizándolas y en otros promoviendo mayores compromisos intraandinos sobre obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, competencia, salvaguardia, reglas de origen, servicios, telecomunicaciones, inversiones, contratación pública, ambiente, propiedad intelectual.

La decisión 598 sobre relaciones comerciales con terceros países, adoptada por el Consejo Ampliado de Ministros de Relaciones Exteriores con la Comisión, es pertinente al caso porque contribuye significativamente a cuidar el ordenamiento jurídico de la Comunidad, sobre todo al tenor de lo dispuesto en el artículo 2:

> De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los Países Miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países. En este caso, los Países Miembros participantes deberán:
>
> a) *Preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.*

[50] Cf. César Montaño Galarza: "El potencial tratado de libre comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al derecho comunitario andino", en *Iuris Dictio*, n.º 10, Quito: Universidad San Francisco de Quito, pp. 27-34.

[51] Cf. Secretaría General de la Comunidad Andina: "Análisis de las diferentes disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con Estados Unidos y su posible impacto en la normativa andina", documentos informativos SG/di 657, 31.8.2004 ‹http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi657.doc›.

b) Tomar en cuenta las sensibilidades comerciales presentadas por los otros socios andinos, en las ofertas de liberación comercial.
c) Mantener un apropiado intercambio de información y consultas en el desarrollo de las negociaciones, en un marco de transparencia y solidaridad.[52]

En torno a la idea de negociar un TLC con Estados Unidos se presentaban varios posibles escenarios encuadrados en la referida decisión 598, entre ellos: 1) un TLC plurilateral que establezca derechos y obligaciones entre todas las partes contratantes; 2) varios TLC bilaterales; 3) un TLC bilateral en el que participen Estados Unidos por una parte y los países andinos por la otra.

Sea cual sea la opción elegida, para evitar inconvenientes es deseable que los estados miembros de la CAN, en acatamiento de la decisión 598, mantengan una posición coordinada o conjunta en el proceso, de manera que las disposiciones del tratado de liberación comercial que se negocie sean de similar alcance respecto de las partes. Esto habría facilitado la adecuación de las normas involucradas a los objetivos de la integración.

Con independencia de la estructura jurídica plurilateral o bilateral que adopte el tratado de libre comercio, es palpable que, para que los estados miembros cumplan tanto los compromisos que se asuman con Estados Unidos como —simultáneamente— las normas comunitarias vigentes, será necesario que los órganos competentes de la CAN expidan en determinados casos disposiciones para sincronizar el ordenamiento jurídico en cuestión.

El Tratado de Libre Comercio Centro América - Estados Unidos - República Dominicana (CAFTA en inglés) incluyó frontalmente la subordinación de la normativa centroamericana a los compromisos asumidos en el marco del tratado de libre comercio con la potencia del norte. El artículo 1.3.2 CAFTA dice:

> Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración Centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, *siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado*.[53]

La firma de un tratado de libre comercio andino-norteamericano, con una cláusula de subordinación similar a la referida, requeriría una profunda modificación del sistema jurídico e institucional de la CAN, sobre todo en cuanto a la transferencia del ejercicio de competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales que opera en el sistema comunitario (supranacionalidad); a la autonomía del derecho comunitario respecto del derecho interno y del derecho internacional convencional de los estados miembros; a la aplicación inmediata, directa y la primacía del ordenamiento comuni-

[52] Adoptada el 11 de julio de 2004. Énfasis agregado.
[53] ‹http://www.cafta.gob.sv/›. Énfasis añadido.

tario, y a la exclusividad de jurisdicción del Tribunal de Justicia andino. Resulta claro, entonces, que no someter el ordenamiento jurídico instituido por el Acuerdo de Cartagena a los instrumentos internacionales de libre comercio es clave para avanzar en el proceso de integración económica y comercial, con beneficios para los socios andinos.[54]

## 7. Jurisprudencia comunitaria andina y derecho internacional

La relación entre el derecho internacional y el derecho comunitario, a fuerza de experiencia de los procesos de integración comunitaria europea y andina, viene determinada, sobre todo, por vía pretoriana o jurisprudencial.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN ha fijado reiteradamente la posición prevalente del derecho comunitario sobre el internacional;[55] en la sentencia n.º 2-N-86, proceso seguido por la República de Colombia contra la resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena (actual Secretaría General), la corte alude a las características del derecho comunitario andino y la observancia que de él deben tener los estados miembros.[56]

En el proceso 10-IP-95 el TJAC señaló la preeminencia del derecho de la Comunidad Andina sobre otros ordenamientos jurídicos en los ámbitos que son de su competencia, porque ha operado la traslación del ejercicio de las competencias en determinadas materias desde los estados miembros hacia los órganos supranacionales.[57] Con similar línea de opinión, el Tribunal se expresó en la sentencia del proceso 30-IP-98.[58]

En la sentencia del proceso 1-IP-96, el Tribunal analiza dos ordenamientos jurídicos distintos: el internacional y el comunitario. Para establecer sus relaciones dijo:

> La doctrina y la jurisprudencia europeas, que son pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario, dentro del propósito de formar una comunidad de naciones como el Mercado Común Europeo y la Unión Europea, coinciden en señalar que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohijado por un ordenamiento jurídico nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar el particularismo del derecho puesto al servicio del interés común de los países que se asocian.

En la ocasión también dijo que, en lo que concierne a la relación entre ordenamiento comunitario e internacional, este es una fuente de aquel, pero que de ello no deriva

---

[54] Cf. Secretaría General de la Comunidad Andina: "Análisis de las diferentes disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con Estados Unidos y su posible impacto en la normativa andina", p. 8.

[55] Cf. Pérez Aponte: o. cit., pp. 225 ss.

[56] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 21, de 15 de julio de 1987.

[57] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 412, de 26 de febrero de 1999.

[58] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 475, de 1 de septiembre de 1999.

que la Comunidad quede obligada por el citado ordenamiento, aunque claro está que, cuando la Comunidad por su personalidad jurídica de derecho internacional es parte de un acuerdo negociado con terceros estados o con otra comunidad o grupo de países, queda vinculada por nexos de derecho internacional. Agregó:

> En el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, como la protección a la propiedad industrial, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que este le puede servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquel. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario —por aplicación de sus características "existenciales" de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.[59]

Con la sentencia del proceso 1-AI-96 el Tribunal abordó el conflicto entre una norma comunitaria y un acuerdo bilateral de un País Miembro con terceros países. Trata sobre la firma de un convenio en materia de propiedad industrial entre los gobiernos de Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica contrario a la decisión 344 de la época (hoy decisión 486 de la Comisión, que establece el régimen común sobre propiedad industrial). La Corte manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

> La Junta, con relación a esta aseveración desea hacer notar a ese honorable Tribunal que el Derecho Internacional Consuetudinario, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que la existencia de un Tratado con un tercer país no puede ser alegada por un Estado como base para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales válidamente adquiridos con otros Estados. De la misma manera al amparo de la existencia de tal Tratado, no puede pretenderse invalidar o desconocer el ejercicio de derechos conferidos a los demás Países Miembros y a los órganos comunitarios por los Tratados que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena.[60]

Con la sentencia del proceso 7-AI-98 el Tribunal aclara la imposibilidad de que los estados miembros aleguen el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino con el pretexto de cumplir normas jurídicas de la OMC:

---

[59] Cf. Guillermo Chahín Lizcano: "Criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Testimonio Comunitario*, Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004, p. 251.

[60] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 238, de 4 de diciembre de 1996.

> En otras palabras, la obligación que tiene la República del Ecuador de respetar y cumplir lo acordado en el seno de la Comisión al contribuir a la expedición de la Decisión 370 por medio de la cual se adoptó el Arancel Externo Común, no puede ser soslayada bajo el argumento de que los sobre-aranceles impuestos son incompatibles con los niveles que se han negociado en el seno de la Organización Mundial de Comercio. La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas, so pretexto de que se está incumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que, como se ha dicho es preponderante no solo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros, sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan.[61]

El Tribunal fue contundente en la sentencia del proceso 7-AI-99. Al analizar las fuentes del derecho comunitario, entre otros razonamientos dijo:

> El ordenamiento jurídico primario está sujeto al principio de jerarquía normativa primando sobre cualquier otra norma comunitaria, ya sea de derecho derivado o sobre los tratados que regulan las relaciones externas de la comunidad.

En la sentencia del proceso 34-AI-2001, acción interpuesta por la Secretaría General contra la República del Ecuador, por incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la decisión 344 de la Comisión, la Corte comunitaria expresó:

> En resumen, por virtud de los principios de autonomía y primacía, las normas del ordenamiento comunitario —tanto las primarias como las derivadas— deben surtir la plenitud de sus efectos, de manera uniforme, en todos los Países Miembros. Por tanto, *las normas de los ordenamientos nacionales, sean de origen interno o internacional, no pueden menoscabar o contrariar los imperativos comunitarios*. De allí que la Comunidad no se halle vinculada por los tratados que celebren individualmente los Países Miembros, como ha sido el caso del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.
>
> […] *Por ello, el argumento según el cual los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros deben prevalecer sobre el ordenamiento comunitario derivado introduce una separación inadmisible entre ambos niveles del ordenamiento, a más de carecer de fundamento normativo en el orden comunitario.*

[61] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 490, de 4 de octubre de 1999.

> *Por las razones expuestas, este Tribunal desestima los argumentos de la parte demandada y de sus coadyuvantes, denegatorios de la primacía del ordenamiento jurídico de la Comunidad sobre los ordenamientos nacionales, de origen interno o internacional, de los Países Miembros.*[62]

En la sentencia del proceso 114-AI-2004, el Tribunal, al referirse al caso específico de los tratados internacionales suscritos por los estados miembros para proteger la propiedad industrial, se remitió a la sentencia del proceso 89-AI-2002:

> […] puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, *el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que este le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquél*. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario —por aplicación de sus características 'existenciales' de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.[63]

En suma, la jurisprudencia comunitaria andina afianza la supremacía del derecho comunitario fundacional sobre el derecho internacional en la primacía y la aplicabilidad directa e inmediata de aquel respecto del derecho interno de los estados miembros, así como en las obligaciones que estos tienen de hacer lo necesario para cumplir las obligaciones de la integración andina, y a no hacer nada que entorpezca la vigencia del sistema jurídico comunitario (principio de cooperación leal).[64]

Para concluir cito a Fabián Novak T., quien sigue a J. Boulouis, para afirmar: "Luego del derecho originario, se ubicarán los tratados celebrados por la Comunidad con otros Estados u organizaciones internacionales". Novak agrega:

> Definitivamente, estos gozan de una jerarquía mayor que las decisiones y resoluciones que conforman el derecho derivado; prueba de ello es que no es posible que, a través de estas últimas normas, se contravenga lo acordado por la Comunidad en un tratado internacional; ya que esta contradicción generaría la responsabilidad internacional de la Comunidad al infringir, a través de sus órganos, el compromiso internacional asumido.[65]

---

[62] *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena,* n.º 839, de 25 de septiembre de 2002. Énfasis agregado.

[63] Énfasis agregado.

[64] El *principio de cooperación leal* está encarnado en el artículo 4 del TCTJAC, como reflejo del artículo 10 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE).

[65] Novak Talavera: o. cit., p. 66.

## 8. Conclusiones

1. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina es resultado de un reciente desarrollo del derecho internacional público económico, que con sus atributos de primacía, aplicabilidad inmediata y directa y efecto directo supone al menos las siguientes cuestiones de importancia:

a. un reto para el Estado con toda su institucionalidad pública;
b. un refuerzo a los derechos e intereses de los ciudadanos de los estados miembros;
c. un elemento más con el que tiene que empatar el sistema jurídico interno del Estado nacional y el derecho internacional general y particular;
d. la subjetividad jurídica internacional de la Comunidad, que la convierte en nuevo actor de la sociedad cosmopolita, y
e. un campo de estudio nuevo, interesante y prometedor para los juristas.

2. Las normas jurídicas de derecho internacional económico de los acuerdos de libre comercio juegan varios papeles, que dependen de los objetivos fijados por los estados participantes en tales instrumentos internacionales. Así, se pueden encontrar acuerdos de libre comercio generales o programáticos de alcance profundo, o aquellos específicos o de corto alcance. De los objetivos del pacto de que se trate dependerá que para la ejecución se requiera o no de la acción exclusiva de órganos intergubernamentales o de estos en conjunto con órganos creados específicamente para tal fin, que podrían desenvolverse con cierta autonomía respecto de los estados. Los aspectos específicos de los acuerdos de libre comercio se desarrollan en la dinámica normativa y en la institucional-administrativa.

3. Los efectos jurídicos de los acuerdos de libre comercio frente al derecho nacional vienen determinados desde dos vertientes: la primera, forjada a la luz de la costumbre internacional, mediante la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; la segunda, según prescripciones constitucionales de los estados. Según el primer caso, una vez que el Estado se obliga mediante un acuerdo internacional, debe cumplirlo o en caso contrario someterse a las sanciones que correspondan; al tenor del segundo caso, las normas jurídicas de los acuerdos comerciales ocuparán la jerarquía que la carta política de cada estado defina: rango supraconstitucional, rango constitucional, rango infraconstitucional y supralegal, rango de ley, rango infralegal.

De manera general, los efectos jurídicos de los instrumentos internacionales de comercio se traducen en la regla según la cual estos prevalecen prácticamente sin condición respecto del derecho nacional, por lo que los poderes públicos están sometidos, en cada caso, a evaluar los tratados, para luego integrar su contenido con el derecho interno y aplicarlos.

4. En cuanto a los efectos jurídicos de los acuerdos de libre comercio suscritos por Ecuador como estado miembro de la CAN, frente al derecho comunitario andino, un punto que permite sistematizar el análisis consiste en tomar en cuenta que los acuerdos

de libre comercio pueden ser creados por diferentes sujetos relacionados en varias combinaciones; que tales convenios comerciales pueden estar justificados en diversas dinámicas de las relaciones internacionales. Así:

a. Ecuador puede suscribir un acuerdo de libre comercio con otro Estado, con una organización internacional, con una organización internacional y sus estados miembros, conjuntamente con sus socios andinos y la Comunidad Andina con estados no miembros u otra organización internacional (acuerdos mixtos).
b. Ecuador puede suscribir acuerdos de libre comercio en un contexto de integración o en otros que pueden ser de cooperación y/o coordinación. Aquellos, entre estados vecinos unidos por múltiples lazos (Acuerdo de Cartagena); los últimos, con intereses políticos, económicos o comerciales que implican un proceso de corta profundidad (acuerdos de diálogo político, complementación económica de asociación).

5. Antes de la participación del Estado en un proceso de integración, y mientras es miembro pleno en un proceso de integración. Así:

a. Cuando el Estado ha suscrito acuerdos comerciales antes de formar parte en el proceso de integración, mientras tales pactos no interfieran con los compromisos asumidos por el Estado en el proceso de integración no hay problema, pero si alguna interferencia se presenta, es clara la obligación del país de renegociar o denunciar el acuerdo.
b. Cuando un Estado pacta un convenio de comercio, siendo partícipe en un proceso de integración que cuenta con su propio sistema jurídico (derecho comunitario), surgen relaciones jurídicas entre este sistema y el que se crea con el convenio, que se dilucidan de acuerdo con lo desarrollado en la sección 4 supra, es decir, por regla general, con la preeminencia del ordenamiento jurídico de la Comunidad.
c. Los acuerdos de complementación económica u otros suscritos entre estados miembros en el contexto del proceso de integración se supeditan a las determinaciones del derecho comunitario originario y derivado.
d. Los acuerdos de asociación que suscriben los estados miembros de la CAN y la Comunidad con terceros estados u organizaciones internacionales se supeditan a las determinaciones del derecho comunitario originario; sin embargo, el ordenamiento jurídico comunitario derivado está jerárquicamente sometido al derecho de tales compromisos internacionales, así como el derecho interno estatal.

## Bibliografía

Casas G., Ángel: *Integración regional y desarrollo en los países andinos,* Quito: ETEA, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2005.

Catalano, Nicola: *Manual de derecho de las Comunidades Europeas,* Buenos Aires: BID-INTAL, 1988.

Chahín L., Guillermo: "Criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Testimonio Comunitario,* Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004.

Díez M., Fernando: *Manual de derecho de la Unión Europea,* 3.ª ed., Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

Dromi San Martino, Laura: *Derecho constitucional de la integración,* Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, Ciudad Argentina y Universidad Complutense de Madrid, 2002.

Ekmekdjian, Miguel Á.: *Introducción al derecho comunitario latinoamericano.*

Garrón B., Rodrigo: *Jerarquía de los tratados y del derecho comunitario,* La Paz: Azul, 2005.

González-Oldekop, Florencia: *La integración y sus instituciones,* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

Iñiguez, Elizabeth: *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales,* Sucre: Tribunal Constitucional, 2004.

Isaac, Guy: *Manual de derecho comunitario general,* 4.ª ed., Barcelona: Ariel, 1997.

Jalkh, Gustavo: "Los tratados internacionales", en *Derecho constitucional para fortalecer la democracia,* Quito: Fundación Konrad Adenauer y Tribunal Constitucional, 1999.

Linares, Antonio: *Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica,* Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1968.

Linde P., Enrique, et al.: *Principios de derecho de la Unión Europea,* Madrid: Colex, 2000.

Louis, Jean-Víctor: *El ordenamiento jurídico comunitario,* 5.ª ed., Luxemburgo: Comunidades Europeas, 1995.

Montaño G., César: "Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario", en *Revista Jurídica Foro,* vol. 1, Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003.

— *Derecho de la integración. Derecho comunitario,* Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2007.

— *Manual de derecho tributario internacional,* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2006.

— "El potencial Tratado de Libre Comercio entre Ecuador y los Estados Unidos frente al derecho comunitario andino", en *Iuris Dictio,* n.º 10, Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2006.

Novak, Fabián: "La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico", en *Derecho Comunitario Andino,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Peláez, José M.: *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea,* Madrid: Tecnos, 2000.

Pérez, María C.: "Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público", en *Revista Jurídica Foro,* vol. 2, Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003-2004.

Pizzolo, Calogero: *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general,* Buenos Aires: Ediar, 2002.

Ponce V., Alejandro: "La Constitución y el derecho internacional", en *Temas de Derecho Constitucional,* Quito: Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional, Universidad San Francisco de Quito y Ediciones Legales, 2003.

Rosell, Mónica: "Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina", ‹http://www.comunidadandina.org/docs/legis.htm›.

Sáenz de Santa María, Paz Andrés, et al.: *Introducción al derecho de la Unión Europea,* 2.ª ed., Madrid: Eurolex, 1999.

Salmón, Elizabeth: "Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas", en *Derecho comunitario andino,* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Secretaría General de la Comunidad Andina: "Análisis de las diferentes disciplinas comerciales que se negocian en el TLC con Estados Unidos y su posible impacto en la normativa andina", Documentos Informativos SG/di 657, 31/08/2004, ‹http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi657.doc›.

Trujillo, Julio C.: *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de derecho constitucional,* 2.ª ed., Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2006.

Zavala, Jorge: *Derecho constitucional,* t. I, Guayaquil: Edino, 1999.

Zelada C., Alberto: "El derecho económico internacional", en José V. Troya Jaramillo (ed.): *Estudios de derecho económico,* Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 1998.

— "La integración en América, sus principales tratados", en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino,* Sucre: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.

— "OMC: nuevas aproximaciones a la cuestión de la adaptación del derecho interno al derecho internacional", en Dunia Martínez Molina (ed.): *Derecho económico internacional,* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2006.

Zúñiga, Carlos: *Capítulos de derecho económico,* Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005.

## VI. Democracia y Estado de derecho

- Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)
  *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*

- Bruno J. R. Boaventura (Brasil)
  *Uma contemporânea inserção da consolidação das Leis na re-legitimação das normas jurídicas*

- Juan Colombo Campbell (Chile)
  *La judiciabilidad de las cuestiones políticas*

- J. Alberto del Real Alcalá (España)
  *Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado constitucional*

- Augusto Durán Martínez (Uruguay)
  *Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo*

- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
  *Desafíos del Estado de derecho*

- Rupert Scholz (Alemania)
  *El Estado democrático de derecho como mandato internacional político y constitucional contra el terrorismo, el extremismo y la criminalidad organizada*

- Renato Selayaram (Brasil)
  *La construcción de los derechos humanos*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 775-793, ISSN 1510-4974

**Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)***

# Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia

## RESUMEN

**La caracterización de la Constitución puede encontrarse en su artículo 1, que define al Ecuador como un "Estado constitucional, de derechos y justicia". El Estado constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y las sentencias, garantizados a través del control de constitucionalidad y el rol activo y creativo de los jueces. En el Estado de derechos, tanto el Estado como el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas; además, se reconocen varios sistemas normativos distintos al derecho producido por el Parlamento y se multiplican, en consecuencia, las fuentes de derecho. El Estado de justicia es el resultado de la superación de un Estado que provoca y genera inequidad. La Constitución del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte.**

**Palabras clave: fuentes del derecho, Constitución política, Estado de derecho, control de constitucionalidad, neoconstitucionalismo, derechos humanos, Ecuador.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Artikel 1 enthält eine Beschreibung der Verfassung. In ihm wird Ecuador als "auf Recht und Gerechtigkeit gegründeter Verfassungsstaat" definiert. Grundlage eines Verfassungsstaats ist die untergeordnete Stellung aller öffentlichen und privaten Handlungen, einschliesslich Gesetzen und Urteilen, gegenüber der Verfassung, die durch die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit und die aktive und kreative Rolle der Richter garantiert wird. Im Rechtsstaat sind der Staat und das Recht, das ihm zugrunde liegt, dem Recht der Personen nachgeordnet; ausserdem bestehen jenseits des vom Parlament geschaffenen Rechts weitere Normensysteme, wodurch sich die Rechtsquellen vervielfältigen. Der die Gerechtigkeit vertretende Staat ist das Ergebnis der Überwindung eines Staates, der Ungleichheit verursacht und mit hervorbringt. Die Verfassung von 2008 ist eindeutig einem egalitären Modell verpflichtet, das auf Solidarität, dem Schutz**

* Doctor en Jurisprudencia por la PUCE. Máster en Derecho (Human Rights Fellow, por Columbia University, Nueva York). Profesor de Teoría y Práctica de Derechos Humanos en la PUCE y Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente es subsecretario de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. ‹avilar@minjusticia-ddhh.gov.ec›

**der am wenigsten Begünstigten bzw. am meisten Benachteiligten und einem notwendigerweise starken Staat beruht.**

**Schlagwörter: Rechtsquellen, Verfassung, Rechtsstaat, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Neokonstitutionalismus, Menschenrechte, Ecuador.**

**ABSTRACT**

**Article 1 of the Constitution defines Ecuador as a "Constitutional state of rights and justice". The main feature of a constitutional State is that public and private actions are subject to a Constitution and to laws and judgments, guaranteed by the control of constitutionality and by the judges' active and creative role. According to the rule of law principle, the State and its laws are subject to individual rights. Further, several regulatory systems other than laws enacted by Parliament are acknowledged. Therefore, there are multiple sources of law. The State of justice results from surpassing a State model that causes and generates inequality. The 2008 Constitution resolutely incorporates an equalitarian model based on solidarity, protection of less favored or most disadvantaged population, and on a State that can only be strong.**

**Keywords: Sources of law, political constitution, rule of law, control of constitutionality, neoconstitutionalism, human rights, Ecuador.**

## 1. Introducción

Este ensayo parte de la premisa de que la calificación del Ecuador como un "Estado constitucional de derechos y justicia", establecida en las primeras palabras del artículo 1 de la Constitución del 2008, sintetiza el contenido de todo este texto normativo. En un trabajo anterior desarrollamos las concepciones de cada una de estas palabras;[1] en este lo que intentaremos es demostrar que las tres palabras que caracterizan al Estado ecuatoriano, son ejes transversales en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por la Constitución. Las categorías nos permiten destacar los cambios paradigmáticos de un modelo de Estado a otro como un salto hacia adelante, y también visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado.

El Estado constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener. El Estado de derechos nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se expiden. Finalmente, el Estado de justicia nos resuelve el problema del por qué un Estado.

El ensayo está dividido en tres partes que corresponden a cada una de las categorías. Cada una de ellas será abordada desde la doctrina y desde el contenido de la Constitución.

---

[1] Véase Ramiro Ávila Santamaría: "Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia", en ídem: *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado,* Quito: V&M Gráficas, 2008, pp. 19-38.

## 2. Del Estado legal al Estado constitucional

En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de estado:[2] a) el estado absoluto; b) el estado de derecho o estado legal de derecho, y c) el estado constitucional de derecho.

a. En el estado absoluto, la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.
b. En el estado de derecho, la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia).[3] El modelo que triunfó es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado.[4] La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una *democracia absoluta,* y en este modelo no hay mayor diferencia con el anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas;[5] el resto de las personas —que es la mayoría en términos numéricos— sigue siendo vasalla o súbdita.[6] Los límites del estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo

[2] La palabra *estado* se refiere a toda organización política compleja que se diferencia de la población y que no necesariamente reúne las características ni los elementos del estado moderno (soberanía, territorio, población). Además, por considerar que en el contexto se entiende con claridad que la palabra *estado* hace referencia a la organización política, se la escribe con minúscula; no es un nombre propio ni tampoco hace referencia a una institución a la que hay que venerar.

[3] Véase sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella: *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el estado,* 3.ª ed., Madrid: Trotta, 2001.

[4] Solo recordemos que inmediatamente después de la Revolución Francesa, que instauró un régimen liberal, el poder absoluto cobró fuerza por muchos años más. Napoleón se coronaría como emperador en el año 1804 e inauguraría un régimen monárquico mucho más despótico que los del Ancien Régime. En 1848 —la revuelta de las comunas— se produjo un intento fallido por recuperar la filosofía de la libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa.

[5] Por la ciudadanía solo las personas propietarias con autonomía en el trabajo, hombres, adultos, tenían derecho a la participación política. En otras palabras, el *optimo iure* de los seres humanos eran los burgueses.

[6] J. Bodin, teórico liberal de iluminismo, se preguntaba: "¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno?", frase que refleja la exclusión de las mayorías y el reconocimiento de la ciudadanía de la clase social burguesa, citado por Albert Noguera: "Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación

puede hacer lo que establece la ley y el judicial es "boca de la ley". Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el código civil y el código penal); las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

c. En el estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimiental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias,[7] y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios.[8]

La constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la corte constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para

---

política. Función electoral y función de transparencia y control social en el proyecto constitucionalecuatoriano", en Ramiro Ávila Santamaría y otros: *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008.

[7] Véase Juan Pablo Morales: "Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica", en Ramiro Ávila Santamaría (ed.): *Neoconstitucioanlismo y sociedad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 90-96.

[8] Con relación a la rigidez, la Constitución del 2008 tiene un déficit: el parlamento puede modificar la Constitución en ciertas circunstancias y esto es considerado "un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", como lo destaca Rubén Martínez Dalmau en "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional", en Ávila Santamaría y otros: o. cit.

resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una asamblea constituyente, reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional.

En suma, el Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido. El Estado constitucional, en cambio, se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley. Tres preguntas son claves para distinguir estos dos modelos: *quién, cómo* y *qué*.

## 2.1. Quién

*Quién,* en la Constitución del 2008, son las autoridades que ocupan distintos espacios de poder:[9] 1) el pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva,[10] de la participación en los diferentes niveles de gobierno,[11] de democracia directa,[12] de las organizaciones políticas,[13] de la representación;[14] 2) las personas asambleístas;[15] 3) el presidente o la presidenta;[16] 4) los jueces y juezas;[17] 5) el Consejo de participación ciudadana y control social y órganos de control; 6) el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, y 7) la Corte Constitucional.

## 2.2. Cómo

El Estado legal sacraliza la forma como una garantía para la seguridad jurídica. En los estados prelegales no hay procedimientos preestablecidos para expedir normas. La voluntad de la autoridad estatal se manifiesta de formas que no tienen control público. En el Estado legal los procedimientos son importantes. No se puede hacer la ley de cualquier manera sino de la forma determinada previamente en la ley. De igual modo que en la pregunta anterior, en el Estado constitucional no hay mayor diferencia, salvo que siempre el procedimiento para la elaboración de una ley debe estar en la

[9] Constitución del 2008, título IV, "Participación y organización del poder", capítulo primero, "Participación en democracia", artículos 95-118.

[10] Constitución del 2008, título IV, sección segunda, artículos 96-99.

[11] Constitución del 2008, título IV, sección tercera, artículos 100-102.

[12] Constitución del 2008, título IV, sección cuarta, artículos 103-107.

[13] Constitución del 2008, título IV, sección quinta, artículos 108-111.

[14] Constitución del 2008, título IV, sección sexta, artículos 112-117.

[15] Constitución del 2008, título IV, capítulo segundo, artículos 118-119.

[16] Constitución del 2008, título IV, capítulo tercero, artículos 141-146.

[17] Constitución del 2008, capítulo cuarto, artículos 167-189.

Constitución. Esta garantía se denomina, en el constituiconalismo, vigencia o validez formal.

La Constituición del 2008 tiene toda una sección, dentro del capítulo segundo (función legislativa), que se denomina "Procedimiento legislativo".[18] En este procedimiento se regula sobre qué temas requieren ley, los tipos de leyes (orgánicas y ordinarias, que se distinguen por el número de personas que requieren para ser aprobadas), las entidades que tienen iniciativa legislativa, el número de debates, el rol del presidente como legislador y su posibilidad de veto parcial o total, y sobre el trámite especial de las leyes de urgencia.

### 2.3. Qué

*Qué* es lo que se debe legislar o normar es la pregunta esencial que marca la diferencia entre el estado legal y el constitucional. En el primero, la materia legal depende exclusivamente de la configuración del parlamento. Si se respeta la forma, se supone que el debate democrático realizado por los representantes elegidos mediante votación produce la mejor opción de normatividad. La justicia de las leyes se asume y no es posible cuestionar su validez. En el Estado constitucional, en cambio, los parlamentarios no tienen libertad para decidir la agenda legislativa. Existen expresas prohibiciones en la legislación, tales como la de no emitir leyes que sean contrarias a la Constitución o los derechos, y existe un marco referencial para legislar. De esta forma, además de la validez formal, se requiere la validez sustancial o material.

La Constitución ecuatoriana del 2008 tiene una norma que establece la finalidad del Poder Legislativo y el contenido de las normas:

> La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.[19]

## 2. Del Estado inequitativo al Estado de justicia

*Justicia* es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Se puede decir, por ejemplo, que un sistema social es injusto, que un trato humano es injusto, que una expresión es injusta, que una sentencia es injusta y hasta que la vida misma es injusta. La teoría de la justicia, parte de la filosofía del derecho, tiene la tarea de distinguir todas las aplicaciones del término *justicia.* A

[18] Constitución del 2008, artículos 132-140.
[19] Constitución del 2008, artículos 84.

nosotros, para intentar clarificar el término, nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del derecho.

Hans Kelsen, en un magnífico ensayo intitulado *¿Qué es la justicia?*,[20] hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar, incluso, que invocando la justicia se han justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los "salvajes" indígenas; la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del Ku Kux Klan para exterminar afroamericanos; la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios). En el extremo, existían causales en el iusnaturalismo[21] para declarar una guerra justa. Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, pese a ser importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del filósofo del derecho C. S. Nino,[22] quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: 1) los principios, 2) los enunciados lingüísticos (reglas) y 3) la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes.

1. Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. Por ejemplo, "las personas tienen derecho a una vivienda adecuada y digna" [23] es una norma tética porque le impone al estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse.

2. El enunciado lingüístico es lo que se conoce como *regla,* que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios

---

[20] Hans Kelsen: *¿Qué es la justicia?*, México: Fontamara, 2006.

[21] El *iusnaturalismo* será entendido como el conjunto de normas que no emanan de una autoridad y procedimientos reconocidos por el estado. Es, además, una escuela de pensamiento jurídico que sustenta que las normas son anteriores al derecho escrito y que son su fuente de legitimación. Existen variaciones en el iusnaturalismo dependiendo de dónde emanan las normas (Dios, razón, naturaleza humana y otros).

[22] Carlos Santiago Nino: "Introducción", en *Ética y derechos humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2005, pp 1-7.

[23] Constitución del 2008, artículo. 30.

constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el estado le proveerá un albergue; si el estado construye una casa, esta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada.

3. Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso de que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso *Massera,*[24] se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el señor Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por una lado, el acusado esgrimía una regla: la *prescripción* de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica. Por otro lado, las víctimas esgrimían otro principio: la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El señor Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, distinguir entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas.[25] La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es, que haya sido elaborada por una autoridad competente y de acuerdo con el procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién* y *cómo;* la validez, al responder *qué*. Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades, y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional, y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino, la regla solo deberá ser observada si es consistente con el principio.

---

[24] "Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, *Massera excepciones,* sentencia del 9 de septiembre de 1999", en American University: *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia,* vol. II, Washington, 2001, pp. 871-883.

[25] Véase Luigi Ferrajoli: "Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez", en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 7.ª ed., Madrid: Trotta, 2005, pp. 874-876.

En el debate sobre vigencia y validez, que hemos esbozado ligeramente, la palabra *validez* no solo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el iusnaturalismo, por el que una norma es válida solo si es justa; otro es el legalismo, según el cual si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista, J. L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. "La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente".[26] La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas; todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

En otras palabras, una norma y un sistema jurídico deben contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos) y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).

Pongamos otro ejemplo relacionado con el derecho a la vivienda y la propiedad. Los principios dicen: a) que todas las personas tienen derecho a la propiedad y b) que todas las personas tienen derecho a la vivienda. La regla dice que si *X* arrienda a *Y* un predio con fines habitacionales, pero *Y* destina la habitación para otros fines de carácter comercial, entonces *Y* deberá dejar el espacio físico. Imaginemos una situación hipotética. *Y* tiene un hijo con una enfermedad catastrófica, y por cuidarlo ha sido despedido del trabajo; el poco dinero que tiene lo destina para atender a la persona enferma, no puede pagar el arriendo si no es estableciendo un negocio de comida rápida. *X* acude ante un juez, invoca la regla; el juez verifica que la regla es conforme el principio constitucional *a* y ordena que *Y* deje el espacio físico. La resolución del juez, conforme al derecho, genera sin duda un resultado injusto. Si bien se rompe un contrato que afecta a la propiedad de *X,* también sucede que *Y* entra en un estado de necesidad que podría no solo afectar su vivienda, sino también la sobrevivencia de *Y* y de su hijo. En este caso, se puede apreciar que la consideración de la justicia es importante. El juez debe conciliar el principio de propiedad y el de la vivienda y crear una nueva regla que satisfaga la justicia. Podría, por ejemplo, limitar temporalmente la propiedad de *X*, cambiar el contrato, disponer que el estado subsidie a *X*, conseguir otra vivienda para *Y*, conseguir un servicio de cuidado para el hijo de *Y*, brindar una oportunidad laboral para *Y*... En fin, podría establecer una o varias de las obligaciones enunciadas. Ahora supongamos el otro extremo, que *Y* es una persona soltera, sin cargas familiares, trabaja y gasta su dinero en bienes suntuarios, y que *X* es una persona

[26] Serrano: o. cit., p. 57.

anciana que tiene como única fuente de ingreso el arriendo de su departamento. Si *Y* no paga, *X* entra en un estado de necesidad. En este caso, si *X* acude al juez esgrimiendo la regla, que está conforme con los principios, el resultado previsto por la regla es también un resultado justo.

Este ejemplo, que hemos graficado en términos individuales, también podría recrearse en términos colectivos, cuando se trata de políticas públicas de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar. La autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.

En suma, la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal; al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.

Pero la justicia también tiene relación con la valoración a la estructura social de una sociedad organizada. No cabe duda de que vivimos en una sociedad injusta. Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos, uno libertario y otro igualitario.

El modelo libertario se basa en el ejercicio de las libertades individuales. Uno de los mejores exponentes es R. Nozcik. En este modelo, el Estado tiene que ser mínimo, lo suficiente para garantizar la seguridad de los contratos, la propiedad y el monopolio de la fuerza para reprimir delitos. Cualquier exceso se considera abusivo y una extralimitación intolerable. Por ejemplo, el sacrificio de la propiedad, vía tributos, con el pretexto de la redistribución no se puede considerar legítimo.

La Constitución ecuatoriana del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos y en un Estado fuerte. Se entiende, en este modelo, que la gran mayoría de los derechos, en su manifestación prestacional, no serían prestados por la iniciativa privada, dado que no son rentables. Veamos algunos enunciados:

- Un principio fundamental del Estado es "la distribución equitativa de los recursos y la riqueza...".[27]
- El Estado adoptará medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (artículo 11.2).
- La política económica tiene como objetivo, entre otros, asegurar la distribución del ingreso y la riqueza nacional (artículo 284.1).
- La política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados (artículo 285.1).
- Desarrollar políticas para erradicar la desigualdad y discriminación de las mujeres productoras (artículo 334.2).

[27] Constitución del 2008, título I, capítulo primero, artículo 3.5.

- Política comercial que contribuya a reducir las desigualdades internas (artículo 304.4).
- El sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos (artículo 310).
- El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos (artículo 314)
- El Estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad (artículo 324).
- El Estado evitará el acaparamiento o la concentración de factores y recursos productivos, promoverá su redistribución y eliminará privilegios o desigualdades en el acceso a ellos (artículo 334.1).
- El Estado generará condiciones de protección integral que aseguren la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia (artículo 341).
- La distribución de los recursos destinados a la educación pública se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial (artículo 348).

La justicia entonces no solo se refiere a la voloración en un caso concreto, sino también a la estructura institucional.

Ahora analicemos el último elemento de nuestra declaración de Estado, que no pretendemos agotar en este ensayo y que simplemente es una visión referencial sobre la importancia de los derechos en la Constitución.

## 3. Del Estado de derecho al Estado de derechos

Una lectura ligera y rápida sobre el *Estado de derechos* nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: "Se les fue una *s*". No existe en el derecho constitucional comparado estado alguno que cualifique al Estado como *de derechos*. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de derecho constitucional y que se han inventado un calificativo que no existe en la teoría: todos los estados tienen que ser *de derecho*. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado *estado social de derecho* o *estado constitucional de derecho,* ahora nos puede resultar incómodo que un estado sea *estado de derechos*. Intentaremos justificar y dar sentido al calificativo novedoso.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del estado con relación al derecho, tendríamos tres modelos: el estado sobre el derecho (estado absoluto), el estado de derecho, el estado de derechos. En el estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia que se podría entender como el sistema jurídico

formal o como el sometimiento a la constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría *estricta legalidad.* En el estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

Si analizamos desde el referente de poder, en el estado absoluto quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al estado. En el estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.

El estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: 1) la pluralidad jurídica y 2) la importancia de los derechos reconocidos en la constitución para la organización del estado.

## 3.1. La pluralidad jurídica

El único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal. En consecuencia, la única fuente del derecho, en el estado legislativo o estado de derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y por tanto no deben ser considerados.[28] El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley.[29] En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico, incluso la constitución. En el estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1) la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales); 2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales); 3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio; 4) las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

1. El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente "boca de la ley". El juez tiene que aplicar principios que constan en la constitución y convertirse en "cerebro y boca de la constitución". Nos explicamos. En el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo

[28] Código Civil, Título preliminar, artículo 2.
[29] Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo. 130.5; Código Civil, artículo. 3.

que se conoce ahora como *regla*. La regla es lo que L. Ferrajoli[30] denominaría *norma hipotética*. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto y una obligación. La formulación sería algo así: si *p* entonces *q* (p > q). Todas las normas del derecho civil y del derecho penal pueden reducirse a esta formulación. Por ejemplo, si *X* muere, entonces *Y*, que es legítimo sucesor, hereda; si *A* mata a *B*, entonces *A* cumplirá doce años de cárcel. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede solo cuando un juez puede imputar el hecho a una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico. Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derecho, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque ello generaría confusión y caos.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. Gustavo Zagrebelsky ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas.[31] Por ello, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo *z*, y el juez, inspirado en *z,* debe, en el caso, crear una norma del tipo *x entonces y.* Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética. Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria por los jueces y otras autoridades del Estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en

[30] Luigi Ferrajoli: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 19-35.

[31] La obra que conviene estudiar y que plantea, desde una justificación histórica, filosófica y jurídica, el paradigma distinto de concebir la seguridad jurídica es Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 2005.

los casos concretos es el de constitucionalidad, también conocido en la doctrina como *estricta legalidad.*

2. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no solo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Por citar un ejemplo, en el caso Awas Tingni, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua, el Estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales, y la comunidad, que tiene derecho a la propiedad ancestral de donde habita. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas.[32] El estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una sentencia emanada de un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención 169 de la OIT). En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicadas por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.

Lo dicho sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos podría predicarse de otros sistemas jurídicos internacionales, tales como el sistema andino de integración, el sistema internacional de las Naciones Unidas y demás obligaciones internacionales que el estado se ha comprometido a cumplir.

3. La concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo solo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido. En el estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina *políticas públicas.* Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. La ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del

[32] Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas,* sentencia del 31 de agosto del 2001, serie C, n.º 79.

principio de legalidad. En suma, "el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad".[33]

4. El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémonos, en comunidades indígenas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad. Sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los centros de salud, los jefes de registro civil. Las personas y las comunidades indígenas no tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas. Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a las del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está reconociendo expresamente la pluralidad jurídica.[34] El derecho formal, pues, convive con el derecho consuetudinario.

5. Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar brevemente un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral. H. Kelsen, de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral.[35] Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas, y distinguió la moral por el concepto de validez. Una norma jurídica es válida solo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo tuvo nuevos parámetros de análisis.

Con el neoconstitucionalismo, el debate renace. Algunos autores, como García Figueroa,[36] sostienen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho es algo que se hace a través de la argumentación jurídica, que debe contener

---

[33] Ricardo Lobo Torres: "Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado", en Pasquale Pistone.

[34] Constitución del 2008, artículos 1, 59.9 y 171.

[35] Hans Kelsen: "El derecho y la moral", en *Teoría pura del derecho*, 4.ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 2003, pp. 45-50.

[36] Véase Alfonso García Figueroa: "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2003, pp. 159-186.

debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, solo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como *validez formal* o *vigencia.* El derecho sin moral se consideraría restrictivo, y la moral sin derecho, inaplicable. Por ello, J. I. Serrano sostiene que "un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que lo contenga".[37]

Por citar un ejemplo, el debate sobre la eutanasia o el aborto requiere de bases jurídicas y de interpretaciones morales. El derecho establece el derecho a la vida, pero no agota todas las posibilidades de su alcance. En el ejemplo sugerido, el derecho no precisa el cuándo termina ni el cuándo comienza la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente el asunto de colisión de derechos entre la vida y la autoderminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos. Cabe en un sistema jurídico tanto la libertad para morir y recibir asistencia como la condena por asesinato en el mismo hecho; de igual modo, cabe el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y la libertad de decidir cuántos hijos e hijas tener como cabe la penalización del aborto por la protección de la vida del neonato. Los derechos en juego se debaten en sede y en forma jurídica aun cuando muchos de los argumentos tengan relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría son discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas.

En conclusión, en lo que brevemente se ha descrito, hemos pretendido demostrar que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría decir con propiedad que el Estado es de derechos.

## 3.2. La centralidad de los derechos en la Constitución

Otra explicación al predicado *Estado de derechos* es que el fin del Estado es el reconocimiento, la promoción, la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo con relación a la parte orgánica y con relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales.[38]

---

[37] José Luis Serrano: *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Trotta, 1999, p. 118.

[38] Constitución del 2008, título III, capítulo primero, "De las garantías normativas"; capítulo segundo, "De las garantías de políticas públicas y participación ciudadana", y capítulo tercero, "Garantías jurisdiccionales" (artículos 84-94).

Norberto Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia.[39] Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, con relación al estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la analogía, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones, el piloto decide el lugar adonde se dirigen; en la era de los derechos, decide el pasajero. Así en las relaciones del estado. En la era de las obligaciones, la autoridad estatal decide el destino de las personas; en la era de los derechos, las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.

En este sentido, decir que el estado es de derechos significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no solo la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas.[40]

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del estado y de las relaciones sociales y políticas.

Veamos cómo se manifiesta esta afirmación en el texto constitucional del 2008.

1. El Estado sometido a los derechos:

    - Es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos (artículo 3.1).
    - El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos (artículo 11.9).
    - La participación en todo asunto de interés público es un derecho (artículo 95).

---

[39] Norberto Bobbio: "La era de los derechos", en *El tercero ausente*, Madrid: Cátedra, 1997, pp. 154-173.

[40] Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelmi: "Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva", en Ávila Santamaría y otros: o. cit.

- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos (artículo 84).
- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo (artículo 141), garantizan derechos (artículo 85).
- Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos (artículo 172).
- La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y el cumplimiento de los derechos (artículo 204).
- La función electoral garantiza los derechos de participación política (artículo 217).

Toda función del Estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública (artículo 226), en el modelo de desarrollo (artículo 275), en el sistema económico (artículo 233), en la deuda externa (artículo 290.2), en la formulación del presupuesto del Estado (artículo 298), en el sistema financiero (artículo 358), en los sectores estratégicos, en la inversión (artículo 339), en la producción (artículo 319).

2. El derecho sometido a los derechos:

- En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos (artículo 84).
- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma (artículo 424).
- Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública (artículo 426)

3. El Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones, sino que lo es cualquier ente, persona o colectividad que esté en relación de poder con otra. Es lo que Alexy denomina el *efecto horizontal.* Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no solo cuando actúa por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier situación posible en la que se violen derechos fundamentales.[41]

[41] Constitución Polìtica del Ecuador, artículo 88.

## 4. Conclusiones

1. La Constitución del 2008 significa un avance importante en la teoría constitucional y política de los estados. La introducción de palabras refleja, por el momento, la culminación de desarrollos teóricos que sin duda serán superados en la búsqueda de una organización política que no genere exclusiones ni inequidades.

2. El estado constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos. Se podría considerar que el estado constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las constituciones contemporáneas son materiales. Sin embargo, el énfasis en los derechos resalta la importancia superior a la parte orgánica y, por otro lado, se podría afirmar que puede existir un estado constitucional pero sin reconocer la pluralidad jurídica.

3. La justicia, hemos reconocido, es un elemento teórico que no deja de tener complicaciones. Creemos que el análisis de la justicia puede tener varias perspectivas. La justicia, desde la perspectiva interna del derecho, tiene que verse en el contexto y de forma sistémica. No caben, pues, concepciones arbitrarias de la justicia. Pero corresponde resaltar, y como una deuda, que el análisis realizado en este ensayo es más desde la teoría del derecho que desde la sociología. El gran ausente en este ensayo, y quizá el más grande pensador de la justicia, que superó la concepción utilitarista, es J. Rawls, quien con su *Teoría de la justicia* revolucionó la forma de entender la organización social. Referirse a su obra es un imperativo para entender cabalmente lo que significa un estado constitucional de derechos y justicia.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 795-813, ISSN 1510-4974

**Bruno J. R. Boaventura (Brasil)***

# Uma contemporânea inserção da consolidação das Leis na re-legitimação das normas jurídicas

## RESUMO

**O texto aborda questões contemporâneas ligadas à técnica legislativa de consolidação das Leis, visando um resgate da definição das próprias leis e de como caminha a questão desta problemática no mundo e no Brasil.**

**Palavras-chave: conflito normativo, antinomia jurídica, controle de constitucionalidade, qualidade legislativa, legística, Brasil.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Der Text befasst sich mit aktuellen Fragen der Gesetzgebungstechnik bei der Konsolidierung von Gesetzen. Ausgehend von den in den Gesetzen selbst enthaltenen Definitionen geht er auf den Stand der Diskussion zum Thema auf internationaler Ebene und in Brasilien ein.**

**Schlagwörter: Normenkonflikt, Rechtswiderspruch, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Qualität der Gesetzgebung, Gesetzgebungstechnik, Brasilien.**

## ABSTRACT

**The text addresses contemporary issues related to legislative methods for law consolidation, seeking to recover definitions within the laws and the question of how this issue is presented in the world and in Brazil.**

**Keywords: conflict of laws, inconsistency of laws, constitutionality control, legislative quality, legistic, Brazil.**

---

* Advogado militante em Cuiabá em direito público, sócio-gerente da Boaventura Advogados Associados S/C. Especialista em Direito do Estado, com ênfase em Constitucional, pela Escola Superior de Direito de Mato Grosso. ‹bboaventura@hotmail.com›

## 1. A lei como razão política limitada juridicamente

Para efeito de introdução do tema da consolidação das Leis, temos que saber o conceito das Leis. Proponho uma visão diferenciada, da Lei não como elemento normativo isolado, mas da relação normativa inserida em uma sistematicidade, que é aqui caracterizada na sua realidade antinômica e não na sua teórica multitude coerente. Para isso adentraremos profundamente no conceito de antinomias jurídicas, para o surgimento do conceito das Leis propriamente dito.

As antinomias são suscetíveis de existência em todo tipo de relacionamento de normas. É necessário estabelecer uma classificação das antinomias jurídicas quanto ao tipo de relacionamento. A antinomia jurídica não pode ser classificada como antinomia lógico-matemática, pois este tipo de antinomia restringe o produto, ou seja, o resultado invalida automaticamente a norma sobrepujada. O sistema lógico matemático necessariamente deve existir sem a presença de contradições, pressupondo assim a total coerência. O conceito elementar é puramente lógico, sem influência valorativa como acontece no raciocínio jurídico.

Os conceitos numéricos da norma matemática são invariáveis, são sempre exatos; depende desta unicidade perfeita a construção dos conceitos matemáticos em equações e teoremas. A norma mais básica e as subseqüentes criadas em sua referência ao longo do tempo e espaço sempre expressam o mesmo dado fático matemático, independentemente de quem a aplica.

O reconhecimento da possibilidade da existência de antinomia lógico-matemática levaria a impossibilidade da suscetibilidade de comprovação prática dos resultados obtidos com as equações. Toda construção, a partir do momento da aceitação da antinomia, comprometeria a perfectabilidade como produto, levando o sistema à falácia.

A antinomia de normas jurídicas não se classifica como uma contradição lógica, pois a sua existência não implica em afirmar que uma norma necessariamente sempre será invalida e outra será sempre válida. Quando o conflito normativo é solucionado, não há eliminação da norma, mas seguimento por um dos possíveis pressupostos, ou seja, por uma das normas, como bem dizia Wilson de Souza Campos Batalha.[1] O pensamento kelsiano a rigor também não caracteriza as antinomias jurídicas como lógicas-matemáticas; reconhece que este conflito não pode ser comparado com uma contradição lógica, mas apenas com duas forças atuantes em direção aposta ao mesmo ponto. Max Weber acredita que a impossibilidade de caracterização da ordem jurídica como algo sem contradição interna se deve a sua relação com outras ordens, como a econômica.[2]

---

[1] Wilson de Souza Campos Batalha. *Introdução ao Estudo do Direito*. RJ: Forense, 1986. p. 366.

[2] "Para esse fim, assim procede: partindo da vigência empírica indubitável daquelas normas, procura classificá-las de modo a encaixá-las num sistema sem contradição lógica interna. Esse sistema é a "ordem jurídica" no sentido jurídico da palavra. […] Quando, apesar disso, a ordem econômica e a jurídica estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida, não em seu sentido jurídico, mas sociológico: como vigência empírica. O sentido da palavra "ordem jurídica" muda então completamente. Não significa um cosmos de normas interpretáveis como

Marcos Fabus Quintiliano, conforme José Rodríguez Rivera, definiu que a antinomia jurídica é do tipo semântico. As construções subjetivas da intenção do texto da Lei feito pelas partes interessadas remetem à antinomia quando as concluem por sentidos opostos. A antinomia jurídica seria uma manifestação de um conflito comunicacional, ou seja, um problema da construção de interpretações antagônicas de um mesmo dado linguístico.[3]

A tese de Ferraz Júnior, que coloca a antinomia jurídica no ângulo pragmático, pelo preenchimento do pressuposto de que uma instrução para ser obedecida deve ao mesmo tempo ser desobedecida para ser obedecida, deixando o sujeito em indecidibilidade,[4] e já confirmada por tantos outros, como Roberto Carlos Batista,[5] há de ser considerada. Porém Giuseppe Lorini, *apud* Fritz Schreier, esclarece que as consequências da antinomia jurídica não são comunicacionais: são efeitos jurídicos concretos, não podendo assim classificá-las como do tipo semântico e nem pragmático.[6] O que deve ser considerado é que as normas jurídicas seguem uma racionalidade própria, como bem denotam os ensinamentos de Georg Henrik Von Wright.[7]

Esta racionalidade será abordada nos tópicos subsequentes a este, mas desde já é bom lembrar as lições de René David, de que a teoria do direito puramente considerada é incapaz de fazer o significado da Lei na realidade social.[8] A realidade social da

---

logicamente "corretas", mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais." Max Weber. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* 4ª ed. Brasília: ed. UNB. 1998, p. 209-210.

[3] José Rodríguez de Rivera. *Antinomias*. Disponível em: ‹http://sunwc.cepade.es/~jrivera/bases_teor/episteme/glosar_epistem/antinomia.htm. Acessado em: 17 de fevereiro de 2.007.

[4] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. RJ: Forense, 2006. p7.

[5] Roberto Carlos Batista. "Antinomias jurídicas e critérios de resolução". *Revista de Doutrina e Jurisprudência* - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - nº 58 - set./dez. de 1998. p. 25-38.

[6] Giuseppe Lorini. "Incoerenza senza opposizione". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. n.º 03. vol. 72. julho-setembro. Roma: Giuffrè Editore. 1995. p. 562-586.

[7] "Sin embargo, las normas *como prescripciones* de la conducta humana pueden ser consideradas como razonables o irrazonables, justas o injustas, válidas o inválidas a partir de algunos estándares que a, su vez, son también normativos, pero no verdaderas o falsas. Y em buena medida, quizá em sua mayoría, las normas son prescripciones. […] Cuando llamamos a dos proposiciones mutuamente contradictorias normalmente queremos decir que no pueden ser simultáneamente verdaderas, y cuando llamamos consistente a un conjunto de proposiciones queremos decir que todas ellas pueden ser (simultáneamente) verdaderas. Pero las normas del tipo de las prescripciones no tienen valores de verdad. Por lo tanto, este análisis de las nociones de consistencia y contradictoriedad no es aplicable a las normas. ¿Son entonces arbitrarias las definiciones de la sección anterior? ¿Cómo deberían ser 'justificadas' si no es en términos de valores de verdad? *P y ~p* son mutuamente contradictorias. ¿Pero por qué debemos considerar de la misma forma a *Op y O~p*? Una posible respuesta: Um emisor de norma que exige que uno y el mismo estado de cosas sea y no sea a la vez no puede ver satisfecha su pretensión. Está 'pidiendo la luna'. Su requerimento es *irracional*". Georg Henrik Von Wright. Título original "Is there a Logic of Norms?", Tradução de Daniel Lagier. in "Six Essays in Philosophical Logic", *Acta Philosophica Fennica*, vol. 60, 1996. p. 35-53.

[8] "Mesmo nos países do Ocidente, é evidente que o direito está longe de encerrar toda a realidade da vida social: nem todas as infrações penais são objeto de perseguições, nem todos os impostos são pagos, nem todas as decisões da justiça são executadas; existem práticas administrativas, comerciais, profissionais e elementos de ordem religiosa, política e social que influem no modo de agir dos indivíduos; aquele que considerasse tão-só a teoria do direito, *strictu sensu*, teria

Lei é enxergada quando um de nossos olhos está sob a ótica positivista (as leis como regras editadas pelo legislador ou aplicada pelos tribunais) e o outro está sob a ótica sociológica (que reserva o nome de direito para as regras que são efetivamente seguidas na prática).[9]

A Lei é um campo de disputa, às vezes sem qualquer tipo de acirramento, pela unanimidade da abordagem do tema, ou pelo domínio completo da oportunidade de uma pessoa ou um grupo de pessoas institucionalizar o seu interesse em uma norma. Existem momentos em que o acirramento engrandece pelo desejo mais latente de institucionalização de uma escolha em detrimento de outra, como nos momentos de crises econômicas.[10]

A contraposição de valores normatizados leva ao choque de teses, que por sua vez levará, a cada momento, a uma superação em algum ponto de uma tese sobre a outra. Não que esta superação não possa ser revista, e assim que no embate não se enxerga uma nova tese vencedora, mas um *blend* no qual a tese envelhecida é rejuvenescida pela preponderância da atualidade da maioria, num jogo democrático em que o avanço social não poderá ser o único caminho. Caracterizado em equilíbrio dialético reflexivo baseando-se em premissas verdadeiras e conclusões de ampla aceitação no qual as forças empurram o círculo para traz ou para frente, e não numa linha dialética de criação de antítese sobre tese. As forças, na tensão dialética do direito, ocorrem entre aquilo que já se conquistou e aquilo que se deseja conquistar; entre a realidade e o ideal; na dialética da complementaridade; na funcionalidade entre contrários, entre meios e fins, entre forma e conteúdo, ou entre as partes e o todo, conforme a lição de Miguel Reale.[11]

As palavras de Reis Friede ratificam que são as próprias contradições a força motriz do sistema, pois este evolui nutrindo-se desta dialética; não é a certeza ou a precisão que compõe a cientificidade do direito, mas sua própria concepção antinômica.[12]

A lei é dita contemporaneamente como uma escolha institucional de um interesse político que é limitada por uma racionalidade jurídica (constitucional e legal); quanto mais a limitação atender ao clamor da racionalidade jurídica, mais será a coerência. A racionalidade interna do sistema de norma sendo coerente, a racionalidade externa do sistema de norma certamente também assim o será, como coloca Luc J. Wintgens.[13]

---

uma visão falsa da maneira como são reguladas as relações sociais e do que representa na realidade o direito." René David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio Carvalho. SP:Martins Fontes, 2002. p. 15.

[9] René David. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio Carvalho. p. 15.p. 30.

[10] "During times of general economic recession the number of such depresses areas as well as the extent to wich these areas suffer from unemployment will be vastly increased. This creates conflicts and dilemmas. The manifestation of the conflict will be labour unrest, sometimes violence and an attendant growth of militant and radical political movements. The dilemma for the state and the government is how to resolve these conflicts while protecting the capitalist system" William Chambliss**.** *On Law Making*. British Journal of Law and Society 6:149-172.

[11] Miguel Reale. *Horizontes do Direito e da Historia*. 3ª ed. SP: Saraiva. p. 345-347.

[12] Reis Friede. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 14-15.

[13] "It is certainly true that, the more consistent a system is – i.e. the more internal rationality it shows – the more sense it will make, that is, more coherent or externally rational it will be." Luc

A justiça da lei é saber se este interesse que a pessoa ou grupo quer institucionalizar é proporcional ou não ao que a sociedade deseja dar a ele naquele momento.

## 2. O legislador assumindo a responsabilidade da melhora da legislação

A grande profusão de Leis no país, seja em qual âmbito federativo for, é um fenômeno explicado com o resgate da historicidade da idealização das Leis no ocidente, pelo estudo dos códigos de direito primitivo, escrito em estelas pela técnica cuneiforme da escrita criptográfica.

Na Mesopotâmia originaram-se os primeiros textos referentes às normas escritas de conduta da sociedade humana. Alguns dirão que eram Leis, outros tantos dirão que não passaram de propagandas e que acabaram servindo de registro para a prosperidade, porém todos concordam que a forja da origem do que viria a ser o conceito de Lei no ocidente foi esculpida na terra entre os grandes rios Eufrates e Tigre.

A criticidade a respeito da natureza das inscrições presentes nas estelas é feita pelo professor Emanuel Bouzon, que esclarece que tais normas representariam a ideologia do rei, num caráter auto-promocional, e significariam a intervenção do rei na sociedade e na economia, com fim propagandístico da imagem real como um garantidor da justiça, como se denota nos prólogos.[14]

Urukagina, Ur-Nammu, Lipit-Ishtar e Hammurabi foram reis sábios mas não justos: desfizeram um possível descontentamento popular demonstrando que tinham os Deuses como co-legisladores de suas Leis. A ordem era conseguida pelo medo das penalidades divinas, e estes reinos progrediram além de suas fronteiras, com a população influenciada pela propaganda de que seu Rei era o próprio mandamento divino personificado, e em razão disso as ordens, mesmo sendo injustas, deveriam ser obedecidas.[15]

Assim a profusão é explicada pela tomada de uma consciência do legislador contemporâneo de que quanto mais promulgar Leis mais eficientemente está a cumprir sua tarefa, mesmo que na prática tais Leis não sejam cumpridas e até mesmo nem sequer conhecidas.

O conhecimento das Leis por qualquer cidadão hoje é colocado como pura ficção, como coloca Ulrich Karpen.[16] E é o conhecimento da Lei a proporção diretamente

---

J. Wintgens. *Coherence of the Law*. Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. Vl.79. 1993. p. 483.

[14] "Em inscrições reais, listas de datas, cartas e documentos jurídicos do período babilônico antigo encontram-se mencionados atos reais, cuja finalidade era, sem dúvida, restaurar a ordem e a justiça na sociedade babilônica. Tais atos descrevem, sempre, uma intervenção do rei na sociedade e na economia do reino e significam uma suspensão temporária do direito vigente e de direitos adquiridos. […] A estela é uma inscrição real e está, naturalmente, a serviço da ideologia do rei. Nesta estela as prescrições foram emolduradas por um prólogo e um epílogo e a finalidade desta obra é, sem dúvida, celebrar o rei como o garante da justiça do país. Emanuel Bouzon. "Origem e Natureza das Coleções do Direito Cuneiforme". *Revista Justiça e História*. v. 2. n. 3. 2002. p. 22-38.

[15] Ver: *A gênese das idealizações ocidentais da lei e do legislador*.

[16] "Lo que hasta ahora era todavía uma hipótesis aceptable de que cualquier ciudadano conoce el Derecho, hoy se ha convertido en uma pura ficción.". Ulrich Karpen. La evaluación de las consecuencias de las leyes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 2004. p. 308.

relacionada com a sua efetividade, tornando a multitude complexa da sistematicidade jurídica mais simples; com o uso da consolidação, o conhecimento será facilitado e esta é uma estratégia para a materialização da eficácia da Lei, como ensinam Fabiana de Menezes Soares e Letícia Camilo dos Santos.[17]

A ordem não teve ser conseguida necessariamente pelo medo da coerção; o progresso não é para poucos e bons. A tomada de consciência pelos cidadãos da importância da Lei é uma garantia de que a sua eficácia não resulta do pavor da penalidade, mas de saber que cumprindo com seu dever o progresso estará sendo realizado.

A idéia de que a produção de Leis sem a preocupação com uma adequada inserção na sistematicidade jurídica pode até atender aos interesses da burocracia estatal, mas não aos seus destinatários, como bem disse Heinz Schaeffer.[18]

Se temos a doutrina do realismo jurídico de Alf Ross, na *comum law,* de que o direito é aquilo que os juízes praticam em seus julgados, na *civil law* não é o que a Lei define, mas como e qual Lei é praticada, o que Gert-Jan Veerman denomina de *law in action.* Ao elaborar a Lei, o legislador deve se preocupar de como ela será efetiva, e qual serão os resultados práticos dessa efetivação, cumprindo com a ponderação dos aspectos multi-focais presentes na órbita legal: jurídico, econômico/financeiro e científico/racionalização técnica.[19]

O legislador não tem simplesmente um poder de legislar, e sim de dever legislar. Este dever deve ser cumprido com o assumir da responsabilidade pela prática e pelo conhecimento de todos da Lei; para isso as técnicas legislativas devem ser concretizadas, a correção dos defeitos da legislação em vigor deve ser realizada, como bem pondera Gilmar Ferreira Mendes.[20]

---

[17] ""The spread of Law's sources (various hierarchies) shows a complex normative ordination that claims for measures such as simplification and consolidation due to the improvement of the rule's quality – vital – in face of various spheres of normative incidence: national, federal, regional and local.[…] Learning how to share the contents of law is to make its purposes clear, facilitate the knowledge and the public control of the interests that are at stake, and, furthermore, express a valuable strategy to materially turn the law more effective." SOARES, Fabiana de Menezes Soares; Letícia Camilo dos Santos. Learning to divide the law's contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation Disponível em: ‹http://www.eal2006.org/downloads/outlines/outline_camilo_dos_santos.pdf. Este trabalho ganhou como melhor *paper* no Congresso: *The Learning Legislator*, The Hague, 31/5/06 - 1/6/06."

[18] Heinz Schaeffer. *Atualidades e perspectivas da ciência da legislação na Áustria*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 153-164, jan./dez. 2007

[19] "In a realistic concept of law, law includes not only the system of norms (at the level of paper norms) but also the working of rules in practice (law in action). The significance of law and legislation is formed in social contexts. This means that in the process of law-making, one has to deal with the possible effects of the law in action. […] A law can be seen as a temporary compromise between distinct opinions, interests and concerns. Besides, in scientific literature attention was put to another compromise, characteristic of legislation. A law contains the result of weighing several rationalities. Snellen distinguished the political, juridical, economic/ financial and scientific/technical rationality." Gert-Jan Veerman. *The learning legislator - some general remarks.* Disponível em: http://www.eal2006.org/downloads/papers/Paper_Veerman.pdf. Este artigo foi apresentado no 7th EAL Congresso: *The Learning Legislator*, The Hague, 31/5/06 - 1/6/06.

[20] "A competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional. Cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O *poder de legislar* converte-se, pois, num *dever de legislar*."

A consolidação das Leis não só traz benefícios diretos à sociedade, mas também ao próprio legislador. Este, sabendo com melhor facilidade quais Leis regulam o fato, poderá com mais facilidade avaliar a legislação em vigor, e assim proceder com a mudança com mais conhecimento, conforme coloca o professor Jean Daniel Dalley.[21]

È a facilitação da avaliação de impacto e o efeito da tomada de conceito da Lei como responsabilidade do dever e não como possibilidade do poder, o que a doutrina de Philippe Nonet e Philip Selznick´s denominam de *responsive law*.

Acarretando ao Poder Legislativo realizar sua função legislativa em dupla capacidade: a de solucionar problemas sociais com a máxima objetividade possível como um ator político, e a de concretizar este interesse público através das Leis como um ator legislativo. O que a doutrina da *responsive law* introduz especificadamente quanto aos efeitos da Lei é o espírito da auto-correção do processo legislativo para facilitação destas atuações, como leciona Barbel Dorbeck-Jung.[22]

Os elementos considerados até então pela vertente axiológica do direito são eminentemente teóricos, não é só o fato valorado pela norma, não são só o tempo e o espaço auto-definidos: o que na prática se apresenta é o homem projetando um processo de organização, no qual ele mesmo participa como elemento. É o elemento humanidade que visualiza o processo, que impulsiona os demais elementos, forjada na hermenêutica, no duplo processo de interpretação do fato e da norma, como forma de transformação e não contemplação.[23]

## 3. Definindo a consolidação

A consolidação é bem definida por Natália de Miranda Freire como a técnica legislativa que implica o exame, triagem, seleção e posterior reunião das leis em coletâneas, facilitando assim a consulta ao seu texto por parte dos que devam conhecê-las.[24] É,

---

Gilmar Ferreira Mendes. "Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas". *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Teoria.htm›.

[21] "O legislador tem em conta o contexto do problema e os impactos potenciais do mesmo sobre os domínios conexos, de maneira a evitar recorte prematuro e setorial do campo em que será talvez levado a intervir. Dessa maneira, ele evita contradições no seio do corpo legislativo e melhora a coordenação das leis. É preciso ainda mencionar o caso mais frequente com que se confronta o legislador: o problema cuja solução lhe é demandada se situa em um campo já objeto de uma ou mais leis. Desde logo, essa legislação preexistente faz parte da análise da situação e deve ser submetida a uma avaliação." Jean Daniel Dalley. *Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004.

[22] "The union of law and government means, in effect, that in responsive law government acts in dual capacity. As a *political* actor, the government assumes responsibility for the ends and resources regarding the solution of social problems. As a *legal* actor is set up the agencies and mechanisms which aim to further public ends. Basically these institutions are designed to provide the elaboration of public policy with maximum objectivity, including a more precise definition of the goals that were achieved and a progressive clarification of public choises and strategic options. The specific contribution of reponsive law here is to facilitate public purpose and introduce a spirit of self-correction into governmental processes." Barbel Dorbeck-Jung. "Conceptualizing legisprudence; from legislation to responsive regulation". Trabalho apresentado na conferência anual de 1995 da EGPA – *European Group of Public Administration.*

[23] Ver: A solução das antinomias jurídicas inseridas no processo de consolidação das Leis.

[24] Natália de Miranda Freire. *Técnica e processo legislativo*. SP: Del Rey, 2002, p. 85.

sobretudo, um trabalho de tornar claro aquilo que se apresenta de forma multiplamente confusa.

Gabriel Dezen Júnior já ressaltou que consolidar é oferecer unicidade material ao ordenamento,[25] ou seja, caracterizar as questões materiais de forma única e coerente no ordenamento. Na elaboração do projeto de consolidação é necessária a sistematização das leis pela confrontação das normas, seja vertical ou horizontal, com a aplicação dos critérios solucionadores das antinomias aparentes nas seguintes ações: de fusão de disposições repetitivas ou de valor normativo idêntico, na supressão de dispositivos revogados por leis posteriores e/ou especiais,[26] na supressão de dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça, na indicação de dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal ou Constituição Estadual.[27]

A consolidação faz com que a linguagem das Leis seja mais compreensível, revelando com mais facilidade a realidade normativa, trazendo à tona aquilo que o Poder Legislativo produziu, tornando-o mais efetivo, como paralelamente se extrai dos ensinamentos de Hannah Arendt.[28] Ao legislador cabe a consciência de que sua responsabilidade enquanto membro do poder é primar pela qualidade e clareza de seu trabalho legislativo, ao invés de se demonstrar apático à necessidade de sistematização através da consolidação, como ainda crêem alguns.[29]

Uma das ações que o homem deve fazer no seu mister de elemento prático do sistema jurídico é trazer coerência àquilo que ele projetou e produziu, e a consolidação das leis é um dos caminhos para a simplificação do direito, como modo de facilitação ao acesso à justiça, ensina Mauro Cappelletti.[30]

Com um maior conhecimento das Leis, e conseqüentemente dos direitos, é maior a probabilidade de reconhecimento do problema social como um problema jurídico, facilitando assim a justa reivindicação, principalmente aos cidadãos de menores recursos, como já bem explicou Boaventura Souza Santos.[31]

Ao clarificar a sua produção, o Poder Legislativo valoriza a sua atuação no pacto governamental, harmonizando a relação entre os demais poderes, sobretudo com o

---

[25] Gabriel Dezen Júnior, In: *O Instituto da Consolidação: Panorama Histórico, Jurídico e Político*. Disponível em: ‹http://www.almg.gov.br/publicacoes/consolidacaoleis/gabriel.pdf›. Acessado em: 15 de agosto de 2.007.

[26] Ação prevista nos incisos III e XI do parágrafo 2º do artigo 13 da Lei Federal Complementar n.º 95/98.

[27] Ação prevista nos incisos IX e X do parágrafo 2º do artigo 13 da Lei Federal Complementar n.º 95/98.

[28] "O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciarem, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades." Hannah Arendt. *A condição humana.* Tradução de Roberto Raposo. RJ: Forense, 1983. p. 212.

[29] Ricardo Regis Laraia. Renan Lotufo (org.) *Cadernos de Teoria Geral do Direito*. *Sistema jurídico e antinomia de normas.* Curitiba: Juruá, 2000. p. 184.

[30] Mauro Capeletti. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.p. 256.

[31] Souza Santos Boaventura. *Pela mão de Alice*. SP: Cortez. 1995, p. 170.

mastodonte do Executivo. Define de maneira mais evidente qual valoração do fato está em vigência, abrindo com mais vigor o número de pessoas que possam contrapô-la. Desfaz assim um pouco o mito da linguagem legal como inacessível às pessoas comuns, esvaziando os tantos Hermes, Moisés-Abraão,[32] Maomé-Abdula que ainda tenham exclusivamente para si a tarefa transformadora da hermenêutica normativa como propulsora da evolução do sistema jurídico, como concretização do elemento democrático da cidadania inclusive trazida por Robert Dahl.[33]

A crise da legalidade, que por alguns é a motivação para a tese constitucionalista do controle de conformidade constitucional dos atos jurídicos, pode e deve ser superada por meio de instrumentos, como a consolidação, que garantam que a lei seja efetivamente um produto claro de uma ação humana acessível, e assim democrática, que visa melhores condições de vida ao povo.

## 3.1. Um resgate histórico da consolidação no Brasil

Um registro histórico da aplicação prática da consolidação das Leis é a revisão do Código Penal de 1.890. O que nos conta René Ariel Dotti é que a profusão de leis durante o período da primeira República (1889-1930), levou o Governo a promover uma consolidação dos diplomas da época. A despeito desta realização, o professor René propõe a necessidade de uma nova consolidação na legislação penal, asseverando dentre outras as seguintes vantagens de tal realização: a) o maior acesso ao conhecimento da legislação por um imenso público de trabalhadores, além dos profissionais do direito e da justiça (educadores, jornalistas, assistentes sociais, estudantes, administradores, etc.); b) a definição de espaço normativo onde serem introduzidas futuras modificações legislativas […] c) a superação de um grave problema enfrentado atualmente pela doutrina e pela jurisprudência quanto à revogação da lei velha (a fórmula tradicional "revogam-se as disposições em contrário" não tem eliminado as incertezas sobre a eficácia de dispositivos na sucessão de leis reguladoras do mesmo assunto; ao contrário, as tem aumentado); d) o melhor controle pelo legislador dos grupos de pressão, cujos movimentos reivindicatórios ficariam localizados nos projetos de estatuto que lhes dissessem respeito (nos dias correntes, a discussão de todo um código poderá ser obstaculada e o projeto ser adiado se houver pressão irresistível contra uma preceito específico); e) a possibilidade de se obter a consolidação geral através da discussão e votação dos estatutos em separado […] f) o estímulo para a formação de uma cultura legiferante no sentido de que as reformas pontuais devem ser efetivadas com a alteração, acréscimo ou supressão de dispositivos em espaços normativos já existentes.[34]

É bom não olvidar que tais vantagens foram levantadas nos idos do ano de 1.999, ou seja, quase dez anos atrás. Assim, mais do que nunca, pela força do tempo e pela grandiosa quantidade de leis produzidas até este momento, é salutar reafirmar

---

[32] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. SP:Atlas, 2003. p. 308.

[33] Robert Dahl. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UNB, 2001. p. 35

[34] René Ariel Dotti. "Proposta para uma nova consolidação das Leis Penais". *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.32, 1999. p. 61.

categoricamente que a consolidação deve ser uma prática habitual ante a habitualidade de produção legislativa atual.

Em 1998, a Portaria Interna da Subchefia para Assuntos Jurídicos de 20 de março, corroborada pela Portaria nº 5, de 23 de abril do Exmo. Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil, designa o Dr. Gilmar Ferreira Mendes como seu Presidente e o Dr. Ives Gandra Martins Filho como seu Coordenador-Executivo, para coordenarem o trabalho a ser realizado no âmbito do Poder Executivo da consolidação das Leis. Deste trabalho resultou a modificação da *Lei Complementar nº 95, de 1998, pela Lei Complementar nº 107, de 2001.*

O Poder Executivo enviou para ao Congresso Nacional os seguintes projetos: PL 3.757/00 – matéria cultural PL 3.990/00 – terras devolutas e colonização; PL 4.000/01 – setor de transportes; PL 4.202/01 – matérias previdenciária e trabalhista; PL 4.489/01 – estrangeiros; PL-4.633/01 – setor de petróleo; PL-4.944/01 – matérias ligadas ao Ministério da Agricultura; PL 4.490/01 – trânsito e PL 6.189/02 – serviços de telecomunicação.

O contato da Presidência da República com o Prodasen – Senado resultaria no desenvolvimento do *software* denominado Siscon para auxílio dos trabalhos de consolidação; teve este sistema informatizado os seguintes objetivos: permitir ao legislador conhecer as alterações promovidas; dotar o consolidador de uma ferramenta de trabalho que permitisse o controle dos dispositivos consolidados; oferecer um meio controlado de descentralização da consolidação; garantir a integridade das informações diante do manuseio dos textos legislativos.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados foi alterado em 1999, inserindo-se o Capítulo IIII-A pela Resolução no 33, que trata exclusivamente sobre os projetos de consolidação para trâmite específico das iniciativas relacionadas com esta técnica legislativa, em decorrência dos projetos de consolidação apresentados.

O primeiro grupo de trabalho da Câmara dos Deputados foi coordenado pelo Deputado Bonifácio Andrada, que encaminhou para a votação os seguintes projetos de Lei, com as seguintes respectivas matérias a serem consolidadas: PL 4.764/98 – meio ambiente[35]; PL-4.765/98 – crédito rural[36]; PL 4.766/98 – educação[37]; PL-151/99 – mineral[38] e PL 2.277/99 – eleitoral.[39]

---

[35] Consolidando a seguinte legislação: 5.197/67; 5.357/67; 6.803/80;6.902/81, 6.938/81; 7.643/87;7.661/88; 7.679/88, 7.754/89; 7.797/89; 9.9.605/98; DL 1.413/75.

[36] Consolidando a seguinte legislação: 4.829/65; 6.754/79 8.929/94; DL 167/67 – DL 784/69.

[37] Consolidando a seguinte legislação: 59/47; 683A/49;745/49;775/49; 851/49; 1.484/52;1.554/52;1.703/52; 2.367/54; 2.995/56; 3.144/57; 4.759/65; 4.759/65; 5.096/66; 5.191/66; 5.379/67; 5.664/71; 5.789/72;5.802/72; 6.202/75; 6.283/75; 6.494/77; 6.503/77; 6.625/79;6.733/79; 6.932/81; 7.088/83; 7.165/83; 7.217/84; 7.348/85;7.395/85; 7.398/85; 7.423/85; 7.601/87; 7.692/88; 8.138/90;8.150/90; 8.170/01; 8.436/92; 8.539/92; 8.663/93; 8725/93;8.474/93; 8.859/94; 8.907/94; 8.913/94; 8.948/94; 8.958/94;9.045/95; 9.131/95; 9.192/95;9.288/96; 9.424/96; 9.475/97;9.515/97; 9.536/97; DL 53/66; DL 252/67; DL 228/67; DL 464/69; DL 547/69; DL 655/69; DL 705/69; DL 749/69; DL 842/69; DL 1.044/69; DL 1.051/69; DL 1.053/69; DL 1.422/75.

[38] Consolidando a seguinte legislação: 6.403/76; 6.567/78; 7.085/82; 7.312/85; 7.805/89; 7.886/89; 8.901/94; 8.892/95; 9.314/96; 9.827/99; DL4.146/42;DL 227/67; DL 318/67; DL330/67; DL 723/69.

[39] Consolidando a seguinte legislação: 4.410/64; 4.737/65; 4.961/66;5.782/72; 5.784/72; 6.018/74;6.055/74; 6.091/74; 6.324/76; 6.336/76;6.339/76; 6.534/78; 6.553/78; 6.978/82; 9.989/82;

Em março de 2002, o decreto nº 4.176, estabeleceu normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

A portaria nº 11, de 24 de abril de 2.002, instituiu o Grupo Executivo de Consolidação dos Atos Normativos. Este teve os seguintes coordenadores: Dr. José Antonio Dias Toffoli e Célia Cristina dos Santos Silva. Neste Grupo de trabalho ressaltam-se as soluções dadas para as questões práticas inseridas na tramitação dos projetos de consolidação.

A título de exemplo, e acreditando ser a mais pertinente, é sobre os *efeitos da revogação das leis consolidadas e a questão da aplicação do princípio da anterioridade em matéria penal ou tributária, com a respectiva solução pela transmigração do comando existente de um diploma a outro*.[40]

Resta ressaltar que a Assembléia Legislativa de São Paulo, em 2005, através da Comissão de Constituição e Justiça, sob a presidência do Deputado Vaccarezza, definiu como prioridade a consolidação das leis, realizando uma renovação na legislação paulista. O trabalho realizado em 2005 e 2006 resultou na revogação de mais de 13.000 (treze mil) atos legais até o ano de 1972.

No final de 2006, aprovou-se a legislação relativa aos direitos do idoso. Contou com a análise de 37 leis consolidadas em uma só; foi aprovada e está pronta para ser sancionada. Neste trabalho foi possível visualizar as falhas e omissões existentes na legislação, o aperfeiçoamento dos direitos dos idosos no Estado de SP e a facilidade de consulta da legislação pelos cidadãos. As revogações realizadas resultam, seguramente, em maior transparência na aplicação das leis e mais seguridade ao cidadão. Tendo sido necessária para realização deste trabalho a modificação do Regimento Interno da Assembléia de São Paulo, pela resolução n.º 843, de 09 de novembro de 2.005, que inseriu as modificações sobre a consolidação.

O mesmo Deputado, Cândido Vaccarezza, agora na Câmara Federal, coordena atualmente o Grupo de Trabalho da Consolidação das Leis, o chamado GT-Lex. Esta nova

---

6.990/82; 6.996/82; 7.015/82;7.021/82; 7.179/83; 7.191/83;7.332/85; 7.434/85; 7.444/85; 7.476/86; 7.663/88; 7.914/89;7.977/89; 8.037/90; 8.214/91;9.041/95; 9.504/97; 9.840/99;10.226/01; DL 441/69; DL 1.064/69; DL 1.538/77.

[40] "Esta questão diz respeito à revogação de toda a legislação aglutinada no diploma legal que for eleito como matriz da consolidação. Mormente em matéria penal e tributária, onde deve ser respeitado o princípio da anterioridade da norma ao fato que deverá regular, a revogação pura e simples dos diplomas legais que forem consolidados poderá induzir à conclusão de que a obrigação tributária ou a penalidade fixada não mais abrangeriam o período pretérito ao da edição do diploma consolidado. Seguindo orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível novação normativa, sem ocorrência de solução de continuidade normativa, pode-se concluir que, no processo de consolidação de legislação, haveria apenas a transmigração do comando existente, de um diploma a outro, sem solução de continuidade normativa. Assim, bastaria que se consignasse no final da consolidação que os dispositivos das leis nele aglutinadas são "revogados por consolidação", para que se deixe claro que não houve solução de continuidade normativa". Disponível em: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Consolidacao/Rel_7.htm. Acessado em 12 de dezembro de 2.007›.

frente de trabalho já apresentou o projeto de Lei nº 1987–2007 que consolida a legislação relacionada ao direito material trabalhista por iniciativa do referido Deputado.

Recentemente, o Senador Tião Viana apresentou o Projeto de Resolução do Senado nº 43, de 2007, que alterou o Regimento Interno do Senado Federal para dispor sobre o processo de apresentação, tramitação e aprovação dos projetos de lei de consolidação, para inclusive já preparar para a tramitação nesta Casa dois projetos aprovados na Câmara Federal.

## 3.2. A consolidação no mundo

Ainda teremos que elucidar com mais detalhes sobre a consolidação no mundo, mas já temos dois bons exemplos que destacam a importância desta técnica legislativa, quer atualmente, quer historicamente.

O primeiro é do dia 5 de janeiro de 1.866, na 39ª sessão legislativa do Congresso Americano, na qual o parlamentar identificado como Sr. Summer apresentou e obteve por unanimidade aprovação de requerimento para que as providências de revisão e consolidação nas Leis dos Estados Unidos fossem realizadas.[41]

O segundo é a Comissão de Simplificação criada pela Resolução n.º 29/2001 dos Ministros de Portugal, que detinha as seguintes competências: "identificar áreas da legislação existente que devem ser objecto de intervenção, elaborar estudos e emitir recomendações com vista à simplificação e melhoria da qualidade da legislação e regulamentação; analisar e propor medidas que visem a maior acessibilidade da legislação, designadamente através da consolidação, compilação ou codificação; analisar e apresentar situações em que se justifique a deslegalização ou desregulamentação, incentivando nestas áreas a auto-regulação ou outras formas de actuação; estudar os procedimentos legislativos e institucionais vigentes com vista à propositura de novas regras de simplificação, relativamente à produção de novos actos normativos".

### *3.2.1. A consolidação como preocupação emergencial da Comunidade Europeia*

A preocupação mundial com a necessidade de melhora na legislação existente surgiu pela constatação feita pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE de que os marcos regulatórios ao longo do globo não satisfaziam

[41] "That, in performing this duty, the commissioners shall bring together all statutes and parts of statutes wich, from similarity of subject, ought to be brought together, omitting redundant or obsolete enactments, and making such alterations as may be necessary to reconcile the contradictions, supply the omissions, and amend the imperfections of the original text, and they shall arrange the same under titles, chapters, and sections, or other suitable divisions and subdivisions; with head notes briefly expressive of the matter contained in such divisions, also with side-notes, so drawn as to point to the contents of the text; and with references to the original text from which each section is compiled, and to the decisions of the federal courts, explaing or expounding the same, and also to such decisions of the State courts as they may deem expedient; and they shall provide by a temporary index, or other expedient means, for an easy reference to every portion of their report."

com segurança o estímulo à concorrência dos mercados, ou seja, de que era preciso facilitar a compreensão das leis que regulam todos os aspectos do mercado de um país para facilitar a competição das empresas estrangeiras naquele país, como pode ser verificado nos princípios na Recomendação de 1995.[42]

Esta recomendação teve como intuito prover a qualidade da regulação governamental, e foi o primeiro documento orientativo de cunho internacional que estabeleceu princípios de regulação.

Em 1997, a OECD desenvolveu um relatório para todos os ministros dos estados membros para que avaliassem o andamento do plano de ação da melhoria da qualidade e performance da regulação, e ainda estabeleceu novas diretrizes. Preveu, que esta campanha para a reforma da regulação precisava enaltecer a competição e reduzir os custos advindos da regulação para dar eficiência, preços mais baixos, estimular a inovação, ajudar a capacidade econômica da adaptação empresarial. E em segundo plano, é importante ressaltar, previu a possibilidade de promover a ajuda aos governos na implementação de políticas públicas sociais.[43]

Em 2005 a OECD lançou o Guia de princípios para regulação com qualidade e performance. As recomendações da OCDE estão na base da política de regulação, que começa a ser desenhada na União Européia, no âmbito do Conselho Europeu, que decorreu em Lisboa em 2000.

Neste Conselho, estabeleceram-se metas ambiciosas de desenvolvimento econômico para a Europa, e sublinhou-se a importância de uma legislação de qualidade no quadro de uma economia competitiva. Foi mandatado, por este Conselho, um *Grupo de Trabalho,* o denominado Grupo Mandelkern, que apresentou um relatório, em 2001, no qual se enunciaram os princípios considerados fundamentais para a melhoria da qualidade legislativa na União Européia e nos Estados-Membros, conforme historicizado pela professora Marta Tavares.[44]

O Relatório final do Grupo de Trabalho Mandelkern trabalha com a necessidade de credibilidade governamental, tendo assim que o Governo somente regulará algum fato quando único meio possível e quando estritamente apropriado, e quando o fizer deverá ser em alto nível de qualidade.

---

[42] The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation: (*i*) serve clearly identified policy goals, and be effective in achieving those goals; (*ii*) have a sound legal and empirical basis; (*iii*) produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account; (*iv*) minimise costs and market distortions; (*v*) promote innovation through market incentives and goal-based approaches; (*vi*) *be clear, simple, and practical for users;* (*vii*) be consistent with other regulations and policies; and (*viii*) be compatible as far as possible with competition, trade and investment-facilitating principles at domestic and international levels.

[43] "Regulatory reform that enhances competition and reduces regulatory costs can boost efficiency, bring down prices, stimulate innovation, and help improve the ability of economies to adapt to change and remain competitive. Properly done, regulatory reform also can help governments promote other important policy goals, such as environmental quality, health, and safety." In: The 1997 OECD Report to Ministers ( Plan for Action on Regulatory Quality and Performance).

[44] Marta Tavares. *A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas*. Disponível em: ‹http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Marta_Tavares.pdf›.

Para que haja este alto nível de qualidade legislativa o Relatório aponta meios práticos, como a avaliação de impacto, a simplificação, a consolidação, a consulta pública e a promoção da mudança proposta na Lei. Distribui estes meios em sete áreas de ação. Cabe aqui evidenciar somente uma delas: o acesso à regulação.

Este é a área intimamente ligada com a consolidação: prevê o *direito ao acesso a um ordenamento jurídico compreensível.* Isto significa que a coerência e a clarificação do ordenamento precisam ser praticadas através de técnicas legislativa como a consolidação.

A necessidade de uma consolidação efetiva é dada como solução para duas novas demandas emergenciais que afligem todos os países membros, inclusive a própria Comunidade Européia: o rápido crescimento da produção legislativa e a necessidade de fortalecimento dos princípios democráticos pela facilitação do meio de acesso dos cidadãos, administradores públicos, advogados e pelos Tribunais, às normas jurídicas

Estas demandas não são novas, mas a necessidade de superá-las é urgente. Assim, o Relatório orienta todas as nações componentes da União Européia para os dois principais objetivos de uma consolidação efetiva:

> • *To make the body of laws and regulations more coherent* and, therefore, to facilitate reforms and simplification. One of the main aims – with a view to ensuring clarity and therefore legal security – is to identify and correct illogical elements, inconsistencies and gaps in the existing regulations and also to harmonise and, if necessary, modernise the legal language used. Another aim is to eliminate obsolete provisions from the law currently in force.
> • *To make the law easier to find out about and understand for its users,* thereby increasing compliance with laws and regulations. This involves presenting the law currently in force by subject, ensuring coherence and providing a system of cross-references between subjects (and therefore between codes or other legal acts) and – through constant updating – offering an easy means of consulting the law currently in force.[45]

Estes objetivos – fazer o ordenamento jurídico ficar mais coerente e assim facilitar a sua compreensão – são universais a todos os países. A complexidade da vida contemporânea necessita de meios facilitadores do cotidiano. A técnica legislativa de consolidação representa uma nova tecnologia a ser eminentemente aplicada.

## 4. A consolidação como a nova fronteira prática da legística

A legística é a nova fronteira científica relacionada ao processo legislativo e todas as técnicas envoltas na maneira de produzir leis. Define alguns parâmetros a serem considerados na atuação do Poder Legislativo para concreção da efetividade da gestão

[45] Disponível em: ‹http://www.csl.gov.pt/docs/groupfinal.pdf›. Acessado em: 15 de janeiro de 2.007.

pública, entendida como capacidade de atendimento das reais prioridades sociais; da eficiência administrativa, entendida como capacidade de promover os resultados pretendidos com o dispêndio mínimo de recursos; e da eficácia dos gastos públicos, entendida como capacidade de promover os resultados pretendidos com o alcance máximo da meta traçada.

Alguns desses parâmetros, entre tantos outros, podem ser sintetizados nos princípios da inteligibilidade, da simplicidade e o da responsabilidade do legislador. O primeiro aponta a que a legislação deve ser coerente, compreensível e acessível àqueles a quem se destina, e o segundo norteia a idéia de quanto mais simples possível, melhor. O último se destina à idéia de que legislar é a responsabilidade de resolver certo problema social, e este caminho só deve ser perquirido quando existem condições para que a legislação seja facilmente perceptível e bem aplicada, como pondera Assunção Cristas.[46]

O campo de atuação da legística formal, diferentemente da material, que se preocupa com a valoração do fato, é a otimização do círculo comunicativo da Lei, fornecendo princípios à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos. A consolidação é dada como uma das estratégias pragmáticas da legística formal para reordenação da sistematicidade, como leciona a *expert* no assunto, professora Fabiana de Menezes Soares.[47]

Assim, a legística formal busca diretrizes para uma política legislativa de qualidade, principalmente quanto às questões relacionadas à sistematização, composição e redação das leis, como fatores para uma melhor harmonização e uniformização das Leis, como ensina a professora Marta Tavares de Almeida. Dos princípios apontados pela professora lusitana para uma política legislativa de qualidade, o que referenda a consolidação é o de acessibilidade da Lei. A lógica é simples: simplificar a organização das Leis é facilitar o acesso às mesmas.[48]

---

[46] Assunção Cristas. "Legística ou a arte de bem fazer leis". *Revista CEJ*, Brasília, n.º 33, p. 78-82, abr./jun. 2006

[47] "A Legística formal atua sobre a otimização do círculo de comunicação legislativa e fornece princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos. Ambas as dimensões se interessam pela ampliação do círculo de interlocutores que dialogam na dinâmica do círculo normativo, isto é, o legislador/emissor quando interpreta demandas, interesses que motivam o impulso legislativo; o administrador quando implementa a legislação; o juiz quando aplica a lei para dirimir conflitos; os destinatários/atingidos cujas condutas são afetadas por seus comandos. […] Em termos pragmáticos, o crescimento no volume de antinomias não solucionadas pelos clássicos critérios hierárquico, cronológico, de especialidade, exige, por sua vez, a reflexão e concepção de estratégias em prol da reordenação do sistema, tais como simplificação, harmonização e consolidação. […] A baixa qualidade da legislação repercute no PIB, como mostram os estudos europeus. Mas há outras consequências igualmente danosas e graves: o ativismo judicial intenso, a falta de confiança na eficácia das leis (o que responde em parte pela fuga de investimentos do Brasil), a descrença nas instituições, o sentimento de injustiça." Fabiana de Menezes Soares. "Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação". *Cad. Esc. Legisl.,* Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

[48] "Tendo presente o exposto nesta apresentação, e sem qualquer pretensão de uma enumeração exaustiva, referimos de seguida alguns dos princípios que consideramos que devem ser ponderados na definição de uma política legislativa de qualidade: 1º) *A necessidade da lei* Fundamentação da necessidade da lei. 2º) *O respeito dos princípios fundamentais do direito* Observância de princípios fundamentais do direito na elaboração da lei – legalidade, universalidade, igualdade,

A facilitação da percepção, e consequentemente da efetividade das Leis pela consolidação, é sobretudo causada pela tendência de desmitificação simbólica da linguagem legal. O que deve ser considerado é que a consolidação das Leis é uma prática legislativa que atenta a superação da "teoria da informação" de Claude Elwood Shannon e Warren Weaver,[49] pois facilita a comunicação das mensagens normativas por não ignorar o conceito de sistematicidade jurídica contemporânea como uma multitude confusa das normas (contexto), e ainda o caráter essencialmente divergente da hermenêutica jurídica como meio de propagação não linear da mensagem legal (contato).

## 5. Apontamentos conclusivos

Há em curso paralelo uma nova prática da eficácia das Leis e uma nova teorização da legitimação e responsabilidade do legislador. O que para o mundo significa uma nova possibilidade de diminuição dos custos do mercado em razão da diminuição, sobretudo, de leis ineficazes, principalmente ligadas à concorrência comercial, para

---

proporcionalidade, não retroactividade da lei, subsidiariedade – o que reforça o Estado de Direito Democrático e contribui de forma decisiva para a qualidade da lei. 3º) *A responsabilidade pelos efeitos da lei* Responsabilização do legislador pelos efeitos da lei, que se traduz na adopção de uma metodologia de preparação da lei que possibilite uma decisão objectiva e fundamentada (a avaliação de impacto assume aqui um papel fundamental). 4º) *A transparência do procedimento legislativo* Adopção de um procedimento de consulta aberto, claro, conciso e disponibilizando toda a informação necessária. 5º) *A acessibilidade da lei* Definição de regras de precisão, concisão, e inteligibilidade na redacção da lei; bem como a adopção de programas de simplificação e reorganização do *corpus legislativo*. 6º) *O desenvolvimento de programas de formação interdisciplinar na área da Teoria da Legislação* Elaboração de programas que cubram todo o *ciclo legislativo* dirigidos a juristas, mas também a economistas e especialistas em ciências sociais (a nível de formação quer académica, quer profissional). 7º) *A partilha de saber* Estabelecimento de contactos ao nível nacional e internacional com instituições que se dediquem a esta área de estudo visando uma partilha de informação e de conhecimentos. 8º) *A identificação de entidades dinamizadoras da política de legislação.* Definição de entidades responsáveis pelo desenvolvimento e controlo da política legislativa definida." Marta Tavares. *A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas.* Disponível em: ‹http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Marta_Tavares.pdf›.

[49] "Dentre os modelos de comunicação mais influentes nas últimas décadas, destaca-se o modelo criado em 1949 por Claude Elwood Shannon e Warren Weaver. Concebido como modelo matemático, tem por base a idéia de comunicação com uma "transmissão de sinais". Por isso ser conhecido também como "teoria da informação." […] Trata-se, portanto, da representação de um processo de transporte da informação de um ponto específico, o "ponto emissor", para um outro ponto, o "ponto receptor". Nos seus estritos termos, a informação, uma vez codificada em sinais por um emissor, seria transmitida através de um canal (designado mídia) para um receptor que processaria a sua decodificação. […] Todavia, apesar dos ganhos e da engenhosidade da representação, o modelo Shannon-Weaver tem sido submetido a objeções, tais como: a) Nele há redução excessiva da prática comunicativa à comunicação (Verbal); b) Sua composição é linear (mensagem e seqüência de sinais) quando a linguagem afigura-se em sua realização como mais rica do que isso. È em virtude das razões (a) e (b) que alguns autores afirmam haver nesse modelo forte caráter mecanicista.

Ciente da complexidade o ato comunicativo, lingüistas como Romam Jakobson têm ampliado essa proposta acrescentando a idéia de "contexto" e "contato" um uma organização mais detalhadamente delineada (Remetente – contexto/mensagem/código/canal – destinatário)." Adrián Sarbi. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 26, p. 6-31, jan/jun 2005.

o Brasil significa uma nova possibilidade de aumento de transformação social pelas Leis.

Esta nova prática e esta nova teoria são contemporâneas no sentido que superam a fase ideológica da lei como disputa da opressão e dos oprimido, e tomam a concepção da Lei como um instrumento puramente de atendimento aos princípios mercadológicos.

Não é somente uma questão de atender ao mercado, mas de que o atendimento dos interesses que não são mais ditos como públicos, mas assumidamente privados, seja feito com base nos princípios que regem o mercado. A modificação da compreensão das Leis é a nova pauta dos executivos mundiais interessados em melhorar o custo-benefício de seus investimentos.

A vertente da chamada maximização da segurança jurídica, que desfacela a maximização da justiça (*substantive justice*), é posta em prática. O que bem deve se olhar é que o Brasil neste contexto mundial não está inserido como paradigma de fortalecimento de seu mercado para si próprio, mas para a inserção da nova ordem legislativa e subsequente proveito pela globalização.

Temos que considerar esta nova teoria e prática da legislação como meio de reconhecermos nossos tantos erros com o trato das Leis. Devemos aproveitar a consolidação das Leis para uma formal efetivação de um sistema normativo mais coerente, mas também da socialização da justiça pelo simples e fácil acesso à compreensão das Leis.

## Bibliografia


Arendt, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. RJ: Forense, 1983.

Batalha, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Estudo do Direito*. RJ: Forense, 1986.

Batista, Roberto Carlos. "Antinomias jurídicas e critérios de resolução". *Revista de Doutrina e Jurisprudência* – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – nº 58 – set./dez. de 1998.

Boaventura, Souza Santos. *Pela mão de Alice*. SP: Cortez. 1995, p.170.

Bouzon, Emanuel. "Origem e Natureza das Coleções do Direito Cuneiforme". *Revista Justiça e História*. v.2. n. 3. 2002.

Cappelletti, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Proto Alegre: Fabris, 1998.

Chambliss, William. "On Law Making". *British Journal of Law and Society* 6.

Cristas, Assunção. "Legística ou a arte de bem fazer leis". *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006

Dahl. Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UNB, 2001.

Dalley, Jean Daniel. *Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004

David, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio Carvalho. SP:Martins Fontes, 2002.

Dezen Júnior. Gabriel, In: *O instituto da consolidação: panorama histórico, jurídico e político*. Disponível em: ‹http://www.almg.gov.br/publicacoes/consolidacaoleis/gabriel.pdf›. Acessado em: 15 de agosto de 2.007.

Dorbeck-Jung, Barbel. "Conceptualizing legisprudence; from legislation to responsive regulation". Trabalho apresentado na conferência anual de 1995 da EGPA – European Group of Public Administration.

Dotti, René Ariel. "Proposta para uma nova consolidação das Leis Penais". *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 32, 1999.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. SP: Atlas, 2003.

— Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. RJ:Forense, 2006.

Friede, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

Karpen, Ulrich. "La evaluación de las consecuencias de las leyes". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 2004.

Laraia, Ricardo Regis. Renan Lotufo (org.) *Cadernos de Teoria Geral do Direito*. "Sistema jurídico e antinomia de normas". Curitiba: Juruá, 2000.

Lorini, Giuseppe. "Incoerenza senza opposizione". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. n.º 03. vol. 72. julho-setembro. Roma: Giuffrè Editore. 1995.

Mendes, Gilmar Ferreira. "Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade": Algumas Notas. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Teoria.htm›.

Reale, Miguel. *Horizontes do Direito e da Historia*. 3ª ed. SP: Saraiva.

Reire, Natália de Miranda. *Técnica e processo Legislativo*. SP: Del Rey, 2002. P.85.

Rivera, José Rodríguez de. Antinomias. Disponível em: ‹http://sunwc.cepade.es/~jrivera/bases_teor/episteme/glosar_epistem/antinomia.htm›. Acessado em: 17 de fevereiro de 2.007.

Sarbi, Adrián. "Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido". *Direito, Estado e Sociedade* – v. 9 – n. 26 – p. 6 a 31 – jan/jun 2005

Schaeffer, Heinz. "Atualidades e perspectivas da ciência da legislação na Áustria". *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 153-164, jan./dez. 2007

Soares, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

— Santos, Letícia Camilo dos. *Learning to divide the law's contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation*. Disponível em: ‹http://www.eal2006.org/downloads/outlines/outline_camilo_dos_santos.pdf›.

Tavares, Marta. *A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas*. Disponível em: ‹http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Marta_Tavares.pdf›.

Veerman, Gert-Jan. *The learning legislator – some general remarks*. Disponível em: ‹http://www.eal2006.org/downloads/papers/Paper_Veerman.pdf›.

Weber, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4ª ed. Brasília: ed. UNB. 1998.

Wintgens, Luc J. "Coherence of the Law". *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 79. 1993.

Wright, Georg Henrik Von.Título original "Is there a Logic of Norms?", Tradução de Daniel Lagier. In "Six Essays in Philosophical Logic", *Acta Philosophica Fennica*, vol. 60, 1996.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 815-826, ISSN 1510-4974

**Juan Colombo Campbell (Chile)***

# La judiciabilidad de las cuestiones políticas

## RESUMEN

**Los conflictos constitucionales con ingredientes políticos, como todo conflicto de intereses de relevancia jurídica, deben resolverse a través de un debido, justo y oportuno proceso, a fin de evitar que se decidan por medio de la fuerza. En consecuencia, si un conflicto político está regulado por el derecho, sea en el ámbito constitucional o legal, puede y debe ser objeto de una decisión jurisdiccional emitida por un tribunal idóneo y capaz de enfrentar el ámbito de lo político con independencia. En fase de admisibilidad este debe determinar si el conflicto corresponde a la esfera de lo estrictamente político, en cuyo caso no debe intervenir, o si es de los que la propia Carta Fundamental ha contemplado dentro del ámbito jurídico constitucional. En este último caso debe decidirlo un tribunal constitucional, aunque por su naturaleza sea ajeno al ámbito en el cual se generó el conflicto. Es político el conflicto por decidir, pero no el tribunal que lo decide.**

**Palabras clave: jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, proceso constitucional, debido proceso legal, constitución política, Chile.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Verfassungskonflikte mit politischen Komponenten müssen wie alle rechtlich relevanten Interessenkonflikte mit Hilfe eines rechtmässigen, fairen und zeitlich angemessenen Gerichtsverfahrens gelöst werden, um gewaltsamen Entscheidungen zuvorzukommen. Wenn ein politischer Konflikt also durch gesetzliche oder Verfassungsbestimmungen geregelt ist, kann und muss er Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung sein, die von einem geeigneten und der politischen Sphäre gegenüber unabhängigen Gericht getroffen wird. Im Verlauf der Überprüfung der Zulässigkeit muss das Gericht feststellen, ob der Konflikt ausschliesslich politischer Natur ist – in diesem Fall darf es nicht eingreifen – oder ob er zu dem durch die Verfassung geregelten Rechtsbereich gehört. Sollte dies zutreffen, muss er von einem für Verfassungsfragen zuständigen Gericht entschieden werden, obwohl dieses aufgrund seiner Aufgaben ausserhalb der Sphäre arbeitet, von der der Konflikt ausging. So ist der zu entscheidende Konflikt zwar politischer Natur, das entscheidende Gericht ist jedoch nicht politisch.**

**Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Verfassungsprozess, rechtmässiges Verfahren, Verfassung, Chile.**

---

* Presidente del Tribunal Constitucional de Chile. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile. ‹tribunalconstitucional@tribunalconstitucional.cl›

**ABSTRACT**

**Any constitutional controversy with political components must be resolved, as will any legal material conflict of interests, by means of a due, equitable and timely process of law, in order to avoid any possibility that they might be settled through the use of force. Hence, if a political controversy falls under the rule of law, be it of a constitutional or legal nature, it can and must be subject to a jurisdictional decision by a competent court of law, capable to act with political independence. When examining an issue for admissibility, courts must determine whether the controversy is strictly political – in which case there should be no action – or whether the issue is one of those considered by the Constitution itself within the constitutional legal sphere. In this latter case, the issue must be resolved by a constitutional court, even if its nature belongs to an entirely different field. The controversy to be resolved is political, not the court which shall pass judgment.**

**Keywords: Constitutional jurisdiction, constitutional court, constitutional process, due process of law, political constitution, Chile.**

## 1. Introducción

Todo conflicto de intereses de relevancia jurídica, incluidos los constitucionales con ingredientes políticos, debe resolverse a través de un debido, justo y oportuno proceso, con el objeto de evitar que se decida por medio de la fuerza. Es por ello que si un conflicto político está regulado por el derecho, ya sea en el ámbito constitucional o simplemente legal, puede y debe ser objeto de una decisión jurisdiccional. Lo importante es que el tribunal que lo decida sea idóneo y en el cumplimiento de sus atribuciones sea capaz de enfrentar el ámbito de lo político con independencia. Debe determinar, en fase de admisibilidad, si el conflicto es de aquellos que corresponden a la esfera de lo estrictamente político, en cuyo caso no debe intervenir, o si, por el contrario, es de los que la propia Carta Fundamental ha contemplado dentro del ámbito jurídico constitucional. Partiendo de esta premisa, debe precisarse y declararse que son los tribunales constitucionales los que deben decidirlos, ejerciendo en plenitud su jurisdicción, no obstante ser, por su naturaleza, ajenos al sistema político en cuyo ámbito el conflicto se genera. Puedo afirmar enfáticamente en esta parte introductoria que lo político es el conflicto a decidir, pero no el tribunal que lo decide.

En este entorno me referiré a algunos aspectos de interés que dicen relación con el tema de la judiciabilidad de las cuestiones políticas. En primer término, podemos observar que la mayor parte del mundo en el siglo XXI ha establecido como su mejor forma de convivencia lo que se ha denominado *democracia constitucional,* que, como nos recuerda Michelangelo Bovero, debería su denominación a Luigi Ferrajoli y se conceptualiza como un entero sistema jurídico político que se encuentra *soldado,* soldadura que ha sido y es sometida a tensiones que deben terminar para que no se produzca el quiebre del sistema democrático. Para ello las Cartas Constitucionales han convocado a los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional.

La reciente obra de Pedro Salazar Ugarte *La democracia constitucional* contiene importantes elementos para quienes deseen profundizar este primer planteamiento. Pero debe siempre recordarse que fue Mauro Cappelletti, en su obra *La justicia constitucional,* quien caracteriza a la actividad del juez constitucional como de control, y no como interferencia o invasión en los poderes del Estado, con lo cual se excluye el planteamiento de parte de la doctrina que afirma que al judicializarse la solución de los conflictos políticos se estaría interviniendo o invadiendo en las funciones legislativas y administrativas y, por tanto, excediéndose en ese contexto el marco de la jurisdicción.

Los jueces constitucionales desempeñan su función para que se respeten las normas, los valores y los principios de la Constitución Política, tanto en el ámbito de la protección de las garantías individuales como en el ejercicio y límite de las funciones públicas. Estos órganos, junto con otros, como el Ministerio Público, los Bancos Centrales, la Contraloría General de la República, se perfilan cada día mas claramente como entes constitucionales autónomos destinados a cumplir tareas fundamentales en orden a lograr una democracia eficiente. Finalmente deseo expresar que comparto la opinión del maestro de México Héctor Fix Zamudio acerca de las transformaciones de la función jurisdiccional, que de una simple actividad mecánica de aplicación de la ley, de acuerdo con el criterio de la Revolución Francesa y la escuela de la exégesis, se ha convertido en una labor creativa, particularmente por lo que se refiere al juez constitucional, quien debe tomar en cuenta no solo el texto de las normas fundamentales, sino además los principios y valores de carácter constitucional, lo que le ha conferido la función política de establecer la interpretación final y definitiva de las propias normas constitucionales, lo que no altera en nada su naturaleza.

## 2. Los grandes principios que informan la justicia constitucional

Hoy existe una clara trilogía en que se entrelazan los conceptos de *Constitución, jurisdicción constitucional* y *debido proceso,* y puede decirse que los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad que las constituciones políticas deben necesariamente aprovechar, incorporándolos en sus textos y contemplando como su natural consecuencia un sistema jurisdiccional que los proteja, a través de un debido y justo proceso. El clásico derecho constitucional se ve así hoy reforzado con los mecanismos eficientes de protección que le proporciona el nuevo y vigoroso derecho procesal constitucional.

Las constituciones políticas modernas consagran derechos, principios, valores y bases del sistema jurídico normativo, el que, para ser eficaz, debe necesariamente contar con un mecanismo que resuelva jurisdiccionalmente los conflictos que se generan por su quebrantamiento formal o sustancial, aplicando por una parte directamente como norma decisoria la Constitución Política y por la otra interpretándola de manera que cumpla su misión de preservar una convivencia pacífica establecida por un Estado de derecho que descansa en la eficacia de su normativa constitucional.

Hoy observamos cómo el mundo civilizado en sus cartas básicas garantiza los derechos de las personas, regula sus relaciones con el Estado, distribuye el poder entre

los diversos organismos públicos creados por la Constitución e instaura un sistema jurisdiccional integral que protege y garantiza la eficacia real de sus disposiciones y valores.

En este contexto, resulta evidente que la ampliación del radio de la jurisdicción desempeña un nuevo papel trascendental al posicionarse como el medio idóneo que le permite decidir conflictos de constitucionalidad a fin de resguardar a través del debido proceso el Estado de derecho y la supremacía constitucional, principios fundamentales destinados a regir los destinos de cada país y los de sus habitantes, y a proteger a estos frente a cualquier tipo de quebrantamiento normativo o abuso de poder.

Es por ello que el profesor Louis Favoreu, en su trabajo sobre *Justicia y jueces constitucionales,* con toda razón afirma que el desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del derecho público del siglo XX, en el viejo mundo y quizás en el mundo entero, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Concluye que en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto, además de las tradicionales estructuras superiores que culminan con una corte suprema o un tribunal de casación, la existencia de un tribunal constitucional, como lo han hecho algunos países latinoamericanos, entre ellos Chile.

Esto es algo necesario en todo ordenamiento jurídico que se respete. En esta perspectiva, la Constitución así estructurada definitivamente se plantea como una norma decisoria litis de aplicación directa por el juez en la solución de todo conflicto constitucional sometido a su imperio. Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional.

También existe coincidencia académica en que en tal hipótesis toda Constitución impone la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional que garantice su cumplimiento efectivo y la plena observancia de sus normas y principios, y con un debido proceso que le permita ser efectiva.

En este entorno, el debido proceso se perfila como el medio con el cual culmina la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que, si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Como consecuencia de lo expuesto, postulo que *jurisdicción* y *proceso* son conceptos indisolublemente unidos y que no pueden subsistir el uno sin el otro. La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, eso lo inhibe para decidir un conflicto de intereses de relevancia constitucional con efecto de cosa juzgada.

La protección jurisdiccional de las disposiciones constitucionales por medio del proceso constituye así el mecanismo que le permitirá recuperar su eficacia real, en caso de producirse un acto de cualquier sujeto que las quebrante. La sentencia que lo decida se presenta como un acto natural que reivindicará la plena vigencia de la norma constitucional vulnerada con la presencia del conflicto.

Es aquí donde emerge la figura de su guardián, el Tribunal Constitucional, magistral creación de Kelsen destinada a garantizar la eficacia de la supremacía constitucional.

Calamandrei ha dicho muy bien que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real. Para comprender en su esencia estas nuevas opciones, recordemos que a partir de la Revolución Francesa, como consecuencia de la consagración del principio de separación de los poderes públicos, al sistema judicial le estaba vedado inmiscuirse en las atribuciones legislativas y administrativas. En consecuencia, los jueces carecían de jurisdicción para resolver conflictos constitucionales, y por ende no podían inmiscuirse en la solución de los conflictos político-constitucionales.

En efecto, para comprender la labor de los tribunales constitucionales en todo su espectro de competencia es bueno hacer un poco de historia, comenzando por precisar que a partir del siglo XIX se produjeron fenómenos importantes en la configuración de los sistemas jurídicos, que tendrían relevancia en la futura organización de la denominada *justicia constitucional* y que posteriormente culminarían en el establecimiento de los tribunales constitucionales, destinados a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental. De esta forma, a partir de entonces:

1. Se consagró en las Constituciones el principio de la soberanía nacional, cuyo ejercicio se entregó a poderes públicos separados e independientes, todos los cuales debían velar por la cabal eficacia de las garantías personales constitucionales.
2. Se estableció un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia real al cumplimiento de la ley, que se planteó como la máxima expresión de la voluntad soberana, concepción recogida en el derecho chileno por el artículo 1.º del Código Civil, vigente a la fecha.
3. En el ámbito de la aplicación de la Constitución norteamericana, por vía jurisdiccional, se elaboró dogmática y sistematizadamente el principio de supremacía constitucional, y a partir del fallo *Marbury contra Madison* la Corte Suprema asumió la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la vulneren.

   Dentro de toda la literatura jurídica derivada de esa histórica sentencia, cabe destacar una interesante ponencia de Gerardo Eto Cruz publicada en México, en el *Tratado de derecho procesal constitucional* coordinado por el profesor Eduardo Ferrer Mac Gregor. En él, esencialmente refiriéndose al tema que nos ocupa, el autor señala que ese fallo constata el principio básico de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el tribunal es el que debe elaborar la doctrina constitucional. El pensamiento del *chief justice* Marshall se puede resumir en lo siguiente: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. De esta forma, si se reconoce la primacía de la Constitución, se sigue necesariamente el control judicial de constitucionalidad de las leyes, por lo cual los jueces no deben aplicar las normas contrarias a la Constitución. A partir de entonces, por primera vez, la ley quedó sometida a control de constitucionalidad

4. Europa y el resto del mundo americano siguieron la tendencia opuesta, marcada por Francia: por una parte, el principio de separación de poderes impedía al juez eludir su absoluta sumisión a la ley y, por otra, la misma normativa, como expresión de la voluntad soberana, tenía un rol supremo y absoluto dentro del sistema de disposiciones, lo que excluyó la noción del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces.

Bosquejados los antecedentes históricos, puede agregarse que una Constitución, para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan. Esta misión es la encomendada al derecho procesal constitucional y así debe entenderse, más aún después de las reformas constitucionales del año 2005 realizadas en la Constitución Política, que dejaron fuera de foco las discusiones en torno al origen de la preceptiva constitucional chilena.

Como sentenció el juez Marshall, la Constitución es "la ley suprema y soberana de la Nación", y un acto incompatible con su normativa es nulo. Sobre esta decisión los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido *rejuridificada,* en el sentido de que se la considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Hoy la Constitución es una norma efectiva que prevalece por sobre las de rango inferior, ordenando el funcionamiento del Estado y amparando efectivamente las garantías personales, en tanto norma de aplicación inmediata y decisoria litis en la decisión de conflictos dentro del ordenamiento institucional, aplicable direc tamente por los jueces.

Otro antecedente que deseo destacar es que, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, Hans Kelsen planteó la creación de un tribunal autónomo con jurisdicción para aplicar directamente la Constitución, concepto que logró plasmar en la carta austríaca de 1920.

El proceso histórico que devino en la Segunda Guerra Mundial y la crisis del sistema democrático llevó a que las tendencias políticas dominantes fueran, por una parte, la influencia del nacionalsocialismo alemán y, por la otra, la versión soviética del marxismo, en las cuales el constitucionalismo y la protección de los derechos mínimos del ser humano no tenían cabida. En este período, la autotutela recuperó su puesto como la forma natural de solución de conflictos políticos.

Terminada la guerra, y con las naciones enfrentadas a la necesidad de su reconstrucción jurídica y física, para solucionar lo primero resurgió con vigor el movimiento constitucional, que en la mayor parte de los países de Europa se vio reflejado en las nuevas constituciones, como fue el caso de Italia y posteriormente los de Alemania, Austria, Bélgica, Francia y, a fines del siglo, España y Portugal. Estas constituciones de posguerra, a diferencia de las anteriores, crearon, siguiendo el modelo kelseniano, un sistema jurisdiccional de protección de sus normas, principios y valores, y entregaron

su custodia entregaron a tribunales constitucionales, cuyas competencias y régimen de integración emanan directamente del constituyente originario.

Estos tribunales, como se ha dicho, están destinados a proteger jurisdiccionalmente la estructura del régimen democrático; deben velar por que los órganos públicos limiten el ejercicio de su poder en las áreas de su competencia y dar eficacia y aplicación a los derechos fundamentales.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de la guerra, hasta el punto de que hoy un régimen democrático no es concebible sin una constitución normativa que lo ampare, y estas no son tales sin tribunales que las resguarden, pues carecerían de eficacia al no existir órganos que resuelvan conflictos relacionados con ellas.

## 3. El ingrediente político del proceso constitucional

A pesar de la afirmación válida acerca de la naturaleza jurisdiccional de la competencia de los tribunales constitucionales, no es posible negar la existencia de un ingrediente político en la función que estos desarrollan, pero este elemento no deriva, como se afirma en ocasiones, de la naturaleza de los órganos que designan a los miembros de estos tribunales o les asignan sus atribuciones, sino que constituye un factor conscientemente vinculado al concepto de justicia constitucional que deriva del significado de la competencia que asume el tribunal al operar en el ámbito de los conflictos constitucionales. En efecto, la función del tribunal constitucional es la defensa de un orden constitucional concreto, específico, que es el articulado en una constitución también determinada, que en cada caso es la vigente y que se llama precisamente *Constitución Política.*

Concuerdo, por lo tanto, en que toda constitución es una norma jurídica con un significado político incuestionable, el cual refleja los principios y valores constitucionales que en ese texto han expresado unas fuerzas políticas concretas que son las que, vinculadas al pueblo, han integrado el poder constituyente en un momento histórico concreto y han elaborado materialmente la constitución. A propósito de este importante elemento del proceso constitucional viene a mi memoria el juez norteamericano Joseph Caldwell, quien al referirse a las cartas constitucionales señaló que una constitución es el esfuerzo de un pueblo por dejar escrito su espíritu sustantivo.

En definitiva, la constitución es un acto normativo cuyo carácter político es especialmente pronunciado. De allí la inexcusable conexión de todo tribunal constitucional con esos principios y valores específicos cuya primacía debe garantizar, ya que en caso contrario su función no tendría sentido. No obstante, todo ello en nada altera la naturaleza de la función jurisdiccional que ejerce.

Ya en 1977 Sergio Cotta ponía de relieve la labor político-jurídica de los jueces constitucionales, al plantear que la libertad, la propiedad y la tutela de los bienes sustanciales tienen protección política.

El pensamiento de Pablo Dermizaky demuestra claramente el carácter jurídico-político de la justicia constitucional, lo que, a su juicio, explica su relevancia y complejidad.

Esta relación directa entre justicia y política determina la naturaleza pública de su jurisdicción, que erige a los tribunales constitucionales en árbitros de cuestiones de Estado y de poder.

Este especial ingrediente de la jurisdicción constitucional también lo destaca González Pérez al señalar que ella tiene matices políticos, pese a que siempre asume una problemática jurídica, y por eso es saludable confiarla a un órgano especial. Concluye que la jurisdicción constitucional se perfila como el primero y más importante de los requisitos procesales para conocer en los procesos constitucionales.

De igual forma, Oscar Alzaga nos recuerda que constituye deformación natural del formalismo jurídico el negarse a tomar en consideración los aspectos metajurídicos que influyen en la creación, la configuración y el funcionamiento de las instituciones jurídicas, y, sin embargo, el mejor realismo aconseja contemplar desde la atalaya del derecho constitucional cuantos aspectos políticos subyacentes ejercen influencia en la composición y en la dinámica práctica de las instituciones y órganos que crean y regulan las constituciones políticas. Esto lo expresa a propósito de lo que denomina "la vertiente política del Tribunal Constitucional".

Por último, resulta interesante recordar nuevamente a Hector Fix Zamudio, en cuanto considera que los tribunales constitucionales ejercen una jurisdicción política pero de carácter técnico, ya que, como lo ha sostenido la doctrina, lo político y lo jurisdiccional no son excluyentes entre sí, en virtud de que la gran trascendencia política de las cuestiones directamente constitucionales no significa que estas no puedan sujetarse a criterios de derecho y a formas jurisdiccionales, ni que los mencionados tribunales no actúen con independencia respecto de los otros organismos de poder del Estado.

Pero, más allá de estos matices, la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes deja de ser un control jurisdiccional para ser un control político y que el tribunal constitucional deja de ser una jurisdicción para politizarse fue descartada en el caso más emblemático, el del Conseil Constitutionnel Francés, creado por el constituyente con el único fin de vigilar al Parlamento, con una composición exclusivamente política y ejerciendo un control a priori, considerado propio de las instituciones políticas. Cuando este organismo festejó su trigésimo aniversario ya no se discutía su función jurisdiccional.

Esta posición la resume Pierre Bon, en su trabajo "El Conseil Constitutionnel Francés y el modelo de las cortes constitucionales europeas", y la confirma Franck Moderne en "El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea", en que concluye:

> La gran mayoría de los autores franceses admiten hoy la naturaleza jurisdiccional del control previo de constitucionalidad: no se discute más el papel de juez desempeñado por el Consejo Constitucional.

Además, concuerdo plenamente con la posición que sostiene mi estimado amigo Humberto Nogueira, en cuanto a que la jurisdicción constitucional es una de las

expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizado y jurídico, que constituye una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado, y que, por tratarse de un control jurídico, es siempre un control interórganos que hace efectiva la supralegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

Que el orden sea objetivo significa que existe un orden normativo preexistente, que la valoración del objeto sometido a control está basada en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado.

Que el control sea necesario implica que el órgano debe ejercerlo cuando le sea solicitado, y si del resultado del control resulta la infracción, el órgano debe emitir en su fallo la sanción, sea la anulación o la inaplicación de la norma o el acto controlado, según el caso. Los órganos que ejercen el control jurídico son aquellos verificadores de limitaciones preestablecidas, y que, como señala Manuel Aragón, "no mandan, sino que solo frenan".

En definitiva, político es el conflicto y no el tribunal que lo resuelve.

## 4. Algunas reflexiones finales

En mérito de todo lo brevemente expuesto, debe concluirse que la jurisdicción constitucional constituye evidentemente un principio informador general e indispensable del debido proceso constitucional.

En primer término, debe precisarse que la competencia de los tribunales constitucionales limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad y en la competencia específica que tiene para decidir en el caso concreto.

En relación con la aplicación de este principio, se trata ahora de precisar dos elementos fundamentales de la justicia constitucional, referidos especialmente a la solución de conflictos de constitucionalidad entre poderes públicos, los que se generan normalmente por extralimitación de funciones.

El primero es pragmático y hay que examinarlo a la luz de los principios que se refieren a la competencia y las atribuciones de la autoridad, que en Chile encuentran su sustento en la aplicación de los artículos 6.º y 7.º de la Constitución, en conexión con los demás que fijan las atribuciones de los órganos públicos.

Los citados artículos señalan:

> Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.
>
> Artículo 7º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad

> o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
>
> Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

En definitiva, un primer tema es la competencia asignada a cada poder por la Constitución y su usurpación por otro, lo que genera automáticamente un conflicto de constitucionalidad que debe ser resuelto por un tribunal constitucional, ya que para ello han sido establecidos.

El segundo deriva de la eventual invasión que el tribunal constitucional pueda hacer a las competencias de los órganos públicos sometidos a su control, en áreas que son del resorte privativo de cada autoridad y que se identifican con el mérito del acto impugnado.

Esto último se traduce en que los tribunales constitucionales, a los que se aplican los artículos 6.º y 7.º transcritos, en el ejercicio de su jurisdicción deben ser extremadamente cuidadosos en no invadir las atribuciones exclusivas de los poderes públicos que se identifican con su función preferente, lo que se materializa en la decisión acerca del mérito de los actos sometidos a su jurisdicción, por lo cual al resolver deben limitarse a determinar si estos infringen o no la preceptiva constitucional, sin entrar por esa vía a sustituir la esfera privativa de atribuciones de los otros órganos cuyos actos controla.

Lo segundo apunta al ámbito de la competencia específica del tribunal, que constituye un elemento esencial para que la solución del conflicto sea eficaz. En virtud de este principio, abierto el proceso, ya sea a petición de parte o de oficio, el tribunal radica y luego fija su competencia específica, de la cual no podrá salirse en la sentencia que dicte al decidir el conflicto, como tampoco podrá invadir el mérito de la norma impugnada, que es de la competencia privativa del órgano del que emana.

Este ingrediente funcional resulta trascendente en el control de constitucionalidad, en que debe precisarse con claridad la competencia del tribunal para evitar vicios de extra o ultra petita.

A propósito de la invocación de este principio, debe tenerse presente que en ningún caso este limita la aplicación por el tribunal de disposiciones constitucionales no invocadas en el proceso por los sujetos legitimados. Esto explica las diferencias entre los principios del debido proceso común y el debido proceso constitucional, en atención a los márgenes de la competencia específica de cada uno. Mientras que el primero está constreñido a las normas de interpretación entregadas por la ley, el segundo emplea los principios de hermenéutica constitucional que le proporciona la doctrina del ramo.

## 5. Conclusiones

1. El proceso constitucional, al aplicar directamente la constitución como norma decisoria litis, restringe su competencia a lo que la constitución dispone, y en consecuencia limita sus facultades en el mérito de la norma impugnada, materia que, como quedó

demostrado, es privativa de los órganos políticos que la decidieron. El mérito del proceso y sus límites constituyen principios básicos en la justicia constitucional. Ello permite diferenciar lo jurídico de lo político.

2. El tribunal constitucional es el único capacitado, por la función intrínseca que desempeña, para determinar los límites de los poderes públicos y autolimitar su ámbito de actuación propio, como consecuencia de ser el intérprete supremo de la constitución.

Debe destacarse que un primer tema es la competencia asignada a cada poder por la constitución y su usurpación por otro, lo que genera automáticamente un conflicto de constitucionalidad, que debe ser resuelto por un tribunal constitucional, ya que para ello han sido establecidos.

El segundo, deriva de la eventual invasión que el tribunal constitucional pueda hacer a las competencias de los órganos públicos sometidos a su control, en áreas que son del resorte privativo de cada autoridad y que se identifican con el mérito del acto impugnado.

Esto último se traduce en que los tribunales constitucionales, en el ejercicio de su jurisdicción, deben ser extremadamente cuidadosos en no invadir las atribuciones exclusivas de los poderes públicos que se identifican con su función y que se traducen en la decisión acerca del mérito de los actos sometidos a su jurisdicción, por lo cual deben limitarse a resolver si estos infringen o no la preceptiva constitucional, sin entrar por esa vía a sustituir la esfera privativa de atribuciones de los otros órganos cuyos actos controla.

3. La interpretación hecha reflexivamente por el juez constitucional para resolver el conflicto tiene efectos generales sobre la sociedad que finalmente moldean la estructura social y se efectúa de acuerdo con los principios de hermenéutica constitucional expuestos.

Debe tenerse muy en cuenta que el tribunal constitucional es el intérprete oficial supremo y final de la constitución. Ello permite que, por la vía de la hermenéutica, la constitución perdure y se proyecte, es decir que no quede anticuada o petrificada, lo que se logrará en la medida en que los conceptos abstractos que contiene puedan ser redefinidos aplicándolos o adaptándolos a las exigencias de la realidad de cada día.

4. Todo proceso constitucional debe ganarse el nombre de *debido* y el apellido de *justo.* Este es el debido y justo proceso que los jueces constitucionales anhelamos idealmente como elemento indispensable para la decisión de los conflictos sometidos a la decisión de la justicia constitucional.

5. Finalmente, en el marco de lo expuesto podemos decir que no hay una judicialización de los conflictos políticos. Si por *judicialización* se entiende la posibilidad de resolver los conflictos constitucionales, ello es efectivo, mas debe descartarse la posibilidad de que los tribunales se arroguen atribuciones de carácter político que la constitución tiene precisamente asignadas a los operadores competentes en el sistema. En consecuencia, para precisar cuándo un tribunal constitucional puede intervenir debe considerarse lo siguiente:

a. Determinar cuál es el conflicto que se ha generado.
b. Establecer su naturaleza, o sea, si los efectos que produce están o no regulados por una norma jurídica y en este orden pueden existir conflictos legales y constitucionales. Solo cuando el conflicto es constitucional puede entrar a la órbita de la jurisdicción constitucional.
c. No obstante, la competencia de los tribunales constitucionales es de derecho estricto —no residual—, y por lo tanto debe existir un texto expreso que otorgue competencia al tribunal para decidir un conflicto de estas características, como ocurre claramente en Chile con el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y con el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de cualquier ley vigente.
d. En consecuencia, solo cuando se cumplen los presupuestos antes mencionados el tribunal, haciendo uso de su jurisdicción, ejerce su poder, pero también asume el deber de hacerlo en virtud de la regla de la inexcusabilidad que lo convoca a mantener en sus sentencias la estabilidad institucional y el pleno cumplimiento de las disposiciones, los principios y los valores consagrados por la Constitución Política que está destinado a hacer cumplir.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 827-844, ISSN 1510-4974

**J. Alberto del Real Alcalá (España)***

# Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado constitucional

## RESUMEN

**El punto de partida de este artículo es el supuesto tan habitual de que la población que habita nuestros Estados constitucionales presente heterogeneidad cultural. En este texto pretendo dar cuenta de la fundamentación que es susceptible de sustentar a los dos grandes "criterios de gestión" que se están empleando para administrar desde las instituciones y la Constitución dicha diversidad: el uniculturalismo y el multiculturalismo. Criterios que representan dos formas distintas de concebir las relaciones del Estado Constitucional de Derecho con la sociedad civil y particularmente con los grupos étnicos/culturales (mayoritarios o en minoría) que esta contiene. En el texto se analizan las clases de respuesta colectiva que uniculturalismo y multiculturalismo irradian a la población cuando emerge el "reconocimiento" social y constitucional de la pluralidad cultural de la sociedad civil, así como las actitudes específicas que cada uno de ellos engendra si irrumpe el conflicto cultural.**

**Palabras clave:** **Estado de derecho, conflicto cultural, ideologías culturales, comunidades culturales, historicismo.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Ausgangspunkt dieses Artikels ist die übliche Annahme, dass die Bevölkerung auf dem Gebiet unserer Verfassungsstaaten kulturell heterogen sei. Im vorliegenden Text beabsichtige ich, auf die möglichen Begründungen für die beiden wichtigsten "Managementkriterien" einzugehen, die auf institutioneller und Verfassungsseite bei der Beschäftigung mit dieser Vielfalt zur Anwendung kommen: Monokulturalismus und Multikulturalismus. Diese Kriterien stehen für zwei unterschiedliche Formen des Verhältnisses des Verfassungsstaates zur Zivilgesellschaft und besonders zu ihren ethnischen und kulturellen Gruppen (Mehrheiten und Minderheiten). Der Text untersucht die verschiedenen kollektiven Antworten, die Monokulturalismus und Multikulturalismus der Bevölkerung vermitteln, wenn es um die gesellschaftliche**

* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada (España). Premio Extraordinario de Doctorado. Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho en la Universidad de Jaén (España). Numerosas publicaciones como especialista en las relaciones entre culturas/identidad-colectivas y sistema jurídico. ‹http://www4.ujaen.es/~adelreal›, ‹adelreal@ujaen.es›

**und verfassungsmässige "Anerkennung" der kulturellen Vielfalt der Zivilgesellschaft sowie um ihre spezifische Positionierung bei Ausbruch eines kulturellen Konflikts geht.**

**Schlagwörter: Rechtsstaat, kultureller Konflikt, kulturelle Ideologien, kulturelle Gemeinschaften, Historismus.**

**ABSTRACT**

**The starting point of this paper is the usual assumption that the population of our constitutional States is culturally heterogeneous. This text is intended to lay down the grounds sustaining the two "management criteria" being used by institutions and Constitution to manage such diversity: uniculturalism and multiculturalism. They represent two different ways to conceive the relations of the Constitutional rule of law with the civil society and particularly with ethnic/cultural groups (either majority or minority groups) within society. The categories of collective responses of uniculturalism and multiculturalism to society, when the cultural plurality of the civil society is socially and constitutionally "recognized", are discussed; and also the specific attitudes provoked by uniculturalism and by multiculturalism when either of them burst into a cultural conflict.**

**Keywords: Rule of law, cultural conflict, cultural ideology, cultural communities, historicism.**

## 1. Introducción

La pluralidad cultural de las sociedades contemporáneas es un fenómeno cada vez más consolidado. Su revés, el valor de la homogeneidad que ha caracterizado —o ha tratado de caracterizar— a los Estados hasta hace relativamente bien poco se ha ido diluyendo progresivamente o, en todo caso, necesariamente flexibilizándose ante aquel fenómeno a fin de evitar la contienda cultural. Pero a veces el conflicto cultural emerge. Y puede hacerlo en las más diversas formas de expresión (lingüística, religiosa, étnica, de clases, jurídica, manifestación deportiva…). Eso suele ocurrir cuando la diversidad cultural como "hecho social" y la homogeneidad como "valor institucional" pretendido se hacen manifiestamente incompatibles. De hecho, cuando el conflicto cultural aparece de esta manera, lo hace muy a menudo como una colisión entre la sociedad civil y el Estado. El uniculturalismo y el multiculturalismo son los dos grandes criterios utilizados para gestionar la diversidad de nuestras sociedades contemporáneas. Desde el final del siglo XX y en estos inicios del siglo XXI numerosos textos constitucionales se encuentran transitando de uno a otro, no sin grandes dificultades.

Abordaré el uniculturalismo en la sección 2 y el multiculturalismo en la sección 3. En la 4, de conclusiones, advertiré de algunos de sus efectos más relevantes según la forma en la que dichos criterios conciben las relaciones entre la cultura y el Estado constitucional y, por consiguiente, entre la comunidad cultural y el derecho.

## 2. Uniculturalismo: el ideal de la comunidad cultural única

Aunque la población del Estado sea culturalmente heterogénea, el uniculturalismo la reduce a una única "comunidad cultural" y se niega a reconocer cualquier otro tipo de manifestaciones culturales. La exclusión de otros bienes culturales que pugnan por alcanzar relevancia social e institucional puede llevarse a cabo de dos modos: un modo más directo es la represión cultural mediante el uso de la violencia, y un modo más sutil es su invisibilización social. Pues bien, el uniculturalismo, a fin de instaurar y conservar una única comunidad cultural para toda la población del Estado, emplea una de estas dos formas de exclusión o a veces ambas. Su ideal de comunidad cultural única tiene la pretensión de imponer una determinada jerarquía de valores y bienes culturales que impregnen de unas particulares características a todo el conjunto de la sociedad civil. Los responsables públicos y los legisladores que lo asumen lo saben y buscan por eso ese resultado social.

Historicismo sustancialista, organicismo y holismo, objetivismo, no neutralidad y conservadurismo ante el conflicto cultural, autoritarismo cultural desde las instituciones (Estado) y comunidad cultural obligatoria para con los ciudadanos configuran algunos de los rasgos significativos que definen al uniculturalismo como criterio de gestión pública en los supuestos de sociedades no homogéneas. Veamos en qué consisten:

### 2.1. Historicismo cultural (sustancialista)

El uniculturalismo lleva a distinguir en la población, antes o después, explícita o implícitamente, entre la comunidad cultural histórica, identificada con aquella que tradicionalmente ha soportado la estructura cultural del Estado, y el resto de culturas con presencia en el conjunto de la población pero a las que estima sin historia relevante en virtud de no haber sido parte habitual de esa base cultural estatal. Ténganse en cuenta aquí tanto los supuestos de las culturas emergentes —recientes— como también los de aquellas culturas que, pese a ser tradicionales, han sido invisibilizadas por las instituciones uniculturales. En todo caso, de aquella distinción surge la posición del uniculturalismo a favor del historicismo (cultural), cuyos esquemas emplea para identificar a la única comunidad cultural que reconoce en el Estado.

El historicismo cultural se manifiesta en la creencia de que la comunidad cultural que tiene una auténtica tradición histórica constituye un entramado de significados y valores propios —denominados sintéticamente *espíritu del pueblo* en la cultura alemana— que son expresión de una especifica singularidad colectiva, esto es, de un pueblo histórico.[1] Sus características más determinantes consisten en un conjunto de bienes culturales relevantes conformados como tales a lo largo de la historia de la comunidad, sea el caso de la lengua, la literatura, la etnia, el arte, la religión, las instituciones, el derecho, etcétera. El derecho, pues, aparece también como un bien cultural específico.

[1] Cf. G. G. Iggers: *La ciencia histórica en el siglo XX. Las tendencias actuales*, traducción de C. Bieg, presentación, adaptación y revisión científica de F. Sánchez Marcos, Barcelona: Idea Books, 2.ª ed., 1998, p. 40.

Las reglas del derecho son consideradas parte del proceso general de la comunidad cultural.[2] También las instituciones son contempladas como una manifestación sustancial del espíritu del pueblo. Desde esta clase de lógica, la comunidad cultural histórica llegará allí adonde lleguen sus instituciones (el Estado). Esto quiere decir que toda la población que alcance el Estado es, o debe ser, la misma comunidad cultural. Como es conocido, la idea de unión entre esencia cultural e instituciones como expresión del espíritu (o convicción común) del pueblo[3] fue un legado de la escuela histórica del derecho.[4]

Pero el uniculturalismo no solo asume el historicismo. Acoge al historicismo esencialista, que particulariza en una cultura única cuando se encuentra ante supuestos de sociedades no uniformes que amenazan una determinada hegemonía cultural. Solo la lógica de hacer descansar la comunidad cultural en algún tipo de esencia suficientemente metafísica o semimetafísica tiene suficiente fuerza excluyente de cualquier otra manifestación cultural. Únicamente un argumento intelectual según el cual los bienes culturales de la comunidad histórica constituyen sus fuerzas más íntimas, esto es, su alma y su espíritu inmodificable, natural, esencial (como, por ejemplo, a menudo la lengua) lleva a desembocar en el ideal de la comunidad cultural única. Conservar la comunidad cultural frente a los bienes culturales extraños, a fin de no adulterar ni de diluir su esencia histórica, será, pues, uno de los objetivos buscados por el uniculturalismo. Posiblemente un precedente del historicismo cultural sustancialista pueda encontrarse en la idea de Johann Gottfried Herder de que la comunidad cultural nacional se identifica con el ámbito "natural" del ser humano,[5] y el ámbito del Estado, como lo artificial, debe estar en correspondencia con la comunidad cultural natural. Una idea particularista semejante se advierte asimismo, por ejemplo, en los historiadores alemanes del siglo XIX —es el caso de Leopold von Ranke[6]— y también es recogida en el siglo XX por historiadores del Estado como Friedrich Meinecke,[7] en contraste con el universalismo cosmopolita de Immanuel Kant.[8] Los esquemas intelectuales del

---

[2] R. Stammler: "Sobre el método de la teoría histórica del Derecho", en Savigny, Eichorn, Gierke y Stammler: *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, traducción de Rafael Atard, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 218. El derecho pasa a ser un producto "histórico" de la vida común humana, su nacimiento y modificación son parte del proceso general de la cultura, y su estado actual se determina por la mutua interacción entre su fuerza ordenadora y las fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social.

[3] Cf. F. C. V. Savigny: "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho", en Thibaut y Savigny: *La codificación*, introducción y selección de textos de Jacques Stern, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970, pp. 47-169.

[4] Sobre el historicismo jurídico, cf. A. E. Pérez–Luño: "El legado doctrinal de la escuela histórica del Derecho", en *Annaeus, Anales de la Tradición Romanística*, vol. 1, Sevilla: Tébar, 2004., pp. 239–259.

[5] J. G. Herder: "Otra filosofía de la historia", en ídem: *Obra selecta*, Madrid: Alfaguara, 1982, pp. 295–296.

[6] Cf. L. v. Ranke: *Pueblos y Estados en la historia moderna*, versión y estudio de G. P. Gooch, México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

[7] F. Meinecke: *El historicismo y su génesis*, traducción de J. Mingarro y San Martín y T. Muñoz Molina, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 305-378.

[8] Cf. J. A. del Real Alcalá: "Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke", en Castro, Contreras, Llano y Panea (eds): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el*

historicismo sustancialista se muestran, por tanto, en buena medida como uno de los sustentos más sólidos del uniculturalismo.

## 2.2. Organicismo y holismo culturales

El organicismo de la comunidad cultural única es otra característica que define al uniculturalismo. El argumento organológico proporciona al uniculturalismo un hilo conductor de todos los momentos de la comunidad cultural a modo del relato de un organismo vivo. A través de este argumento, el uniculturalismo trata de reaccionar contra la "intromisión" de nuevas culturas en la población del Estado. El organicismo configura a la comunidad cultural como una individualidad "orgánica" y lo hace concibiéndola tanto a veces desde un punto de vista teocéntrico como desde una óptica antropocéntrica. La esencia de la comunidad cultural como comunidad orgánica es "poseer vida propia y existir en la ilimitada comunidad de vida de sus miembros", haciendo de ella una comunidad duradera.[9] De hecho, la "característica esencial de los ligámenes comunitarios es el ser tan universales como la vida misma y el derivar sus fuerzas no del exterior sino del interior".[10] La comunidad cultural orgánica se conforma como un cuerpo "cerrado" desde el momento en que no le es posible conservarse ni actuar con elementos ajenos (de otras culturas). Como en función de que constituye un cuerpo orgánico "cerrado" debe rechazar todo aquello que le es extraño, de ahí resulta una comunidad holista. Este tipo de fundamentación organicista se advierte en la reflexión de Ferdinand Tönnies sobre la comunidad, y ya en las siguientes palabras se hace notar: "el ser humano ordinario —a la larga y en el común de los casos— se siente mejor y más satisfecho cuando se encuentra […] entre los suyos [*chez soi*]" en virtud de que las "ligaduras afectivas" típicas de la comunidad se originan en el parentesco, cuya sede es el hábito o la costumbre que nace de la comunidad de la tierra natal.[11]

Desde esta perspectiva, la comunidad cultural orgánica descansa necesariamente en la armonía colectiva consecuencia de la "expresión psicológica de la relación de sangre" en la que aquella trata de apoyarse a menudo.[12] En razón de su holismo, persigue asimismo que los individuos encuentren la plenitud existencial/vital, a modo de "sentido de la vida", en la misma idea de comunidad.[13] A este respecto, la comunidad cultural orgánica aspira a representar el ideal de "vida como totalidad".[14] El organicismo y el holismo de la comunidad cultural única por la que aboga el uniculturalismo

---

*bicentenario de su muerte,* 2.ª edición revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farell, Sevilla: Grupo Nacional de Editores, 2004, pp. 307-340.

[9] F. Tönnies: *Comunidad y asociación*, traducción de J. F. Ivars, con la colaboración técnica de S. Giner, prólogo de L. Flaquer y S. Giner, Barcelona: Península, 1979, p. 255.

[10] Ibídem, p. 231.

[11] Ibídem, pp. 35 y 40.

[12] Ibídem, pp. 47, 48 y 250.

[13] Meinecke: o. cit., pp. 305-378.

[14] Tönnies: o. cit., p. 273.

la hace aparecer a menudo como "comunidad natural" determinada por los vínculos afectivos generados por el parentesco, la tierra natal (Heimat) y la memoria.[15]

## 2.3. Objetivismo cultural

Afirmar la "objetividad" de la comunidad cultural es predicarla de alguno o algunos de los bienes culturales que la caracterizan. La objetivación de la comunidad cultural (o de sus bienes culturales) se traduce en considerar que no es o no son susceptibles de exponerse a la discusión pública, esto es, al criterio de la regla de la mayoría, ni de acomodarse o limitarse a los derechos de las minorías culturales. La principal consecuencia de concebir a los bienes culturales como datos objetivos y atemporales es que muestran a la comunidad cultural como una "comunidad natural", excluida de las decisiones libres de los individuos. Esto es lo que pretende el uniculturalismo cuando objetiviza bienes culturales, tales como la historia,[16] o las "fronteras naturales",[17] o la religión,[18] o la lengua,[19] o la raza, o los vínculos de sangre, o la etnia,[20] que aparecen entonces como bienes metafísicos, perennes, irrenunciables e indisponibles por los individuos, e indiscutibles en cualquiera sus aspectos y contenidos. Esta clase de objetivación se puede advertir en la noción de comunidad objetiva de F. Meinecke, para quien el objetivismo de la comunidad cultural lo proporcionan sobre todo la consanguinidad y la territorialidad, a los que concibe bienes culturales significativos de la comunidad cultural nacional. Desde su óptica, el fondo natural se deduce de la consaguinidad,[21] y asimismo, la territorialidad, que es además la "premisa para el desarrollo posterior [de la comunidad cultural natural] como una nación".[22]

En definitiva, el naturalismo cultural, el historicismo esencialista, el organicismo y el holismo que predica a menudo el uniculturalismo de la comunidad cultural única lleva a considerarla como unidad de vínculos de parentesco[23] a partir de una comunidad

---

[15] Ibídem, p. 255. Acerca de las características del concepto de comunidad como unidad de vínculos de parentesco, véanse las pp. 27, 47, 48, 117, 190, 229, 241, 246, 247, 250, 271 y 272.

[16] La historia como dato que objetiviza la comunidad ha sido explicada por E. Renan: *¿Qué es una nación?*, traducción española, estudio preliminar y notas de Andrés de Blas Guerrero, Madrid: Alianza, 1987, pp. 68-70.

[17] Se ha referido a ello Renan: ibídem, pp. 80-81.

[18] La idea religiosa como bien cultural puede verse ibídem, pp. 78 y 80.

[19] La lengua es uno de los más típicos bienes culturales, tal como nos muestra Renan: ibídem, pp. 77 y 78.

[20] También son tenidos en cuenta por Renan: ibídem, pp. 60 y 70-71.

[21] F. Meinecke: *Weltbürgertum und Nationalstaat* [1907], Múnich: Oldenbourg, vols. I y II, 6.ª ed., 1922; traducción italiana por la que cito, ídem: *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, traducción de A. Oberdorfer de la 6.ª ed. alemana de 1922, v. I, Florencia: La Nuova Italia, 1975, pp. 1-2.

[22] F. Meinecke: *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, vol. I, cit., p. 2 añade: "También existen pueblos nómadas, localmente dispersos, pero la experiencia enseña que han sabido ganar y conservar mayor consistencia y más rico contenido solamente aquellos pueblos que han tenido por largo tiempo una sede fija, una patria".

[23] Según Tönnies (o. cit., p. 33), el origen común de esta condición natural es la "cohesión" de vida en virtud del nacimiento por el que las voluntades humanas se entrelazan entre sí a causa de las relaciones físicas, entre madre-niño, marido-mujer y entre hermanos, que son las tres relaciones de parentesco de mayor fuerza.

de sangre, de tierra natal y de memoria o creencias.[24] Y en todos estos casos la objetivación de la comunidad cultural a través de sus bienes culturales más representativos es otra de las ideas en las que descansa el uniculturalismo.

## 2.4. No neutralidad y conservadurismo cultural

El uniculturalismo entiende las relaciones interculturales en la sociedad civil como relaciones conflictivas, a modo de lucha cultural permanente en la que unos bienes culturales tratan de negar e imponerse a los otros. Ante el conflicto cultural permanente, la posición del uniculturalismo no es de neutralidad. Por el contrario, el uniculturalismo toma partido por una determinada y específica cultura y por los bienes culturales que la singularizan: aquella comunidad cultural que ha elegido para considerar "comunidad cultura única" en oposición a todas las demás que pueden advertirse en la población del Estado. Está claro que el uniculturalismo no acepta la irrupción contemporánea de la diversidad cultural en las antiguas sociedades que siempre estimó homogéneas. Y aunque el surgimiento de minorías culturales que adquieren conciencia colectiva o el de nuevos habitantes que se incorporan coyuntural o permanentemente a la población del Estado (por ejemplo, contemporáneamente a causa del fenómeno migratorio,[25] pero también por otros factores: desplazamientos por motivos económicos, guerras, epidemias, catástrofes naturales, etcétera) son fenómenos sociales innegables, el uniculturalismo sigue manteniendo sus pretensiones de homogeneidad social y su ideal de comunidad cultural única.

Por esta circunstancia a menudo aparece vinculado a una mirada nostálgica hacia un pasado cultural mitificado, que contempla como uniforme, al que pretende relegitimar en el tiempo contemporáneo aun cuando este se define en mayor medida por el contraste cultural. Se trata, por tanto, de un criterio de gestión social "conservador",[26] nostálgico del antiguo ideal de la uniformidad cultural ya diluida en la actual sociedad civil, pero que en la lucha cultural tiene como fin recuperar el terreno actualmente perdido.

## 2.5. Autoritarismo cultural y comunidad obligatoria

En sociedades manifiestamente plurales, el historicismo cultural sustancialista, el organicismo, el holismo y el objetivismo cultural en los que se apoya frecuentemente el uniculturalismo, hacen en gran medida que la comunidad cultural se presente ante la población que habita el Estado como una "comunidad obligatoria". Téngase en cuenta que al tratar de imponer bienes culturales objetivados (de la comunidad cultural

[24] Tönnies: o. cit., pp. 246-247.

[25] Cf. J. A. del Real Alcalá: "Dimensión jurídico-política de la migración", en *Aportes Andinos*, n.º 8 ("Desplazamiento forzado y refugio"), Revista de la Universidad Internacional Andina Simón Bolívar, Sede de Ecuador, Quito, enero del 2004.

[26] Acerca del espíritu conservador del organicismo, cf. R. Eccleshall: "Conservadurismo", en Eccleshall, Geoghegan, Jay y Wilford: *Las ideologías políticas,* traducción de J. Moreno San Martín, Madrid: Tecnos, 1993, especialmente pp. 90-93.

única, y a través de ellos un conjunto de valores culturales dominantes)[27] a toda la población del Estado, que sin embargo se caracteriza por la diversidad cultural, la pretendida comunidad cultural que tiene en mente el uniculturalismo se implementa como una comunidad obligatoria. Lamentablemente la comunidad cultural "obligatoria" ha sido sustentada por numerosos y brillantes intelectuales europeos, tanto en el siglo XIX como en el siglo XX, muy influyentes en la opinión pública de la sociedad civil y en su momento en la fundamentación de las instituciones públicas, tales como Johann Gottfried Herder (1774),[28] Johann Gottlieb Fichte (1807-1808),[29] Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1807),[30] Friedrich Meinecke (1907) desde la "doctrina Kulturnation"[31] o Carl Schmitt (1919-1950).[32] Afortunadamente, otros intelectuales europeos de esa misma época también la han combatido, sea el caso de John Stuart Mill (1861),[33] lord Acton (1862),[34] Ernest Renan (1882)[35] o Georg Jellinek a inicios del siglo XX.[36]

Y claro está, tal imposición a favor de determinadas pautas culturales en oposición a todas las demás de la sociedad civil hacen muy probable que el uniculturalismo ocasione un conflicto cultural en alguna parte de la sociedad civil, aquella que debe relegar los bienes culturales propios y en su lugar asumir forzosamente los ajenos. Los que optan por el uniculturalismo en supuestos de diversidad cultural persiguen a toda costa este resultado.

De ello resulta, pues, que en sociedades culturalmente diversas el conflicto cultural emerge o continúa —si ya había irrumpido— porque en esos supuestos el uniculturalismo constituye, en verdad, un "proceso de aculturación" de las expresiones culturales no oficiales de una parte de la sociedad civil, a fin de conseguir la uniformidad y homogeneidad social para toda la población del Estado. La intolerancia cultural en que se traduce la idea de la comunidad cultural como comunidad obligatoria a cuyos bienes culturales han de adherirse forzosamente los ciudadanos lleva implícita una "filosofía de la exclusión". Max Weber llamó la atención sobre el hecho de que la exclusión social-cultural suele acompañarse del sentimiento de "repulsión" al otro, que hace que "quien por hábitus exterior resulta heterogéneo es despreciado, sin más, 'haga' lo que

---

[27] Sobre el pluralismo en el derecho, cf. G. Peces–Barba: *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986. Respecto al pluralismo y la identidad colectiva, cf. J. A. del Real Alcalá: "Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural", en Ansuátegui Roig, López García, Del Real Alcalá y Ruiz (eds): *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid: Dykinson, 2005, especialmente pp. 188-192.

[28] Véase J. A. del Real Alcalá: *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 279-286.

[29] Véase ibídem, pp. 287-289 y 376-380.

[30] Véase ibídem, pp. 382-392.

[31] Véase ibídem, pp. 373-401.

[32] Véase ibídem, pp. 342 y ss.

[33] Véase ibídem, pp. 193-212.

[34] Véase ibídem, pp. 227-240.

[35] Véase ibídem, pp. 255-273.

[36] Véase ibídem, pp. 340-351.

haga y 'sea' lo que quiera".[37] Una idea excluyente de este tipo es recogida por las categorías teoréticas schmittianas de "amigo/enemigo".[38]

Por esta razón, como criterio de gestión de la diversidad cultural social, el uniculturalismo es susceptible de necesitar de la violencia, pues imponer una opción cultural a toda la sociedad civil heterogénea probablemente solo es posible de un modo efectivo mediante la represión cultural a través del uso de la fuerza. Sin embargo, el uniculturalismo ha tenido y tiene presencia en el Estado democrático de derecho cuando ha sido una traducción del "criterio de la mayoría" cultural dominante en la población del Estado y esta de una forma enmascarada, con subterfugios o sutilmente, ha negado derechos culturales a las minorías. De ahí que mi conclusión sea que a menudo el uniculturalismo va unido al Estado autoritario o en todo caso, si se emplea en el Estado de derecho,[39] desde luego se trataría de supuestos en los que el Estado de derecho "legalmente no está en buen forma",[40] en la medida en que mantiene parcelas pendientes de democratización y asignación de derechos.[41]

## 3. Multiculturalismo: el ideal de la integración social de las minorías culturales

Si el uniculturalismo niega la diversidad cultural de la población del Estado reduciéndola a una única comunidad cultural, por el contrario, el multiculturalismo la asume y transforma tal reconocimiento social e institucional en su máxima. Dicho reconocimiento se traduce en la admisión de una pluralidad de comunidades culturales en la población del Estado, a partir de la "idea de no exclusión" e "integración social" de los bienes culturales que tienen cierta presencia social. Frente al uniculturalismo, el multiculturalismo no necesita ni de la represión cultural ni de la invisibilización de bienes culturales "ajenos", porque ningún bien cultural con presencia social es susceptible de esta calificación.

En principio, el multiculturalismo como criterio de gestión pública de las relaciones culturales no pretende instaurar ninguna jerarquía de valores y bienes culturales que

---

[37] M. Weber: *Economía y sociedad*, edición de J. Winckelmann, estudio preliminar de J. Medina Echevarría, traducción de J. Medina Echevarría y otros, México: Fondo de Cultura Económica, 10.ª reimpr. de la 2.ª ed. en esp. de la 4.ª ed. alemana, 1993, p. 315.

[38] C. Schmitt: *El concepto de lo político,* Madrid: Alianza, 1999, p. 56.

[39] Cf. R. de Asís Roig: *Aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid: Dykinson y Universidad de Jaén, 1999.

[40] La profundización democrática del Estado de derecho está relacionada con el tránsito al posnacionalismo. Cf. J. A. del Real Alcalá: "Del Estado-nación de derecho al Estado de derecho postnacional. Análisis de la tesis de L. Ferrajoli sobre la desnacionalización de la teoría de los derechos", en *Derechos y Libertades*, n.º 13, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, enero-diciembre del 2004, pp. 361-381. El mismo texto puede también verse en J. A. del Real Alcalá: "Del Estado-nación de derecho al Estado de derecho postnacional", en López Olvera y Rodríguez Lozano (coords.): *Tendencias actuales del derecho público en Iberoamérica*, México: Porrúa, 2006, pp. 153–171.

[41] Sobre la relación entre la democracia, los derechos y su constitucionalización, cf. R. de Asís Roig: "Democracia, Constitución y derechos", en López García, Del Real Alcalá y Ruiz Ruiz (eds.): *La democracia a debate*, Madrid: Dykinson, 2002, pp. 187–197.

impregnen al conjunto de la sociedad civil de unas particulares características, sino que deja que sea la fuerza social de cada comunidad cultural la que determine su nivel de presencia en la acción pública e institucional. Algunas características relevantes del multiculturalismo como pauta de gestión de las relaciones culturales heterogéneas son:

### 3.1. El subjetivismo cultural: la comunidad cultural como "creencia subjetiva"

El multiculturalismo no es compatible con el holismo, ni con el objetivismo cultural, ni con el historicismo sustancialista. Hay dos grandes formas en las que se puede fundamentar la idea multicultural como criterio de gestión de la heterogeneidad de la sociedad civil: el subjetivismo y el historicismo no sustancialista. Me refiero ahora a la primera. El subjetivismo posibilita, en contraste con el ideal de comunidad cultural única, una noción "relativa" (subjetiva) y no objetiva de comunidad cultural: la comunidad cultural como "creencia subjetiva" asumida por individuos y grupos. Desde esta óptica pueden conceptualmente admitirse en la población del Estado tantas comunidades culturales como creencias subjetivas en ese sentido se produzcan. Esta clase de noción la encontramos, por ejemplo, en la idea de comunidad como "plebiscito de todos los días" que elaboró E. Renan, y que hace de la comunidad cultural una comunidad de libre adhesión o voluntaria y no obligatoria para sus integrantes.[42] Son las decisiones libres de los individuos según cada momento actual, y que se encuentran "por encima de la lengua, la raza, las fronteras naturales y la geografía" como pautas,[43] lo que determina su pertenencia a una determinada comunidad cultural o a otra, o la admisión o de unos particulares bienes culturales o de otros distintos.[44]

Sin duda, estas premisas rechazan la noción de comunidad cultural como algo metafísico o histórico (sustancialista) o indisponible a la libre voluntad de los ciudadanos.[45] Una comunidad cultural, por tanto, existirá a partir de "libre voluntad colectiva" de los que la asumen como sus miembros. Esto hace de la comunidad cultural subjetiva, en oposición a la comunidad cultural objetiva que es obligatoria, una comunidad voluntaria y libre. En G. Jelliinek encontramos otro fundamento subjetivo de la comunidad cultural, que la hace descansar en la "conciencia colectiva". El hombre es considerado como "un ser que vive dentro de una comunidad de cultura",[46] que no es una formación natural sino histórico-social.[47] La comunidad cultural —que equipara con la nación (cultural)— es más bien algo esencialmente subjetivo, esto es, la característica de un determinado contenido de la conciencia, "un alma, un principio espiritual".[48] Asimismo, en Max Weber el carácter subjetivo de la comunidad cultural —que en este

[42] Renan: o. cit., p. 83.
[43] E. Renan: "Prólogo a *Discursos y conferencias*", en ídem: *¿Qué es una nación?*, o. cit., p. 131.
[44] Renan: *¿Qué es una nación?*, o. cit., p. 82.
[45] Ibídem, pp. 83-84.
[46] G. Jellinek: *Teoría general del Estado*, 2.ª ed. de 1905, Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 81.
[47] Ibídem, p. 86.
[48] Jellinek: o. cit., p. 87.

autor se asimila en gran medida a la comunidad étnica— también es el ámbito de la conciencia, desde el cual la comunidad cultural (comunización) se presenta a modo de "creencia" colectiva subjetiva. En palabras del alemán: "llamamos comunidad [comunización] a una relación social cuando la actitud en la acción social se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo". Sin embargo, frente a lo que estableció F. Tönnies sobre la comunidad, la comunidad weberiana es un concepto relativo; no es sino una, entre otras, de las formas que adquieren las relaciones sociales.[49]

### 3.2. El historicismo cultural no sustancialista: la comunidad cultural como "comunidad histórica subjetiva"

El multiculturalismo también puede apoyarse en el historicismo, pero este no debe ser un historicismo sustancialista. Téngase en cuenta que multiculturalismo y objetivismo cultural son manifiestamente incompatibles, lo que no quiere decir que el multiculturalismo únicamente pueda sustentarse en el subjetivismo. Si el historicismo que se predica de la comunidad cultural no es de carácter sustancialista —esto es, si no es esencialista o metafísico—, es igualmente susceptible de sustentar la idea multicultural. El historicismo no sustancialista es una pauta más intermedia entre subjetivismo y objetivismo que sin embargo mantiene los elementos de la libre decisión de los individuos como base de la comunidad cultural. Una idea de este tipo puede observarse en Hermann Heller, para quien la comunidad cultural, que equipara a la idea de pueblo como formación cultural, no puede sustentarse "exclusivamente en la esfera subjetiva de la conciencia y de la decisión volitiva" de "los miembros que lo integran en el momento presente", porque "el pueblo [natural y cultural] es una estructura histórica" y por tal no puede reducirse a un mero hecho de conciencia.[50]

Ahora bien, la única forma de hacer compatible historicismo y consentimiento libre de los individuos es atribuyendo carácter "formal" (y no material o fijo e inmodificable) a la noción de comunidad histórica cultural. Una idea formal (no esencialista) de las comunidades culturales que conforman la población del Estado permite afirmarlas todas desde el multiculturalismo. Puede encontrarse esta concepción en la idea formal de "comunidad de cultura", que es además nacional, de Otto Bauer. El carácter formal de la comunidad cultural se advierte en su noción de que la comunidad cultural tiene su origen en la "comunidad de destino" o, dicho con otras palabras, en el efecto que produce en la población, entendida como "unión/es de personas" por las más diversas circunstancias, el "vivir juntos" históricamente, en contraste con las uniones de población apoyadas en esencias metafísicas. Por tanto, dice, "la peculiaridad del individuo nunca está determinada solo por sus disposiciones heredadas, sino siempre y también

[49] Weber: o. cit., p. 33.

[50] H. Heller: *Teoría del Estado*, edición y prólogo de G. Niemeyer, traducción de L. Tobío, México: Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 177 y 178.

por las condiciones en que él mismo vive: por el modo en que debe buscar su sustento vital".[51]

Para el austriaco, pues, el concepto formal de comunidad de destino no se traduce en homogeneidad, sino en el dar cuenta de los efectos que produce en la población a lo largo del tiempo la "vivencia común del mismo destino, en permanente comunicación y continua interacción".[52] De hecho, O. Bauer rechaza esencias metafísicas como el "espíritu del pueblo", que, en verdad, han sido transformadas en un espectro romántico absurdo.[53] Del mismo modo, también para H. Heller la pertenencia a una comunidad cultural —a un pueblo como formación cultural— "no puede resolverse sencillamente remitiendo a una determinación de la esencia según modelos objetivos espirituales o acaso físicos", porque la comunidad cultural "no es una conexión que tenga el carácter objetivo de las leyes naturales y a la que el individuo venga a pertenecer de manera unívoca y definitiva, como 'miembro' de un 'organismo'".[54] Para el austroalemán, "la doctrina romántica de un espíritu del pueblo originario, que actuara en el profundo de la vida histórica como demiurgo de toda realidad cultural", realmente "no tiene sustentadero alguno en la historia y pertenece al reino de la mala metafísica".[55]

Esta compatibilidad entre historicismo y subjetivismo la muestra asimismo O. Bauer en función de cómo concibe la comunidad de cultura, a modo de un "lazo formal" entre sus integrantes, en virtud del cual "en las diferentes fases del desarrollo histórico, círculos de diferente amplitud se vinculan" entre sí, independientemente de su ubicación territorial.[56] Esta idea formal de comunidad cultural sí es susceptible de fundamentar, al igual que el subjetivismo, el multiculturalismo como criterio de gestión pública de las relaciones culturales heterogéneas dentro del Estado.

### 3.3. Neutralidad activa, democratismo y libre elección de comunidad cultural

Desde un concepto subjetivo o histórico no sustancialista de comunidad cultural sí puede abogarse fundadamente por el "derecho a la libertad cultural". Este consiste en que los habitantes del Estado tienen derecho a elegir, disfrutar y compartir la comunidad cultural y los bienes culturales según su libre consideración, e incluso a mezclar bienes culturales de una y de otra cultura a su libre albedrío, y que las instituciones públicas no intervengan para evitarlo sino en todo caso para posibilitarlo. Por ejemplo, el bilingüismo sería un caso de este tipo, en el que el ciudadano asume dos bienes culturales de culturas diferentes, como son dos lenguas.

Se pueden distinguir dos clases de multiculturalismo, ya se sustente en el subjetivismo puro o en el historicismo no sustancialista: el igualitario y el desigualitario.

---

[51] O. Bauer: *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia*, edición a cargo de José Arico, traducción de C. Cereti, R. Burkart e I. del Carril, México: Siglo XXI, 1979, p. 42.

[52] Ibídem, pp. 121–122.

[53] Ibídem, pp. 27–28, 29 y 30.

[54] Heller: o. cit., p. 176.

[55] Ibídem, p. 178.

[56] Bauer: o. cit, p. 144.

El multiculturalismo "igualitario" aplica el reconocimiento de la diversidad cultural a todas las comunidades culturales —y sus correspondientes bienes culturales— de la población del Estado a partir de una mínima relevancia social de aquellas. El multiculturalismo "desigualitario" reduce la aplicación del reconocimiento de la diversidad cultural a un grupo escogido de comunidades culturales —y sus correspondientes bienes culturales— de la población del Estado a partir de exigir un conjunto de requisitos —diversos, por ejemplo, con relación al nivel de relevancia social— que todas las comunidades culturales del Estado no son capaces de cumplir. Ahora bien, la desigualdad cultural puede establecerse no solo entre culturas reconocidas y no reconocidas por las instituciones públicas, sino asimismo puede consistir en un desigual reconocimiento.[57] En verdad, cuando el multiculturalismo se emplea como criterio de gestión de la sociedad plural cultural, el multiculturalismo desigualitario suele ser el de práctica más usual, pues el Estado nunca llega a reconocer a todas y cada una de las culturas y subculturas presentes en su sociedad civil. Aun así, si el reconocimiento cultural que contempla no es de carácter reducido, prácticamente viene a aproximarse a un multiculturalismo igualitario.

Se trate de multiculturalismo igualitario o desigualitario, el historicismo no sustancialista y el subjetivismo culturales que son susceptibles de fundamentarlos, en la medida que posibilitan que las comunidades culturales con presencia en la población del Estado aparezcan como "comunidades voluntarias" y no forzosas, y en la medida asimismo de que no hay una pretensión por parte de los poderes públicos de hacer prevalecer pautas culturales determinadas en oposición a las demás, el multiculturalismo no es en principio una fuente del conflicto cultural sino, al contrario, coadyuva en buena medida a evitarlo. De hecho, el multiculturalismo entiende las relaciones interculturales en la sociedad civil como relaciones no necesariamente conflictivas en las que los bienes culturales tratan de negarse entre sí, sino que, por el contrario, asume la idea de la "convivencia intercultural" dentro del Estado. Esto hace que, frente al uniculturalismo, su posición sea en principio de neutralidad cultural; pero de neutralidad "activa", por cuanto, aun no tomando partido cultural alguno, no se desinhibe de las relaciones culturales sino que las reconoce todas o al menos un grupo importante de estas. Opuestamente a la probable intolerancia que puede mostrar el uniculturalismo con los bienes culturales no oficiales, el multiculturalismo se sustenta en la idea de tolerancia cultural.[58] Esta es la razón por la que también es habitual que el multiculturalismo incorpore valores y derechos mínimos de contenido tolerante susceptibles de ser compartidos por todas las comunidades culturales que reconoce.

---

[57] Cf. R. de Asís Roig: "La igualdad en el discurso de los derechos", en López García y Del Real Alcalá: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid: Dykinson, 2000, pp. 149-168.

[58] Sobre la tolerancia, véase Voltaire: *Tratado sobre la tolerancia*, Madrid: Santillán, 1997; J. Locke: *Carta sobre la tolerancia,* Madrid: Tecnos, 2002; y J. S. Mill: *Sobre la libertad*, estudio de Isaiah Berlin, prólogo de Pedro Schwartz, Madrid: Alianza, 1997. Cf. asimismo, G. Peces-Barba y L. Prieto Sanchís: "La filosofía de la tolerancia", en Peces-Barba y Fernández García (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales,* coordinación de Ansuategui Roig y Rodríguez Uribe, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 265-373.

Asimismo, en contraste con el uniculturalismo como criterio nostálgico del antiguo ideal de sociedad homogénea, el multiculturalismo ha de considerarse más bien como un criterio típico del democratismo. En los supuestos de una sociedad culturalmente heterogénea, casa con el Estado social y democrático de derecho mucho mejor que el uniculturalismo. Pero hay que tener en cuenta que quizás no sea posible mantener en verdad el multiculturalismo si no es atribuyendo derechos en el sistema jurídico a las minorías culturales si, en función de la opinión de M. Weber, la mayoría cultural tiene tendencia a imponerse como cultura única en la totalidad de la población del Estado. M. Weber explicó esta característica de las comunidades culturales hacia el holismo cultural afirmando que se trata de una tendencia a "cerrar en monopolio las comunidades políticas" y a "monopolizar" el poder y el prestigio social y cultural en toda la sociedad civil. A este respecto, observó que las comunidades étnicas tienden a una "exclusión monopolizadora consciente" que "se montaba sobre pequeñas diferencias y luego estas eran cultivadas o ahondadas a sabiendas" hasta hacerlas barreras que separan a unos seres humanos de otros.[59] Solo el reconocimiento de derechos a las minorías culturales evitaría, en mi opinión, esta práctica que M. Weber advirtió por parte de las mayorías culturales.

## 4. Conclusión

El uniculturalismo y el multiculturalismo son criterios que emplean las instituciones públicas y, en general, el Estado a fin de administrar en un sentido o en otro determinadas características que presenta la sociedad civil. Ambos criterios no abogan por la inhibición del poder público en las relaciones interculturales de la sociedad civil;[60] todo lo contrario, abogan por su intromisión en el ámbito cultural, ya sea desde la parcialidad cultural (uniculturalismo) o desde la neutralidad cultural activa (multiculturalismo). Como criterios intervencionistas, uno y otro están relacionados con aquellos bienes culturales que institucionalmente desean promocionar en la comunidad y, por exclusión, con aquellos que desean ignorar. Claro está, teniendo en cuenta que la expresión de la gestión colectiva de la sociedad civil es el derecho, estos criterios de gestión de las diferencias culturales en la población del Estado, en tanto "criterios de gestión" públicos, en última instancia acaban configurándose como "criterios jurídicos". Y ahí tienen que ver, por consiguiente, con el Estado de derecho.

Parece probable que el uniculturalismo como criterio de gestión de las relaciones culturales heterogéneas de la sociedad civil lleve al conflicto cultural o, si este ya existe, para nada lo resuelva. Téngase en cuenta que en el derecho el uniculturalismo se va a traducir en la juridificación de determinados bienes culturales como bienes culturales públicos oficiales, en contraste con el resto de los bienes culturales sociales, los cuales queden posiblemente en situación de postergación cultural. Esto hace que el

[59] Weber: o. cit., pp. 315, 316 y 317.

[60] J. A. del Real Alcalá: "Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXI, Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2004, pp. 213-238.

uniculturalismo desemboque en la instauración social de una determinada "jerarquía cultural". Quizá en un Estado autoritario el conflicto cultural no pueda siquiera tener expresión social si el aparato coactivo del Estado lo impide o si los bienes culturales no oficiales han sido invisibilizados. Pero en el supuesto del Estado democrático de derecho es muy probable que la imposición de una determinada jerarquía cultural que niegue la diversidad social cultural suponga la irrupción pública del conflicto cultural. Si solo es viable conservar la uniformidad de una sociedad civil que es heterogénea mediante la represión cultural y la negación de los derechos de las minorías, esto me lleva a afirmar que el uniculturalismo solo es una opción real en el autoritarismo; sea el que practican generalizadamente los Estados no democráticos o el que pudiera coyunturalmente llevar a cabo el Estado de derecho que no se encuentra "legalmente en buena forma" porque aún tiene pendientes parcelas de democratización y derechos.

Por lo dicho, parece que en los supuestos de sociedades en las que se desea mantener la unidad del Estado, en la medida en que representa la posibilidad de evitar el conflicto intercultural dentro del Estado, el multiculturalismo es el criterio que a la hora de gestionar las diferencias culturales tiene más potencial integrador. Ahora bien, si es correcta la tendencia a monopolizar las comunidades políticas de la que habla M. Weber, entonces con relación al sistema jurídico el multiculturalismo implica necesariamente el reconocimiento en sede constitucional de derechos culturales a las minorías (o mayorías culturales si estas habían sido invisibilizadas socialmente desde el Estado).[61]

En el contexto europeo, el Estado liberal decimonónico y prácticamente del primer tercio del siglo XX ha empleado el uniculturalismo en la medida en que entendía las relaciones interculturales en el Estado desde el centralismo institucional y monocultural. La descentralización institucional y la aceptación de la variedad cultural que otorga derechos constitucionalmente inviolables a las minorías en el Estado social y democrático de derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX han tenido por objeto precisamente poner "legalmente en mejor forma" al Estado de derecho. En el contexto de América Latina, la negación de la evidente multiplicidad cultural por el uniculturalismo estatal tiene la posibilidad de invertirse mediante el reconocimiento jurídico y constitucional real de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo democrático.[62]

La juridificación del uniculturalismo o del multiculturalismo como criterios de gestión de las diferencias culturales dentro de los Estados puede ser explicita o implícita, concentrada o dispersa legislativamente hablando. En todo caso, el uniculturalismo y el multiculturalismo ponen de manifiesto que de la opción de gestión de las relaciones culturales que se elija resultará un determinado tipo de sociedad civil. Los responsables públicos y los legisladores lo saben, y la buscan.

---

[61] Sobre la inversión del concepto de mayoría a minoría y viceversa, cf. R. de Asís Roig: "El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual", en *Revista de Derechos y Libertades*, n.º 6, 1998, pp. 255-278.

[62] Cf. F. J. Ansuátegui Roig (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos,* Madrid: Dykinson, 2001.

## Bibliografía

Ansuátegui Roig, F. Javier (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos,* Madrid: Dykinson, 2001.

Asís Roig, Rafael de: *Aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid: Dykinson y Universidad de Jaén, 1999.

— "El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual", en *Revista de Derechos y Libertades*, n.º 6, 1998, pp. 255-278.

— "La igualdad en el discurso de los derechos", en José Antonio López García y J. A. del Real Alcalá: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid: Dykinson, 2000, pp. 149-168.

— "Democracia, Constitución y derechos", en José A. López García, J. Alberto del Real Alcalá y Ramón Ruiz Ruiz (eds.): *La democracia a debate*, Madrid: Dykinson, 2002, pp. 187-197.

Bauer, Otto: *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia*, edición a cargo de José Arico, traducción de C. Cereti, R. Burkart e I. del Carril, México: Siglo XXI, 1979.

del Real Alcalá, J. Alberto: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Madrid: Dykinson, 2007.

— "Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke", en Alfonso Castro, F. J. Contreras, Fernando Llano y José M. Panea (eds): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte,* 2.ª edición revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farell, Sevilla: Grupo Nacional de Editores, 2004, pp. 307-340.

— "Del Estado-nación de derecho al Estado de derecho postnacional. Análisis de la tesis de L. Ferrajoli sobre la desnacionalización de la teoría de los derechos", en *Derechos y Libertades*, n.º 13, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, enero-diciembre del 2004, pp. 361-381.

— "Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. xxi, Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2004, pp. 213-238.

— "Dimensión jurídico-política de la migración", en *Aportes Andinos*, n.º 8 ("Desplazamiento forzado y refugio"), Revista de la Universidad Internacional Andina Simón Bolívar, Sede de Ecuador, Quito, enero del 2004.

— "Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural", en F. Javier Ansuátegui Roig, José A. López García, J. Alberto del Real Alcalá y Ramón Ruiz Ruiz (eds.): *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 177-198.

— "Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional", en Miguel Alejandro López Olvera y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coords.): *Tendencias actuales del derecho público en Iberoamérica*, México: Porrúa, 2006, pp. 153-171.

Eccleshall, R.: "Conservadurismo", en R. Eccleshall, V. Geoghegan, R. Jay y R. Wilford: *Las ideologías políticas,* traducción de J. Moreno San Martín, Madrid: Tecnos, 1993.

Heller, Hermann: *Teoría del Estado*, edición y prólogo de G. Niemeyer, traducción de L. Tobío, México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Herder, J. G.: "Otra filosofía de la historia", en ídem: *Obra selecta*, Madrid: Alfaguara, 1982.

Iggers, G. G.: *La ciencia histórica en el siglo xx. Las tendencias actuales*, traducción de C. Bieg, presentación, adaptación y revisión científica de F. Sánchez Marcos, Barcelona: Idea Books, 2.ª ed., 1998, p. 40.

Jellinek, Georg: *Teoría general del Estado*, 2.ª ed. de 1905, Buenos Aires: Albatros, 1981.

Locke, John: *Carta sobre la tolerancia,* Madrid: Tecnos, 2002.

Meinecke, Friedrich: *Weltbürgertum und Nationalstaat* [1907], Múnich: Oldenbourg, vols. I y II, 6.ª ed., 1922; traducción italiana por la que cito, ídem: *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, traducción de A. Oberdorfer de la 6.ª ed. alemana de 1922, v. I, Florencia: La Nuova Italia, 1975.

— *El historicismo y su génesis*, traducción de J. Mingarro y San Martín y T. Muñoz Molina, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1983.

Mill, J. S.: *Sobre la libertad*, estudio de Isaiah Berlin, prólogo de Pedro Schwartz, Madrid: Alianza, 1997.

Peces-Barba, G.: *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986.

Peces-Barba, G., y L. Prieto Sanchís: "La filosofía de la tolerancia, en G. Peces-Barba y E. Fernández García (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales,* coordinación de F. J. Ansuategui Roig y J. M. Rodríguez Uribe, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 265-373.

Pérez-Luño, A. E.: "El legado doctrinal de la Escuela histórica del Derecho", en *Annaeus, Anales de la Tradición Romanística*, vol. 1, Sevilla: Tébar, 2004, pp. 239-259.

Ranke, L. v.: *Pueblos y Estados en la historia moderna*, versión y estudio de G. P. Gooch, México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

Renan, E.: *¿Qué es una nación?*, traducción, estudio preliminar y notas de Andrés de Blas Guerrero, Madrid: Alianza, 1987.

Savigny, F. C. V.: "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho", en Thibaut y Savigny: *La codificación*, introducción y selección de textos de Jacques Stern, traducción de José Díaz García, Madrid: Aguilar, 1970, pp. 47-169.

Schmitt, Carl: *El concepto de lo político,* Madrid: Alianza, 1999.

Stammler, R.: "Sobre el método de la teoría histórica del derecho", en Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler: *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, traducción de Rafael Atard, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908.

Tönnies, Ferdinand: *Comunidad y asociación*, traducción de J. F. Ivars, con la colaboración técnica de S. Giner, prólogo de L. Flaquer y S. Giner, Barcelona: Península, 1979.

Voltaire: *Tratado sobre la tolerancia*, Madrid: Santillán, 1997.

Weber, Max: *Economía y sociedad*, edición de J. Winckelmann, estudio preliminar de J. Medina Echevarría, traducción de J. Medina Echevarría y otros, México: Fondo de Cultura Económica, 10.ª reimpr. de la 2.ª ed. en español de la 4.ª ed. alemana, 1993.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 845-861, ISSN 1510-4974

**Augusto Durán Martínez (Uruguay)***

# Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo**

## RESUMEN

**Una larga y constante jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo afirma el principio de *presunción de legitimidad del acto administrativo*, pese a que no existe ningún texto de derecho positivo que imponga tal presunción. Un examen a fondo de la cuestión revela que la presunción de legitimidad carece de fundamento jurídico, viola claros principios generales de nuestro derecho, es innecesaria a los efectos de extraer las consecuencias que de ella se pretende derivar y es perjudicial, puesto que favorece la arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos.**

**Palabras clave: neoconstitucionalismo, legitimidad del acto administrativo, nulidad del acto administrativo, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Uruguay.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die fortlaufende einhellige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts geht vom Prinzip der *Legimitätsvermutung von Verwaltungsakten* aus, obwohl dieser Vermutung keine positiv-rechtlichen Bestimmungen zu Grunde liegen. Eine gründliche Betrachtung des Problems zeigt, dass die Legimitätsvermutung jeder rechtlichen Grundlage entbehrt, klare und allgemeine Prinzipien unseres Rechts verletzt, aus der Perspektive der Folgen, die aus ihr abgeleitet werden sollen, unnötig und ausserdem schädlich ist, weil sie der Verwaltungswillkür zu Lasten der Menschenrechte Vorschub leistet.**

**Schlagwörter: Neokonstitutionalismus, Legitimität von Verwaltungsakten, Nichtigkeit des Verwaltungsakts, Verwaltungsgericht, Uruguay.**

---

* Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Catedrático de Derecho Administrativo, director del Departamento de Derecho Administrativo y decano emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. ‹hduran@adinet.com.uy›

** Exposición en el marco de las III Jornadas Académicas organizadas por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y la Fundación Konrad Adenauer, celebradas en Montevideo los días 11 y 12 de noviembre de 2008.

**ABSTRACT**

**A long and constant history of precedents of the Administrative Court confirms the principle of presumption of legality of administrative action, despite the inexistence of positive law texts imposing such presumption. An in-depth analysis of this issue reveals that the presumption of legality has no legal grounds, violates general legal principles, is unnecessary to reach the consequences pretended and prejudicial because it favors administrative arbitrariness detrimental to human rights.**

**Keywords: neoconstitutionalism, legality of administrative action, nullity of administrative action, Administrative Court, Uruguay.**

# I

1. El año pasado escribí un artículo titulado "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso".[1] Vuelvo ahora sobre el tema a pedido del señor presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, doctor Dardo Preza.

2. Este segundo abordaje, por lo expuesto, supone un gran compromiso. En efecto, por un lado, al haber escrito sobre este punto hace tan poco tiempo no puedo decir cosas muy diferentes. Por otro lado, como he sido muy crítico respecto de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la materia —y de la doctrina en que se ha basado—, mi preocupación en esta ocasión se incrementa.

Pero acepto el desafío con mucho gusto porque la propuesta revela en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo un espíritu de apertura de mente digno del mayor de los elogios, pues solo con ese espíritu de apertura se puede comprender el derecho público que se está forjando actualmente en el mundo, que es muy distinto del que teníamos hace algunos años, aunque los textos constitucionales sean básicamente los mismos, como lo advierte lúcidamente Risso Ferrand en un reciente libro.[2]

3. Hoy impera un nuevo constitucionalismo, denominado *constitucionalismo avanzado,* o *de derecho,* o *contemporáneo,* o más habitualmente *neoconstitucionalismo*.[3] Esta corriente se gestó en la Europa continental luego de la Segunda Guerra Mundial. Se la suele relacionar con las constituciones de Italia de 1947, Alemania de 1949, Portugal de 1976 y España de 1978, y se ha generalizado.

Para aquilatar su importancia basta tener presente a Grández Castro, quien la consideró:

---

[1] Publicado originariamente en la *Revista de Derecho* (publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay), año 2007, n.º 2, y posteriormente en A. Durán Martínez: *Estudios de derecho público*, Montevideo, 2008, vol. II, pp. 227 ss. Las citas que efectuaré en adelante corresponderán a esta segunda publicación.

[2] M. Risso Ferrand: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos,* Montevideo: FCU, 2008, p. 13.

[3] A. Durán Martínez: *En torno al neoconstitucionalismo*, en prensa.

> […] la revolución teórica y práctica más importante que vive el Derecho continental europeo, y esto, al margen de que la mayoría de los abogados y juristas, incluso, no se den por notificados.[4]

4. El Estado moderno proviene del absolutismo. Se forjó en torno a las ideas de poder absoluto de Hobbes y de soberanía de Bodino.

El derecho, lentamente a través de los siglos, ha ido cortando o limando los tentáculos del Leviatán, pero no ha culminado su obra. Por eso no es de extrañar que todavía subsistan resabios del absolutismo, como lo es, sin duda, la presunción de legitimidad del acto administrativo.

El Estado de derecho liberal intentó limitar el poder absoluto y en buena medida lo hizo, pero la soberanía sobrevivió. Cuando la soberanía entra en crisis es que aparece el neoconstitucionalismo, procurando una superación positiva y enriquecedora del viejo Estado de derecho.[5]

Se forja así un nuevo modelo de Estado, el *Estado constitucional* o *Estado constitucional democrático,* caracterizado entre otras cosas por lo que Guastini llamó la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*.[6]

Se procura acercar los conceptos de Constitución emanados de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa.[7]

En Estados Unidos, luego de la independencia, se consideró que la Constitución es la norma jurídica de mayor valor y fuerza que se aplica directamente a la sociedad. Otra cosa se sostuvo en la Europa continental; allí, por influencia de la Revolución Francesa, se entendió que la Constitución no era propiamente una norma jurídica, sino que contenía una serie de directivas políticas dirigidas a los poderes públicos pero que no eran de aplicación directa al cuerpo social. Por influjo de Rousseau la ley se convirtió en Francia, y en general en el resto de Europa continental, en la norma jurídica de mayor valor y fuerza.

En Uruguay aceptamos la concepción americana, pero, con gran inconsecuencia, en general actuamos en los hechos como lo hacían los europeos hasta la aparición del neoconstitucionalismo. En efecto, normalmente nos acordamos de la Constitución solo al plantear la inconstitucionalidad de la ley; rara vez incorporamos la Constitución a nuestro discurso jurídico; no extraemos todas las consecuencias que se derivan de considerar a la Constitución como la norma jurídica de mayor valor y fuerza, y a menudo adoptamos posturas incompatibles con la *interpretación conforme a la Constitución,* como cuando, por ejemplo, se sostiene que ante un reglamento que desconoce una ley hay que aplicar el reglamento pese a su ilegalidad.[8]

---

[4] P. P. Grández Castro: Presentación del libro de L. Prieto Sanchís: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* Lima: Palestra, 2002, p. 11.

[5] Prieto Sanchís: o. cit., p. 166.

[6] R. Guastini: "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, México y Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México y Trotta, 2006, p. 49.

[7] Prieto Sanchís: o. cit., pp. 111 ss.

[8] A. Durán Martínez: "La administración ante el reglamento ilegal", en ídem: *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 300 ss.

De manera que el neoconstitucionalismo no es nuevo para nosotros en lo que refiere a la consideración de la Constitución como norma jurídica fundamental, pues eso es lo que hemos sostenido siempre, pero sí es nuevo en cuanto a que nos ha mostrado que debemos ser coherentes con nuestro propio pensamiento y extraer de esa concepción de la Constitución todas las consecuencias que corresponda.

La Constitución, verdadera norma jurídica, de máximo valor y fuerza, se aplica directamente a la sociedad y moldea todo el sistema conforme a sus valores. Por eso toda la normativa infravalente se interpreta *conforme a la Constitución* o, expresado de otra manera, *desde* la Constitución. Y como esas modernas constituciones se basan en la dignidad de la persona humana y —aunque nada digan al respecto— como los derechos que derivan de la personalidad humana son supravalentes,[9] esa interpretación se efectúa *desde* los derechos humanos. Eso hace impensable una presunción de constitucionalidad de las leyes[10] y, con mucha mayor razón —como enseguida veremos—, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, porque esas presunciones lo que hacen es acomodar las reglas de derecho de mayor valor y fuerza a las infravalentes, cuando lo que corresponde es exactamente lo contrario.

En efecto, la presunción de constitucionalidad de las leyes distorsiona los principios generales de derecho de mayor valor y fuerza y la Constitución en función de los intereses del legislador, y la presunción de legitimidad de los actos administrativos distorsiona esos mismos principios, la Constitución y la ley, en función de los intereses de la Administración, todo ello en definitiva en detrimento de los derechos humanos. Esas presunciones, pues —la de constitucionalidad de las leyes y la de legitimidad del acto administrativo—, no se adecuan al precepto de *interpretación conforme a la Constitución*.

## II

1. Es muy abundante y de muy larga data la doctrina que sostiene la presunción de legitimidad del acto administrativo. Pero por la especial gravitación que ha tenido en nuestra jurisprudencia evocaré ahora, como lo hice antes en mi trabajo ya citado, el pensamiento de Marienhoff.

Referiré así a lo que el gran maestro argentino entiende por presunción de legitimidad y a las consecuencias que extrae de esa presunción de legitimidad del acto administrativo, para referirme en tercer término al fundamento de esa presunción.

**2.** Pero antes de entrar a considerar esos aspectos, estimo necesario tener en cuenta que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina, por su artículo 12, establece: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad". Ese texto, sin

[9] A. Durán Martínez: "El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", en ídem: *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. III, p. 261.

[10] No es propósito de este trabajo estudiar la presunción de constitucionalidad de las leyes. Véase al respecto Risso Ferrand: o. cit., pp. 158 ss., y el excelente libro de C. Guariglia: *¿Supremacía de la Constitución o soberanía de la ley? Presunción de constitucionalidad de las leyes. La visión tradicional y el neoconstitucionalismo*, aún inédito, cuyos originales he conocido por gentileza de su autor.

duda, condiciona de alguna manera el pensamiento de los autores argentinos. Lo mismo ocurre con los autores españoles, puesto que en España existe un texto similar.

En cambio, en el Uruguay no tenemos ningún texto de derecho positivo que imponga de una manera general la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo que hay que ser muy cuidadosos cuando se pretende aplicar opiniones de autores argentinos o españoles.

## III

1. Marienhoff comienza su estudio sobre el tema diciendo que "la *presunción de legitimidad* consiste en la suposición de que el acto fue emitido *conforme a derecho*".[11]

2. Creo que efectivamente eso es lo que se quiere decir cuando se afirma que un acto administrativo se presume legítimo. Es que tal es el sentido natural de esos términos. Por eso es que Gordillo, al estudiar el artículo 12 de la ley argentina ya citada, sostuvo que interpretar ese artículo conforme a lo que literalmente dice es irrazonable y, por ende, inconstitucional. El legislador, acotó, no puede cambiar la razón ni tampoco la ley de la gravedad.[12] Y por eso es que otros autores, como luego se verá, han procurado darle a la expresión *presunción de legitimidad* un significado distinto al indicado.

## IV

1. Marienhoff expresa que de la presunción de legitimidad se derivan las siguientes consecuencias:

a. no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial;
b. la nulidad de los actos administrativos no puede declararse de oficio por los jueces;
c. quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente;
d. la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo debe promoverse a pedido de parte.[13]

2. En realidad, la segunda y la cuarta de las consecuencias indicadas son la misma, miradas desde dos perspectivas diferentes. En efecto, decir que la declaración de nulidad de un acto administrativo no puede proponerse de oficio por los jueces y decir que la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo solo puede promoverse a pedido de parte es decir la misma cosa. De las cuatro consecuencias, pues, solo quedan tres.

---

[11] M. S. Marienhoff: *Tratado de derecho administrativo,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, t. II, pp. 368 y 369.

[12] A. Gordillo: *Tratado de derecho administrativo,* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999, t. 3, 4.ª ed., p. V.6.

[13] Marienhoff: o. cit., t. II, pp. 371 ss.

3. Cassagne objeta esta consecuencia ahora analizada (la segunda y la cuarta de las mencionadas por Marienhoff, tomadas conjuntamente) diciendo que ella no deriva de la presunción de legitimidad, sino del principio de separación de poderes y del sistema judicialista de control de los actos administrativos existente en Argentina.[14]

Más bien pienso que la prohibición de una declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio es una cuestión de derecho positivo. Así, en un sistema que pretenda tutelar la legalidad objetiva, sería lógico admitir una declaración jurisdiccional de oficio de un acto administrativo aunque la Constitución consagre el principio de separación de poderes y un sistema judicialista. En efecto, ello no impide un control jurisdiccional basado en la regularidad jurídica.

En cambio, en un sistema como el previsto en los artículos 309 y siguientes de la Constitución uruguaya, encarado como una tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, no tiene sentido en principio una declaración de oficio, puesto que en este sistema sin interés no puede haber acción. Y la elección de un sistema u otro depende del derecho positivo. Incluso, en un sistema de tipo subjetivo el derecho positivo puede promover un accionamiento de oficio, como lo es por ejemplo el admitido en el artículo 258 de la Constitución nacional en el ámbito de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Por consiguiente, la prohibición de la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo de oficio, o, dicho de otra manera, la necesidad de que la declaración jurisdiccional de nulidad de un acto administrativo sea promovida a pedido de parte interesada, depende del derecho positivo y no deriva de la presunción de legitimidad.

4. La tercera consecuencia señalada por Marienhoff (necesidad de alegar y probar la ilegitimidad del acto administrativo) también es cuestionada.

Brewer-Carías, pese a sostener que la presunción de legitimidad produce una inversión de la carga de la prueba, luego relativiza su afirmación y admite que igualmente cierta prueba corresponde a la Administración.[15]

Cassagne, Hutchinson y De Freitas plantean objeciones mayores. Cassagne dice al respecto:

> a) la exigencia de alegar la ilegitimidad del acto no implica una derivación de la presunción de legitimidad; b) el requisito de la prueba, en el sentido procesal, depende de las circunstancias del caso, pues bien puede suceder que se trate únicamente de una cuestión de puro derecho que se somete a dilucidación de la justicia.[16]

Hutchinson abordó el punto con agudeza. En tal sentido indicó:

---

[14] J. C. Cassagne: *Derecho administrativo*, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, 2006, t. II, 8.ª ed. actualizada, p. 321.

[15] A. R. Brewer-Carías: "Contencioso administrativo", t. VII de *Instituciones políticas y constitucionales,* Caracas: Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 233.

[16] Cassagne: o. cit., t. II, p. 321.

> Todos conocemos el principio de que a quien alega le incumbe probar, principio que ha sido desnaturalizado a partir de la premisa de que el acto se presume legítimo. Como ya lo dije antes, la mentada presunción no significa que sufra un vuelco importante el principio de la carga de la prueba. Cierto es que a quien impugna un acto le incumbe demostrarle al Juez (o al funcionario administrativo) la ilegitimidad de aquel, pero también lo es que antes de sancionar un acto administrativo deben reunirse antecedentes que justifiquen el dictado de ese acto. Si la Administración no probó, al momento del dictado del acto, lo que afirma, le bastará al actor probar en sede judicial o administrativa que en el expediente administrativo no existe prueba de lo que afirma aquella. Pero no debe necesariamente probar la inexistencia del hecho que no acreditó administrativamente la Administración. Porque no se debe perder de vista que la Administración es titular de la carga de la prueba en el plano material de las relaciones, de modo que si la ha desatendido y, no obstante, sin prueba ha dado por probados ciertos hechos, el acto que adoptó es ilegítimo. El particular tendrá la carga de impugnar esta decisión, pero le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la prueba de hacer una prueba contraria, muchas veces virtualmente imposible.[17]

Más adelante, al referirse al principio *actori incumbit probatio,* indica que este significa que corresponde probar a quien alega. Incumbe a cada parte la carga de la prueba sobre los presupuestos de hecho de las normas que invoca a su favor.

> Cabe, pues, a la Administración, antes de dictar el acto, la carga de la prueba de que los hechos sobre los que se basa son ciertos. Así se atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión al actor y de los impeditivos, extintivos y excluyentes en la Administración demandada.[18]

Finalmente, con relación a este punto Hutchinson expresa:

> El principio general expuesto sobre distribución de la carga de la prueba se establece expresamente en nuestra legislación adjetiva (en el orden nacional, el Art. 377 CPCC). Ahora bien, desde una interpretación que parte de la presunción de legitimidad de los actos administrativos (p. ej., Art. 12, LPPA; Art. 101, Ley N.º 141 de T. del Fuego) y del carácter revisor del proceso administrativo, se ha colegido que le incumbe al impugnante del acto la carga de la prueba sin distinción alguna. Así, esta se atribuiría, siempre, a quien afirma que el acto impugnado es ilegítimo, independientemente del carácter (constitutivo, impeditivo, extintivo o

[17] T. Hutchinson: "Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo", en AA. VV.: *Acto administrativo y reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho,* Buenos Aires: RAP, 2002, p. 160.

[18] Ibídem, p. 161.

> excluyente) de los hechos que fundamentan la pretensión. La jurisprudencia ha caído en ese error, incluso en el caso de sanciones administrativas.
>
> De la presunción de legitimidad del acto administrativo no se puede extraer semejante principio; de aquella solo surge que se desplaza sobre el administrado la carga de accionar, pero no la carga de la prueba, que está sometida a las reglas generales: cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.
>
> La presunción de legitimidad del acto no cambia, en principio, la regla que atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos al interesado y de los impeditivos, extintivos y excluyentes a la Administración.[19]

En esta misma línea, De Freitas sostiene que la presunción de legitimidad —él la llama de *validez*— no provoca, como se afirma, la inversión de la carga de la prueba en beneficio de la Administración Pública, transfiriendo para el ciudadano la carga probatoria. Por el contrario, dice, el único deber del ciudadano es de impugnar el acto administrativo.[20] Y agrega que, existiendo impugnación, la presunción se invierte; es decir, es la Administración la que debe demostrar la legitimidad de su actuación.[21]

Los cuestionamientos de Cassagne me parecen aceptables y la argumentación de Hutchinson ilevantable, y en buena medida termina por coincidir con De Freitas por lo menos en los principales aspectos.

Véase, por otra parte, que en el fondo lo que Hutchinson y De Freitas procuran es cambiar el significado de los términos *presunción de legitimidad*. En efecto, en la visión de Hutchinson y de De Freitas, *presunción de legitimidad* no significa que se supone que el acto administrativo es dictado conforme a derecho, sino que, una vez dictado el acto, el particular afectado debe impugnarlo para poder evitar sus consecuencias. Creo que esta afirmación no se debe tomar en términos absolutos, pero supone un considerable avance respecto de las consecuencias a que lleva la posición tradicional.

Muy loable es por cierto el esfuerzo de Hutchinson para evitar las consecuencias irracionales e inconstitucionales de su ley, según las expresiones de Gordillo. Para eso, trata de asignarle al artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo un sentido que no coincide con el natural y obvio de los términos empleados.

Pero no parece necesario el esfuerzo de De Freitas, puesto que en Brasil no existe un texto de ese tipo.[22] Es notable el esfuerzo de este autor por evitar las nefastas consecuencias de la presunción de legitimidad del acto administrativo según el sentido natural de estos términos, pero entiendo que, si en Brasil no existe una ley como la argentina, lo que corresponde es no alterar el sentido de las palabras *presunción de legitimidad*, sino simplemente sostener la inexistencia de la *presunción de legitimidad*.

---

[19] Ibídem, pp. 162 ss.

[20] N. J. De Freitas: *Ato administrativo. Presunção de validade e a questão do ônus da prova,* Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 142.

[21] Ibídem, pp. 124 ss.

[22] Ibídem, p. 117.

Cae así la tercera de las consecuencias que Marienhoff extrae de la presunción de legitimidad.

5. Queda por analizar solo la primera: la de que no es necesario que la legitimidad de los actos administrativos sea declarada por la autoridad judicial.

Dicha afirmación es correcta. No es necesario que en vía jurisdiccional se declare la legitimidad de los actos administrativos para que estos sean aplicados. Pero esto no deriva de la presunción de legitimidad sino de la *ejecutividad*. A tal punto que un acto notoriamente ilegítimo, si es firme y estable, en caso de ser eficaz puede y debe ser ejecutado. Nada tiene que ver al respecto la presunción de legitimidad.

La presunción de legitimidad no sirve, pues, para extraer las cuatro consecuencias que de ella extrae Marienhoff.

## V

1. Como fundamento de la presunción de legitimidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha indicado que ella obedece a que el acto administrativo proviene de una autoridad o poder.[23] Esta tesis ha sido considerada por Hutchinson como *de orden sustancial*.[24]

Marienhoff rechaza, con acierto, esta postura, y sostiene que, si bien la administración debe actuar ajustando su conducta a la ley, en la práctica esto podría no ocurrir.[25]

Por eso se pliega a la doctrina que encuentra que el fundamento de la presunción de legitimidad "radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos".[26] Es la tesis que Hutchison denomina *de orden formal*.[27] En tal sentido, señala:

> María Rivalta, recordando a Treves, al referirse al fundamento de tal presunción de legitimidad, dice que es lógico que dicha presunción sea aceptada, por cuanto el acto administrativo procede de una autoridad pública, que tiene el deber de respetar la ley; es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados; debe observar frecuentemente determinada forma; antes de su eficacia está supeditada a una serie de controles, siendo entonces necesaria la intervención de varios organismos. Todas esas circunstancias inducen a considerar que en la mayor parte de los casos el acto administrativo se conforma a la ley (María Rivalta: *La motivazione degli atti amministrativi,* páginas 165-166).[28]

---

[23] Marienhoff: o. cit., t. II, pp. 369 ss., nota 377.

[24] T. Hutchinson: *Procedimiento administrativo de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur*, Ushuaia, 1997, p. 241.

[25] Marienhoff: o. cit., t. II, p. 369.

[26] Ibídem, p. 370.

[27] Hutchinson: *Procedimiento administrativo*…, o. cit., p. 241.

[28] Marienhoff: o. cit., t. II, p. 370, nota 378.

Esta tesis, a mi juicio, adolece de una gran ingenuidad. Por cierto que las cosas deben ser así, pero no siempre ocurren de ese modo. A esta postura de tipo *formal* cabe en definitiva la misma objeción que a la llamada de tipo *sustancial*.

Gordillo, reaccionando ante visiones como la de Marienhoff, expresó:

> La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos —aislado, y a veces ni siquiera sumados— no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable *per se*. Cabe pues concluir, de *lege lata*, que no están dadas en el derecho viviente las condiciones que se postulan para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo. Tiene razón Nava Negrete cuando sostiene que esta situación "se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona". Lo grave es que la justicia deja que la Administración se haga justicia por su propia mano, como si estuviéramos en el *Ancien Régime*.
>
> En el derecho argentino no existen todavía garantías efectivas, subjetivas y objetivas, para la emanación de los actos administrativos, por el exiguo cumplimiento de la ley de procedimiento administrativo y la ineficacia de los procedimientos judiciales existentes para tutelar en forma plena, eficaz y oportuna los derechos individuales: a lo que cabe agregar la ausencia de entes reguladores autónomos e independientes, no controlables por el Poder Ejecutivo.
>
> […] el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidiós, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.[29] [30]

Lo expresado por Gordillo con relación a Argentina resulta aplicable en el Uruguay, por lo que no se puede seguir la línea de las tesis de orden formal para fundar la presunción de legitimidad del acto administrativo.

2. Ante las falencias de estas posturas, un importante sector de la doctrina —Mairal,[31] Cassagne[32] y Barra,[33] por ejemplo— procuran un fundamento de orden práctico: si no

---

[29] Gordillo: o. cit., t. 3, pp. V. 14 ss.

[30] Aclaro que estimo que tampoco existe el a veces invocado principio de *presunción de constitucionalidad de la ley.*

[31] H. Mairal: *Control judicial de la Administración Pública,* Buenos Aires: Depalma, 1984, vol. II, pp. 775 ss.

[32] Cassagne: o. cit., t. II, p. 321.

[33] Barra, luego de reiterar los términos de Cassagne, agrega: "cuya raíz ética y ontológica parte de la concepción del bien común como causa final del Estado". R. C. Barra: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires: Ábaco, 1998, t. 1, pp. 273 ss.

existiera la presunción de legitimidad —dicen—, toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente al obstaculizar el cumplimiento de los fines públicos anteponiendo un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo, en definitiva, al interés público.[34]

Mairal explica que prefiere este fundamento diciendo:

> […] si se acepta el mero carácter estatal del acto como base del privilegio, será difícil hallarle un límite; al contrario, fundarlo en razones de conveniencia práctica permite restringir el privilegio a aquellos casos en que tal conveniencia lo exige.[35]

La ventaja señalada por Mairal del argumento práctico sobre los otros que podemos llamar ideológicos —ya que en definitiva los argumentos calificados por Hutchinson como sustanciales o formales son ideológicos— es innegable, pero tampoco me parece aceptable. Considero que el riesgo que pretenden evitar Mairal, Cassagne y Barra se evita por la *imperatividad* del acto administrativo, como sostiene Hutchinson,[36] de donde proviene la *ejecutividad*, y no como consecuencia de la presunción de legitimidad.

Esa *imperatividad*, como dice Hutchinson, deriva del poder político, el que a su vez deriva de la naturaleza humana. El hombre es un animal racional, por ser racional es social y por ser social es político.[37] El poder político está para ser ejercido y acatado, de ahí su *imperatividad*.

Lo dicho respecto del poder político es aplicable al acto administrativo como emanación del poder político. Por eso el acto administrativo es *ejecutivo*.

El acto administrativo goza del régimen de imperatividad. Como dice Hutchinson, es *ejecutivo,* configura una *décision exécutoire* —como dicen los franceses— y debe ser legítimo. Pero no necesariamente es legítimo.

---

[34] Cabe advertir, con todo, que Cassagne y Barra no se despegan del todo del fundamento del poder, ya que además del fundamento práctico indicado sostienen que la presunción de legalidad se basa en la presunción de la legitimidad de todos los actos estatales: ley, sentencia y acto administrativo (Cassagne: o. cit., t. II, p. 321; Barra: o. cit., t. 1, p. 273). Mairal, en cambio, rechaza la simetría del acto administrativo con los otros actos estatales. En tal sentido argumenta que "la actividad ejecutiva se desenvuelve en un plano jurídico inferior al de la ley (es sub-legal) y, además, está sujeta a revisión judicial a pedido del particular que cuestiona su validez. Desde este punto de vista, pues, la asimetría podría llevar a una conclusión contraria en la presunción de legitimidad del acto administrativo" (Mairal: o. cit., pp. 775 ss.). Comadira, por su parte, objeta esta posición de Mairal diciendo: "En primer lugar presumir legítimo el acto no importa equiparar, jerárquicamente, el acto a la ley, sino solo afirmar que aquel cumple, supuestamente, con el ordenamiento en el cual se incluye, por supuesto, la ley formal. En segundo término tampoco la revisión judicial conspira contra la presunción; en todo caso significa que ella puede ser desvirtuada ante el Tribunal. Por lo demás, también las leyes pueden ser revisadas constitucionalmente por el Poder Judicial (J. R. Comadira: *Derecho administrativo,* Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, 2003, p. 26).

[35] Mairal: o. cit., vol. II, pp. 775 ss.

[36] Hutchinson: "Breves reflexiones…", o. cit., p. 153.

[37] Aristóteles: *La política,* Buenos Aires: Tor, 1965, pp. 7 ss.; Tomás de Aquino: "Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes", en ídem: *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes,* México: Porrúa, 1975, pp. 257 ss.; F. Suárez: *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político hispanoamericano,* Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 31 ss.

Piénsese por ejemplo en uno de esos casos en que, conforme al artículo 311 de la Constitución, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo anuló un reglamento en virtud de una sentencia con efectos limitados al proceso. En tal hipótesis, el reglamento no queda extinguido, sino simplemente desaplicado para el caso concreto. Podrá así ser aplicado fuera de las partes en ese proceso, pero para esa aplicación sería absurdo invocar una presunción de legitimidad, cuando, como se ha visto, el órgano jurisdiccional competente se ha pronunciado por la ilegitimidad.

Por eso un sujeto que no cumple un acto administrativo que considera ilegítimo no puede ser sancionado si luego ese acto es anulado o revocado por razones de legitimidad. Pero si eso no ocurre, ese sujeto sufre las consecuencias por el incumplimiento del acto. En otras palabras, el acto se ejecuta con independencia de su legitimidad: el destinatario asume el riesgo por sus decisiones.[38]

3. Bien se puede decir con Hutchinson que la presunción de legitimidad es técnicamente insostenible[39] y además innecesaria,[40] por no ser correctas las consecuencias que de ella se pretende derivar.

La presunción de legitimidad del acto administrativo tiene un origen autoritario,[41] es un resabio del absolutismo. El Estado absolutista surgido luego de la Edad Media, cuando se produjo una triple unificación del poder —unificación del poder político, del poder militar y de la hacienda pública—, significó la realización de la noción de soberanía de Bodino,[42] en lo interno y en lo externo. El poder del Estado no tenía límites, no estaba sometido al derecho. Los actos jurídicos estatales, por el solo hecho de constituir una manifestación del poder público —soberano—, no podían ser sino legítimos.

Esta concepción pasó al derecho administrativo continental y, por influencia de este, en general al latinoamericano a través de la Revolución Francesa, que tuvo en este aspecto una visión autoritaria. La revolución le cortó la cabeza al rey, trasladó el poder a la Asamblea conforme a las ideas de Rousseau y concibió una justicia administrativa, por lo menos en sus comienzos, más protectora de las prerrogativas de la Administración —tal como lo sugiere el título del conocido libro de Mestre[43]— que de los derechos humanos. Al tratar estos temas, Hutchinson dice, con razón, que reflejan la oculta raíz autoritaria, termidoriana, del derecho administrativo francés.[44] Y yo agregaría *napoleónica,* puesto que el Consejo de Estado es creado por la Constitución del año VIII, más allá de sus remotas raíces que llegan hasta el Consejo del Rey del Antiguo Régimen.

---

[38] Gordillo: o. cit., t. 3, pp. V. 20 ss.

[39] Hutchinson: "Breves reflexiones…", o. cit., p. 150.

[40] Ibídem, pp. 153 ss.

[41] Ibídem, p. 150.

[42] Bodino definía la soberanía como "la puissance absolue et perpétuelle d'une République" (J. Bodin: *Les six livres de la République,* Bordeaux: Confluences, 1999, p. 46.

[43] A. Mestre: *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, París: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1974.

[44] Hutchinson: "Breves reflexiones…", o. cit., p. 150.

Pero esta concepción es incompatible con el Estado constitucional de derecho previsto en nuestra Constitución.[45] En esta línea, Sergio Ferraz y Adilson Abreu Dallari indicaron que la presunción de legitimidad

> […] é um reflexo brutal do autoritarismo, característica da Administração Pública brasileira, utilizado como instrumento de satisfação de interesses particulares, mas que não pode ser mantido, pelo menos com a mesma configuração e intensidade, nos tempos atuais, pois o Estado de Direito não convive com meios de favorecimento ao arbítrio, e a emergência do conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos, seja qual for o escalão ao qual pertençam.[46]

4. Por las razones expuestas no cabe admitir la presunción de legitimidad de los actos administrativos en nuestro derecho, sobre todo ante la ausencia de ley expresa al respecto, como la que se ha visto existe en Argentina.

Véase además que con la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo menos en la forma en que se pretende aplicar en el Uruguay, se desconocen claros principios generales del derecho.

Así, por ejemplo, la presunción de legitimidad implica el desconocimiento del principio de oficialidad o de instrucción expresamente recogido en el artículo 2, literal *c,* del decreto n.º 500/991, del 27 de setiembre de 1991, principio instrumental ligado al de verdad material,[47] ya que procura que el acto administrativo resultante del procedimiento se ajuste a la verdad. Bien decía Cajarville Peluffo:

> En el principio de impulsión de oficio, en su relación con el de verdad material, está implícito el *principio de instrucción*, que impone a la Administración el deber de realizar todas las diligencias probatorias necesarias para esclarecer la realidad de los hechos relevantes.[48]

Y también decía, con razón:

> […] el principio de verdad material no autoriza a prescindir de la prueba.[49]

---

[45] Durán Martínez: "La presunción de legitimidad…", o. cit., p. 242.

[46] Citado por De Freitas: o. cit., p. 137.

[47] H. Frugone Schiavone: "Principios del procedimiento administrativo", en AA. VV.: *El nuevo procedimiento administrativo,* Montevideo: Secretaría de la Presidencia de la República, Programa Nacional de Desburocratización, 1991, 2.ª ed., pp. 31 ss.

[48] J. P. Cajarville Peluffo: "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en ídem: *Sobre derecho administrativo,* Montevideo: FCU, 2.ª ed. ampliada, 2008, t. II, p. 191.

[49] J. P. Cajarville Peluffo: "Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Principios del procedimiento administrativo de los órganos del Mercosur", en ídem: *Sobre derecho administrativo,* o. cit., t. II, p. 154.

Cuestionada en vía administrativa la legitimidad de un acto administrativo por un particular, la Administración no se puede descansar en el seudoprincipio de presunción de legitimidad y esperar a que el particular pruebe el vicio del acto. Debe de oficio investigar la cuestión a los efectos de averiguar la verdad. La Administración tiene el deber de buscar la verdad.[50] Por eso, con acierto, también observaba Cajarville Peluffo:

> […] el deber de instruir debidamente y de resolver conforme a la verdad material descarta en el procedimiento administrativo la aplicación de los principios de carga de la prueba propios del procedimiento civil.[51]

Es importante tener en cuenta el acápite del artículo 2 del decreto n.º 500/991, del 27 de setiembre de 1991, que antecede a los principios generales que rigen la actuación administrativa que a continuación enumera. Ese acápite dice:

> La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales: […].

Este texto se inspira claramente en el artículo 103 de la Constitución española, cuyo primer inciso dice:

> La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Teniendo en cuenta este artículo y coordinándolo con el 106,[52] Martín Rebollo afirma que la Constitución concibió una Administración eficaz y controlada.[53]

Aunque en nuestra Constitución no existe un texto del mismo tenor que el español, del contexto de la Carta se desprende la misma afirmación.[54]

> La Administración existe para servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho objetivo. Esa es su razón de ser, el fin que justifica su existencia. Este principio rige por ello toda la actividad de la

---

[50] A. Durán Martínez: "La prueba en el procedimiento administrativo", en ídem: *Estudios de derecho administrativo*…, o. cit., p. 146.

[51] Cajarville Peluffo: "Introducción…", o. cit., p. 192.

[52] El primer inciso del artículo 106 dice: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican".

[53] L. Martín Rebollo: *Leyes administrativas,* Navarra: Thomson-Aranzadi, 13.ª ed., 2007, p. 163.

[54] A. Durán Martínez: "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en ídem: *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 15 ss.

> Administración, y por supuesto también la instrumental en que consiste el procedimiento administrativo.[55]

Por eso este principio, aunque esté enunciado en el Uruguay en un decreto del Poder Ejecutivo, no tiene valor y fuerza de reglamento. Los principios, por el hecho de ser recogidos en un texto de derecho positivo, no dejan de ser principios.[56] En el caso, pues, este principio tiene por lo menos valor y fuerza de Constitución. Y ese mismo valor y fuerza tienen los principios expresamente enumerados en el artículo 2 del citado decreto n.º 500/991, puesto que en definitiva derivan del consignado en el acápite.

Siendo así las cosas, si la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, si debe actuar con sometimiento pleno a derecho, si su actividad es controlada jurisdiccionalmente, no se puede por principio presumir la legitimidad de los actos administrativos.

La Administración debe siempre procurar la verdad. Si no lo hace y se descansa en la presunción de la legitimidad de sus actuaciones, desconoce los principios de oficialidad, verdad material y legalidad objetiva. Y si se produce una impugnación jurisdiccional, el juez administrativo no puede evitar verificar el cumplimiento de estos principios y en general no puede dejar de controlar si la Administración sirvió con objetividad los intereses generales y actuó con sometimiento pleno al derecho. No puede así el juez administrativo escudarse en esa inexistente presunción de legitimidad para incumplir su deber.

Si en el marco de una acción anulatoria el Tribunal de lo Contencioso Administrativo advierte que el fundamento jurídico invocado por el actor no es correcto, pero que corresponde la anulación por otro vicio no señalado en la demanda, debe anular; no puede invocar la presunción de legitimidad y confirmar el acto. El principio *jura novit curia* impone la solución propiciada.

Por otro lado, las diligencias probatorias de oficio previstas en el artículo 73 y segundo inciso del artículo 78 del decreto-ley n.º 15524, del 9 de enero de 1984, y las medidas para mejor proveer previstas en el artículo 81 del mismo decreto-ley,[57] demuestran que

---

[55] Cajarville Peluffo: *Garantías constitucionales*…, o. cit., p. 153.

[56] J. González Pérez: *La dignidad de la persona humana,* Madrid: Civitas, 1986, p. 85; A. Durán Martínez: "El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", en ídem: *Estudios de derecho público*, o. cit., vol. II, pp. 261 ss.

[57] "*Artículo 73.* Si la parte demandada no opone las excepciones referidas en el artículo 66, evacuado el traslado de la demanda o acusada rebeldía, el Tribunal procederá en la forma prevista en el artículo 67, cuando correspondiere.

"En caso contrario, si las partes hubiesen ofrecido prueba o el Tribunal lo considerase necesario por entender que los hechos expuestos son de indudable trascendencia para la resolución del pleito, o no haber acuerdo de las partes sobre los mismos, se abrirá la causa a prueba por el término de sesenta días.

"El Tribunal podrá ordenar las diligencias probatorias y solicitar los informes que considere conducentes."

"*Artículo 78.* Los representantes de las personas jurídicas de derecho público y los apoderados que comparezcan en juicio por las mismas, no pueden ser citados a absolver posiciones.

"Sin embargo, el Tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, requerir de aquella informes escritos sobre hechos cumplidos por las personas físicas que las integran o representan, concer-

el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si tiene dudas, no puede ampararse en la cómoda *presunción de legalidad,* sino que debe emplear todos los medios que la ley puso a su alcance para averiguar la verdad. Esas normas confieren al Tribunal *poderes-deberes* que no puede dejar de ejercer cuando las circunstancias lo requieran para averiguar la verdad.

Tampoco el juez ordinario se puede descansar en la tan a menudo invocada *presunción de legitimidad* del acto administrativo. Como bien ha expresado Gordillo:

> […] el juez no puede, sin abdicar de lo más elemental de su función que es *decir el derecho*, y partir a la inversa de una mal entendida solidaridad con el poder o la administración, ni tener una postura de compromiso inicial con el acto, las leyes, sentencias, etc.: su compromiso inicial y también último es con la justicia y el orden jurídico, en cuya cúspide se halla el orden público internacional, los tratados internacionales y supranacionales y la Constitución Nacional. Ese es el compromiso de un juez, que ejerza su *jurisdictio*. Pues no será decir el derecho, sino mentirlo, preferir a los actos de menor rango en la escala normativa, que son del poder de turno, y preterir a las normas supremas del ordenamiento, que son las permanentes de un orden jurídico respetuoso del bien común.[58]

A esos males denunciados por Gordillo lleva la presunción de legitimidad del acto administrativo, pues partir del principio de que el acto administrativo es legítimo significa privilegiarlo respecto a las reglas de derecho supravalentes. Esto significa privilegiar a la Administración frente a los otros poderes, en claro desmedro de los derechos humanos, lo que es inadmisible en el Estado constitucional de derecho. La Administración puede tener prerrogativas, no privilegios; pero esas prerrogativas existen en consonancia con el ordenamiento jurídico, sin que puedan significar su alteración, que es precisamente lo que produce la presunción de legitimidad del acto administrativo.

Por último, no puede perderse de vista que uno de los aspectos que legitima democráticamente al órgano jurisdiccional, como acertadamente lo destacó recientemente Van Rompaey, es "la argumentación razonable y racional que debe motivar o fundamentar sus fallos".[59] Es obvio que esto no se logra con una fundamentación basada en la *presunción de legitimidad* del acto administrativo.

---

nientes a la materia en cuestión y la exhibición y entrega de cosas o documentos en su poder, cuando su conocimiento se estime necesario a los fines del proceso."

"*Artículo 81.* Después del decreto de conclusión de la causa, quedará cerrada toda discusión; no podrán admitirse alegatos escritos ni verbales, ni producirse más prueba ni aun por medio de posiciones, salvo las que el Tribunal creyere oportunas para mejor proveer, o solicitare un Ministro para mejor estudio.

"La prohibición no alcanza al desistimiento de la acción ni al pedido de clausura que se presente por haber sido revocado el acto en sede administrativa por razones de legalidad."

[58] Gordillo: o. cit., t. 3, p. V.29.

[59] L. Van Rompaey: "Justicia y sociedad", en *La Ley Uruguay*, año I, n.º 1, octubre del 2008, p. 2.

La objeción democrática que a menudo se le hace al juez que controla los actos estatales, por lo menos los dictados por los órganos representativos, se contesta fácilmente en nuestro medio por las potestades que la Nación directamente ha conferido al órgano jurisdiccional por medio de la Constitución. Pero eso no basta. La legitimación de origen es necesaria pero no suficiente; se requiere la legitimación que proviene del ejercicio de la función, y en el ámbito jurisdiccional ella proviene de la argumentación.

Las presunciones son útiles en el ámbito jurídico solo en la medida en que no se distorsione la realidad. Como bien ha expresado De Freitas, el derecho fue concebido para el hombre real y no para el hombre presunto.[60] La presunción de legitimidad del acto administrativo, tal como es tomada en el Uruguay, prescinde de la realidad y afecta o, más bien, evita la argumentación, con lo que deslegitima la sentencia dictada con esa apoyatura. Y la cosa es aun peor cuando, como sucede en el Uruguay, se invoca la *presunción de legitimidad* para desconocer la *presunción de ilegitimidad* impuesta por el artículo 6 de la ley n.º 15869, del 22 de junio de 1987,[61] puesto que al hacerlo se desconoce abiertamente la ley.

5. Cea Egaña advirtió con razón que la conquista más importante del neoconstitucionalismo es la protección judicial de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales frente a la ley y demás actos estatales, además de, por supuesto, frente a actos de los particulares.[62]

Los jueces tienen así hoy en día una gran responsabilidad, mucho mayor que en otros tiempos. Son guardianes del derecho, aunque no señores del derecho. Son "los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia".[63]

Los jueces deben ser conscientes de esto y actuar en consecuencia. Mal paso daríamos si se razonara con base en la presunción de legitimidad de los actos administrativos o, en su caso, legislativos, pues eso convierte al controlado en *señor* del controlador, lo que es incompatible con una adecuada tutela de los derechos humanos.

---

[60] De Freitas: o. cit., p. 145.

[61] Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo n.º 534, del 4 de setiembre del 2002; Durán Martínez: *Contencioso administrativo,* Montevideo: FCU, 2007, pp. 227 ss.; Durán Martínez: *La presunción*…, o. cit., p. 251.

[62] J. L. Cea Egaña: "Legitimación de la democracia por el nuevo constitucionalismo", en *Estudios Jurídicos,* n.º 4, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007, p. 29.

[63] G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* Madrid: Trotta, 2005, p. 153.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 863-878, ISSN 1510-4974

**Martín Risso Ferrand (Uruguay)***

# Desafíos del Estado de derecho

## RESUMEN

**Partiendo de una noción moderna de Estado de derecho, generalmente aceptada en nuestros tiempos, se procura individualizar los principales desafíos y problemas que enfrenta esta noción en Latinoamérica. Reconociendo la inmensa variedad y complejidad de las realidades en el continente, y que todos los contenidos del Estado de derecho presentan problemas, se opta por analizar los desafíos en uno de los componentes básicos del Estado contemporáneo, como es la existencia de contralores efectivos sobre los gobernantes. En dicho análisis se advierten como problemas centrales el olvido o desnaturalización de principios básicos y centrales en la materia, como son el parlamento democrático, el principio de reserva legal y el principio de separación de poderes. Se señala asimismo la necesidad de revalorizar estos conceptos a los efectos de la correcta evolución y consolidación del Estado de derecho en la región.**

**Palabras clave:** **Estado de derecho, poder público, América Latina.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Ausgehend von einem modernen, heute allgemein anerkannten Rechtsstaatsbegriff sollen die wichtigsten Herausforderungen und Probleme herausgearbeitet werden, denen er zur Zeit in Lateinamerika begegnet. Angesichts der gewaltigen Vielfalt und Vielschichtigkeit der Realität dieses Kontinents und der Tatsache, dass alle Inhalte des Rechtsstaates Probleme aufweisen, konzentriert sich die Analyse der Herausforderungen auf eine wesentliche Komponente des heutigen Staates, nämlich das Vorliegen von effektiven Mechanismen zur Kontrolle der Regierung. Wie aus der Analyse hervorgeht, stellt die Tatsache, dass wesentliche Grundelemente des Rechtsstaats wie das demokratisch gewählte Parlament, das Prinzip des Gesetzesvorbehalts und das Prinzip der Gewaltenteilung in Vergessenheit geraten oder zweckentfremdet werden, das Hauptproblem dar. Die Notwendigkeit einer Aufwertung dieser Begriffe wird betont, um eine korrekte Entwicklung und Konsolidierung des Rechtsstaats in der Region sicherzustellen.**

**Schlagwörter:** **Rechtsstaat, Staatsgewalt, Lateinamerika.**

---

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. ‹martinrisso@netgate.com.uy›

**ABSTRACT**

**On the basis of the generally accepted modern rule of law concept, this paper intends to identify its major challenges and problems in Latin America. Being aware of the diversity and complexity of Latin American realities, and of the problems raised by all rule of law elements, this paper focuses on the discussion of challenges posed by one of the basic components of the contemporary State: effective controls on rulers. The major issues identified in this analysis are disregard or distortion of basic and essential principles such as a democratic parliament, requirement of laws and separation of powers. Emphasis is put on the need for revaluing these concepts to promote the proper development and consolidation of the rule of law in this region.**

**Keywords: rule of law, public powers, Latin America.**

## 1. Objeto

El presente trabajo procura analizar algunos de los desafíos que se le presentan al Estado de derecho en Latinoamérica a principios del siglo XXI.

A estos efectos se parte de un concepto de Estado de derecho generalmente compartido en nuestros tiempos, que reconoce a esta forma de organización como aquella en que todos, sin excepción alguna, están sometidos a derecho (en ningún caso resulta válido el actuar contra o fuera de la Constitución, de la misma forma que no puede aceptarse el ejercicio no razonable o desproporcionado de los poderes conferidos a las autoridades públicas). Ello se estructura sobre tres bases principales: a) sometimiento de todos, gobernantes y gobernados, sin excepción, al derecho; b) reconocimiento y razonable protección de los derechos humanos, y c) existencia de un sistema de contralor razonablemente efectivo sobre quienes ejercen el poder público.

Estas tres bases, pilares o dimensiones del Estado de derecho tienen hoy un contenido preciso. La sumisión de todos al derecho puede definirse conforme a un grupo de principios sobre los cuales existe cierta unanimidad en la comunidad internacional. Estos son los principios de constitucionalidad, legalidad, publicidad y transparencia del obrar público, jerarquía normativa, irretroactividad de las normas, descentralización del poder y responsabilidad (civil, política, penal y administrativa). También la determinación de cuáles son los derechos humanos es algo relativamente sencillo ya que la colectividad internacional y regional, a través del derecho internacional de los derechos humanos, ha definido qué son y cuáles son los derechos humanos, por lo que los Estados solo tienen en la materia libertad para establecer limitados matices en el reconocimiento y la protección de estos derechos.

El tercer componente del Estado de derecho —control efectivo de los titulares del poder público—, que en sus orígenes se limitaba prácticamente al viejo aunque siempre vigente principio de separación de poderes, hoy ha cobrado una importancia y un desarrollo considerables. Así encontramos un entramado de contralores jurídicos, administrativos, políticos, jurisdiccionales, parlamentarios, populares, etcétera. En

medio de esta vastedad es frecuente que se hable hoy de la teoría del control, en la cual, aún en nuestros días, el principio de separación de poderes sigue teniendo un rol fundamental.

No corresponde en este artículo ingresar en lo que refiere al tránsito del Estado *liberal* de derecho al Estado *social* de derecho, ni a la evolución del Estado *legal* de derecho hacia el Estado *constitucional* de derecho. Tampoco me detendré en el análisis de si estos matices son suficientes para al estado actual, en el siglo XXI, del Estado de derecho o si se requiere de nuevos ajustes para la situación contemporánea.

El objeto de este trabajo es reparar en los grandes problemas, desafíos o amenazas que enfrenta el Estado de derecho en Latinoamérica. Y todavía en este punto deberán efectuarse otras precisiones, ya que todos los componentes del Estado de derecho, lamentablemente y sin excepción alguna, presentan problemas en la región. Constatado esto, por demás evidente, el análisis se limitará a ciertos problemas comunes, o al menos muy generalizados, de los Estados latinoamericanos, que refieren a la tercera base del Estado de derecho: problemas en el control de los titulares de los poderes públicos.

Una precisión final refiere también a algo muy evidente. Fácil es advertir que el grado de desarrollo democrático en América Latina es muy desigual. Si seguimos el estudio realizado por Economist[1] (*Economist Intelligence Unit Democracy Index* actualizado a 2008), solo dos países de América Latina ingresan dentro de la categoría de democracias plenas, mientras que los demás se encuentran en las categorías de democracias imperfectas, sistemas híbridos y regímenes autoritarios, lo que contradice abiertamente la ligera afirmación de que en América Latina con excepción de Cuba todos son Estados democráticos.[2] Esta situación hace que muchos de los comentarios que se realizarán refieran a distintos regímenes, lo que complicará notoriamente el análisis del tema.

## 2. El control de los titulares del poder

Karl Loewenstein señalaba que la historia del *constitucionalismo* es la historia de la lucha del ser humano por controlar a quienes tienen el poder. Incluso esta noción puede ser utilizada para los tiempos en que la noción de constitucionalismo no existía, pero sí se aprecia esa lucha por contener a los titulares del poder y lograr un justo ejercicio de este.[3]

En este largo proceso hubo logros relevantes. No en un momento histórico determinado, sino en medio o como consecuencia de un largo proceso, el abandono del monarca absoluto que concentraba la totalidad del poder y la aparición de un parlamento democrático (a veces sustituyendo a la monarquía y otras conviviendo con

[1] ‹www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY_INDEX›.

[2] Esta afirmación, sin duda incorrecta, responde una simplificación de la cultura popular que considera que para que haya una democracia es suficiente que se realicen elecciones periódicamente. Esta noción de democracia como mero gobierno de las mayorías es inaceptable.

[3] Karl Loewenstein: *Teoría de la constitución,* Barcelona: Ariel, 1970, pp. 150 y 157.

esta), al que se le daba la competencia para resolver las cuestiones más trascendentes y todo con el desarrollo del principio de separación de poderes como forma de controlarse recíprocamente los centros de autoridad, constituyó sin duda uno de las avances más importantes para el control de los titulares del poder: parlamentos democráticos, principio de reserva legal y principio de separación de poderes.

Otros logros relevantes, aunque no separables de los anteriores, se ponen de manifiesto con el reconocimiento de derechos de los individuos que se pueden hacer valer frente a los titulares del poder y con la garantía jurisdiccional que implica que las intervenciones principales que puede sufrir un individuo en sus derechos deban estar rodeadas de ciertas garantías: principio del debido proceso, intervención y garantías jurisdiccionales, etcétera.

Uno podría decir que los logros mencionados en los dos párrafos precedentes son tan evidentes, tan claros, que hay un antes y un después en materia de control del poder, y hoy nadie puede cuestionar lo ya logrado. Pero lamentablemente no es esto así en América Latina. Por el contrario, nos encontramos con que lo anterior es desconocido, olvidado o ignorado con preocupante frecuencia.

## 3. Garantías formales

Limitando el análisis de lo que, con una terminología en cierta forma anticuada, podríamos denominar garantías *formales,* y deteniéndonos en las tres más importantes (parlamento democrático, principio de reserva legal y principio de separación de poderes), nos encontramos con un panorama preocupante en nuestro continente.

La trascendencia teórica y práctica de los parlamentos democráticos, que deriva de su integración (representan razonablemente los intereses relevantes de la sociedad), de su forma renovación (los legisladores deben comparecer frente a los electores regularmente y estos los reelegirán o no, lo que asegura cierta coherencia entre lo que representados y representantes piensan), de su funcionamiento (una mayoría y una minoría que se controlan recíprocamente), de sus sesiones públicas, etcétera, se olvida con cierta frecuencia. Claro ejemplo de esto podemos encontrar en la Constitución de Ecuador del 2008, que en su artículo 158 establece: "La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, […] de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo […]". Esta disposición lleva implícito un desconocimiento del rol del parlamento democrático y, lo que es peor: parte de supuestos inaceptables, tales como que el proyecto nacional, encarnado en la figura del presidente, puede ser obstaculizado por el Legislativo, por lo que se buscan y establecen herramientas para evitar que el Parlamento interfiera en el proyecto común de la sociedad. En este esquema el Parlamento aparece totalmente disminuido y relegado a un rol secundario, y se procura que no interfiera en la tarea de gobierno.

Algo similar ocurre con la noción de *reserva legal,* que, si bien históricamente implicó un avance contra los monarcas absolutos, a los que se despojó de las principales prerrogativas, las cuales pasaron al parlamento democrático, tiene una importancia

y una lógica evidente. La reserva legal no es solo el resultado de una lucha histórica, sino una noción lógica y democrática. Las principales decisiones de gobierno, aquellas que mayor impacto podrán tener en los individuos —como las restricciones o reglamentaciones de los derechos humanos, la expedición de normas penales, el establecimiento de tributos, la determinación del presupuesto nacional, la aprobación de tratados, etcétera— son competencia de los parlamentos. ¿Por qué? Porque estas decisiones tan trascendentes no puedan ser tomadas por un grupo reducido, normalmente del mismo partido político, y luego comunicadas a la población, sino que tienen que ser discutidas públicamente en ámbitos en que estén representados todos los partidos políticos, discusiones que puedan ser seguidas por la opinión pública, la cual podrá eventualmente incidir en las decisiones antes de que se adopten. Y, fundamentalmente, por una razón evidente: si el Parlamento representa todas las tendencias políticas y de opinión de la sociedad, solo mediante la discusión democrática podrá aceptarse la legitimidad de lo que se resuelva. Si la discusión y el juego de fuerzas políticas impiden que se tomen ciertas decisiones, nadie tendrá autoridad democrática para pasar por encima del Parlamento y aprobar igualmente las normas.

En nuestro continente podemos encontrar tres problemas en lo que a reserva legal refiere:

1. En algunos países se viola directamente este principio en la medida en que el gobierno (apoyado por parte de la población) cree que puede pasar por encima del Parlamento (esta posición lleva implícito un desprestigio social del Parlamento, al que se considera como un ámbito de discusión inútil y muchas veces como un freno al desarrollo). Esta situación está asociada a la presencia de líderes carismáticos que aparecen frente a ciertos sectores de la población (muchas veces mayoritarios) como la encarnación de los valores populares y sociales que enfrenta todos los obstáculos para el bienestar de la población, y entre esos obstáculos puede estar también el Parlamento.
2. En otras ocasiones encontramos que la propia Constitución habilita que se eluda el principio de reserva legal, permitiendo que el Ejecutivo dicte decretos con fuerza de ley, reglamentos de urgencia o similares. En el año 2008 en Argentina tuvimos un buen ejemplo del ejercicio de estas prerrogativas constitucionales con los tributos a la soja. Luego de diversos problemas el tema llegó al lugar natural para su elucidación: el Congreso.
3. Por último aparecen casos en que el desconocimiento de la reserva legal se presenta: a) por una tendencia de las mayorías legislativas a remitir sin motivo válido buena parte de la regulación legal al decreto reglamentario del Ejecutivo (en países como Uruguay este vicio está tan arraigado que a veces se aprecia que muchos legisladores consideran que la regla es que exista un decreto reglamentario del Ejecutivo que complemente la legislación, sin advertir que lo normal es justamente lo contrario), y b) con excesos del Ejecutivo, que a la hora de reglamentar la ley se considera facultado para introducir ciertos "ajustes" en el texto legal que pueden modificar la decisión

legislativa. Es claro que esta desviación del principio de reserva legal debe considerarse como la menos grave si se compara con las anteriores, pero quizás sea la más inadmisible: si se respeta la reserva legal, ¿qué sentido puede tener esta desviación en beneficio del Poder Ejecutivo?

El principio de separación de poderes aparece casi olvidado en varios países de nuestro continente. Sin perjuicio de los teóricos anteriores y reconociendo la importancia de Montesquieu[4] en su desarrollo, debe recordarse que este autor pretendía con este principio asegurar la libertad ante la evidente constatación de que normalmente el hombre con poder tiende a abusar de su posición (a avanzar lo máximo posible, o excederse, en el ejercicio de dicho poder). A los efectos de alcanzar el mencionado fin se procede a la separación del poder en tres grandes centros que actuarán recíprocamente como frenos y contrapesos. Cada centro de poder, y todo centro de autoridad, encontrará un freno a su accionar y un contrapeso.

Existen dos conceptos básicos en la materia: por un lado la concepción francesa del principio de separación de poderes y por otro la estadounidense, que es más precisa y razonable (un sistema de poderes entrelazados que se controlan y complementan recíprocamente). Quienes establecen las reglas generales no las ejecutan ni resuelven los litigios; quienes ejecutan las reglas generales no las establecen ni resuelven los litigios, y quienes resuelven los litigios con autoridad de cosa juzgada para el caso concreto no establecen las reglas generales ni las ejecutan.[5]

En América Latina se advierten procesos de concentración de poder no encubiertos sino explícitos, presentados a la opinión pública como algo necesario y conveniente. Normalmente estos procesos están asociados a líderes carismáticos que con invocaciones a las masas pretenden concentrar el poder y perpetuarse en él. Estas tendencias populistas o, si se prefiere, *neopopulistas* conducen a desconocer una de las herramientas más importantes y sabias de la organización política: el principio de separación de poderes.

En definitiva, tanto los parlamentos democráticos, como el principio de reserva legal, como el principio de separación de poderes, presentan claras insuficiencias en nuestro continente. Pero no debe limitarse el análisis a la constatación de esta realidad y a criticarla, sino que debe repararse en las causas de estos procesos regresivos. La situación económica, social y cultural de las inmensas mayorías en la región conduce a que no se advierta la trascendencia de estas garantías. La solución pasa por la educación, el bienestar económico y social, pero fundamentalmente por gobernantes que

---

[4] Montesquieu (Charles de Secondant, barón de La Brède y de Montesquieu): *El espíritu de las leyes*, México: Oxford University Press, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, 1999, pp. 108 ss. Francisco Fernández Segado: "'Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges'. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)", en *Teoría y realidad constitucional,* n.º 19, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, setiembre del 2007, pp. 58 ss.

[5] La fórmula presenta una sabiduría evidente. No deja de llamar la atención cómo se olvida esto en América Latina y los enormes problemas políticos, económicos y sociales que causa la ruptura de este equilibrio entre los poderes.

no aprovechen la realidad para consolidar proyectos personales, sino que adviertan que el Estado de derecho no es consecuencia del desarrollo económico y social sino condición necesaria para que ese desarrollo se produzca.

No deja de ser penoso ver cómo tres logros históricos de la humanidad en la lucha por controlar el poder (parlamentos democráticos, reserva legal y principio de separación de poderes) son ignorados olímpicamente en nuestro continente.

## 4. Garantías materiales

Brevemente corresponde referir a las que podríamos señalar como garantías materiales para contener el ejercicio del poder público. Estas garantías materiales aparecen asociadas a los derechos de los individuos que pueden hacerse valer frente al Estado y frente a los gobernantes y, entre otras igualmente importantes, resulta importante referir ahora a tres.

A partir de la Segunda Guerra Mundial surge una preocupación más marcada en las constituciones a la hora de establecer los márgenes dentro de los cuales podrán actuar los titulares de los poderes públicos. Estos márgenes pueden aparecer como márgenes en la fijación o elección de los fines por quien ejercita la potestad pública, o como márgenes en cuanto a los medios que pueden utilizarse para procurar la obtención de dichos fines. La competencia no se confiere en forma vacía, sino que de la propia Constitución pueden extraerse, no sin dificultades a veces, estos márgenes que deben encauzar la labor del titular de la atribución pública.

Lamentablemente en nuestro continente, como todos sabemos, también se pretende eludir estos límites en los procesos de concentración de poder ya mencionados.

En segundo lugar debe destacarse la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales incorporado en el apartado 2 del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn. Esta solución, que se trasladó al derecho español (artículo 53.1), implica que, además de que solo por ley puede limitarse un derecho humano, nunca podrá afectarse el reducto último que compone la sustancia del derecho, sin el cual (aunque solo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental refiere.[6] Esta noción de contenido esencial, extraordinariamente difícil de precisar,[7] es, en tanto procura definir un núcleo duro e ilimitable respecto a cada derecho, un avance trascendente a los efectos de evitar los excesos del poder público sobre los derechos de los individuos.

En tercer lugar aparece un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados que pretenden limitar, establecer márgenes, restringir las potestades del legislador en el momento de reglamentar o limitar derechos humanos. No basta con que exista una ley

[6] Sobre la utilización de esta noción en Uruguay puede verse Martín Risso Ferrand: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos,* Montevideo: FCU, 2008, pp. 47 ss.

[7] Humberto Nogueira Alcalá: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales,* t. I, Santiago de Chile: Librotecnia, 2007, pp. 99-115, distingue al menos siete formas de aproximarse a esta noción: teoría absoluta, teoría relativa, teorías subjetivas, teorías objetivas, teorías mixtas, teoría institucional y teoría razonable.

emanada del parlamento democrático para que sea válida la restricción del derecho, sino que además se requiere que dicha ley haya sido dictada por razones de interés general, de interés público, procurando el bien común, etcétera.

Estas nociones, complejas como todo concepto jurídico indeterminado, nacidas como garantías de los derechos humanos, se han venido desvirtuando en los hechos y hoy es común encontrar en Latinoamérica que, más que como garantías de los derechos humanos, estos conceptos se usan como excusas para la degradación y vulneración de los derechos humanos. No deja de ser penoso que conceptos incuestionablemente nacidos como límite a quienes ejercen el poder público se hayan deformado en muchos países y se usen como justificación o excusa para cualquier limitación o violación de los derechos humanos. Y es particularmente grave que en un continente en el que no hace mucho los gobernantes (dictadores) de turno invocaron nociones como la de *seguridad pública* o *defensa de la Nación o de la patria* para desconocer derechos humanos y hacer desaparecer a sus opositores, hoy se vuelva irresponsablemente a hacer lo mismo y a admitir que hay ciertos conceptos que constituyen excusas o guías que habilitan o conducen a violar derechos humanos. Por supuesto que, al igual que ocurrió en las dictaduras, las limitaciones de los derechos humanos siempre perjudican a los que no pertenecen al gobierno.

La Corte Interamericana hace mucho que advirtió el riesgo de manipulación de estos conceptos jurídicos indeterminados y señaló que es inadmisible interpretarlos si no es en forma de reconocer su rol de garantías de los derechos humanos. Esta situación, y partiendo del propio artículo 30 de la Convención, ha llevado a la Corte Interamericana a señalar:[8]

> La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio de que las restricciones han de ser aplicadas con el propósito para el que han sido establecidas se encontraba ya en el Proyecto de Convención de Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959, mientras que la referencia a las razones de interés general recién apareció en el año 1969 en una enmienda al texto final.
>
> Ha dicho la Corte que la exigencia de razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de

[8] Opinión consultiva n.º 6, del 9 de mayo de 1986. También la expresión ha sido utilizada en el derecho constitucional italiano; al respecto Sergio Fois: *Principi fondamentali diritti e dovere dei cittadini nella costituzione italiana*, Maggioli, 1.ª reimp., 1992, p. 42. No deja de ser interesante recordar a Georges Burdeau (*El liberalismo político*, Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1979, pp. 171 ss.) cuando señalaba la noción de interés general por oposición a intereses particulares, pero de un interés general descarnado, exangüe, y que no asigna a la política sino un terreno notablemente exiguo. Se llega así a la asombrosa afirmación de Benjamín Constant, para quien "el interés público no es sino los intereses individuales imposibilitados recíprocamente de perjudicarse". Protegidos por este orden que impide que la rivalidad entre los intereses degenere en una anarquía o en guerra civil, los individuos son libres de desarrollar sus iniciativas.

> interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad" (párrafo I de los Considerandos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).
>
> "Bien común" y "orden público" en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio de la democracia representativa" (Carta de la OEA, artículo 3. d.); y los derechos del hombre, que "tienen como fundamento los atributos de la persona humana [...]".

Y reiterando lo ya expuesto, en la opinión consultiva n.º 5, del 13 de noviembre de 1985, la Corte Interamericana señaló:

> Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana [...] No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. *A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29 de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.*[9]

Surge de lo expresado un problema importante que afecta a todas estas garantías materiales, y que ha llevado incluso a que a veces ellas sean severamente criticadas en tanto pueden terminar desnaturalizando el sistema de protección de los derechos humanos, y es que estas garantías pueden ser utilizadas tanto para reconocer y proteger

[9] Y agregó la Corte Interamericana en esta opinión consultiva que *la cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen entran dentro de los autorizados por la Convención, es decir, son "necesarios para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"*.

los derechos humanos (aparecen como garantía de estos) o bien como excusa y hasta aliento para la limitación legislativa de los derechos.

Pero esta situación no debe crear mayores dificultades en la medida en que parece evidente la necesidad y conveniencia de limitar la potestad legislativa en materia de restricción de derechos humanos, de forma que no quede librada a la mera decisión del legislador de turno (mayorías legislativas). En algo tan grave como la restricción de los derechos humanos el legislador requiere de límites, y estos siempre podrán ser malinterpretados y desnaturalizados. En otras palabras, hay que aceptar estas garantías materiales e interpretarlas correctamente.

En segundo lugar, y en términos de hermenéutica jurídica, el problema es más aparente que real, ya que, siendo premisa interpretativa básica en esta materia la de que en caso de que el intérprete se encuentre con más de una variante o posibilidad interpretativa debe optar por la más garantista, la que mejor protege el derecho, la que lo reconoce con mayor alcance, es evidente que las dudas son políticas (o semánticas) pero no influyen ni complican (no deberían tener consecuencias negativas) en el análisis jurídico.

En definitiva, la noción de interés general y todas las garantías sustanciales o materiales con las que el ordenamiento jurídico constitucional y el internacional limitan la potestad legislativa solo pueden ser válidamente interpretadas como garantía de los derechos humanos y nunca como excusa para la limitación. Y mucho menos como una suerte de guía para que el legislador proceda a la limitación de los derechos. El contenido y sentido de estas garantías, establecidas para la protección del derecho que se limita, debe buscarse en la propia Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos.

## 5. Poder Judicial independiente y herramientas de control del poder

Otra dificultad por demás evidente en muchos de los países latinoamericanos se presenta a la hora de ver el grado de independencia de los jueces y hasta dónde pueden estos razonablemente llegar a la hora controlar lo actuado por los poderes políticos.

La independencia del Poder Judicial y de los jueces en nuestro continente oscila desde realidades que podríamos considerar como aceptables hasta llegar a casos de encarcelamiento y destitución de los jueces que contrarían al gobierno. Y en el medio encontraremos infinitos matices y funciones anormales del sistema.

Pero dejando el trascendente aspecto institucional anterior (extraordinariamente importante ya que sin jueces idóneos e independientes se pierde la última garantía de los derechos humanos), reparemos en que resulta aparentemente compleja en América Latina la utilización de las dos principales herramientas de contralor del poder público: el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, desarrollado originalmente por la jurisprudencia alemana desde finales del siglo XIX[10] y hoy aceptado en prácticamente toda Europa y buena parte de América Latina, postula el estudio de la forma en que el poder público se ejerce con tres análisis sucesivos:

1. *Necesariedad de la restricción.* El sacrificio del derecho que implica la ley que lo limita ¿es necesario o hay otra forma de alcanzar el fin perseguido por el legislador sin sacrificar el derecho o limitándolo en menor medida? Si el sacrificio no es imprescindible para el fin perseguido, no puede aceptarse la constitucionalidad de la restricción del derecho, y si hay otra alternativa menos gravosa para el derecho restringido, deberá optarse por esta.
2. *Idoneidad de la restricción.* Si la respuesta a la interrogante anterior confirma la necesariedad del sacrifico, debe analizarse la idoneidad del sacrificio para lograr los fines perseguidos (protección de los otros intereses en juego). Y solo en caso de que exista dicha relación de idoneidad se podrá seguir adelante en el análisis.
3. *Ponderación en sentido estricto.* Y confirmada la necesariedad y la idoneidad de la restricción (sacrificio) de un derecho, debe pasarse al subcomponente de *ponderación en sentido estricto,* que se estructura sobre tres pasos: a) se debe definir el grado de no satisfacción de un interés (derecho sacrificado); b) a continuación debe definirse la importancia de la satisfacción de los intereses que juegan en sentido contrario, y c) finalmente debe definirse la importancia de la satisfacción de unos y otros intereses en una ponderación en sentido estricto. Imaginemos un ejemplo. Los padres de un niño de tres años, invocando sus convicciones religiosas y su derecho a educar a sus hijos conforme a ellas, se niegan a que sea sometido a una intervención quirúrgica sin la cual morirá. La ponderación entre los derechos opuestos (convicciones religiosas propias y derecho de los padres a la educación de los hijos conforme a ellas, enfrentados con el derecho a la vida del niño) parecen conducir sin mayores dificultades a privilegiar en el caso concreto el derecho a la vida.

El Tribunal Constitucional alemán ha utilizado estos conceptos en forma reiterada.[11]

En los Estados Unidos se desarrolló un concepto vinculado aunque no similar: el *principio de razonabilidad.* Este no puede ser presentado con la misma precisión que el principio de proporcionalidad (no es posible su desglose en reglas claras) y para

[10] Juan Cianciardo: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, 2004, p. 46, sitúa el origen del principio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Administrativo de Alemania. Nació para controlar los poderes de policía de la Administración y luego tuvo un extraordinario desarrollo.

[11] Jürgen Schwabe: *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado esta noción, por ejemplo en el caso *Casado Coca contra España*, y la Corte Interamericana, entre otros, en *Ricardo Canese contra Paraguay.*

comprenderlo hay que situarlo dentro de la noción de debido proceso y en especial dentro del *debido proceso sustantivo.*

Cianciardo señala:

> […] el principio de razonabilidad, en última instancia, viene a dar respuesta en todos los casos a una preocupación común: la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa.

Y agrega que el punto de partida para analizar el principio de razonabilidad es el "debido proceso sustantivo", en el marco del cual se ha desarrollado principalmente.[12]

En el caso *Lochner v. New York,* de 1905, encontramos algunas pautas en cuanto a cómo debe ejercerse el poder público.[13] Dijo la Corte:

> Por supuesto que debe entenderse que hay un límite al válido ejercicio de la fuerza pública. De otra forma la Enmienda n.º 14 no tendría eficacia, y las legislaturas de los Estados tendrían poder ilimitado y sería suficiente con decir que cualquier ley fue sancionada para preservar la moral, la salud o la seguridad de las personas.
>
> El derecho a la fuerza pública sería un mero pretexto. Por lo tanto, en cada caso que se presenta ante esta corte, la pregunta se plantea necesariamente: ¿Es esta una manera justa, razonable y apropiada de utilizar la fuerza pública, o es una interferencia irracional, innecesaria y arbitraria con el derecho del individuo a su libertad personal o a ser parte en determinados contratos en relación a su trabajo que le parezcan apropiados o necesarios para mantenerse económicamente él y su familia […].

---

[12] Cianciardo: o. cit., pp. 31 y 32.

[13] Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther: *Constitutional Law*, 15.ª ed., Nueva York: Foundation Press, 2004, pp. 492 y 493. "It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power. Otherwise the 14th Amendment would have no efficacy and the legislatures of the States would have unbounded power, and it would be enough to say that any piece of legislation was enacted to conserve the morals, the health or the safety of the people. The claim of the police power would be a mere pretext. In every case that comes before this court, therefore, the question necessarily arises: Is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family […]. The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgment and of action […]. We think the limit of the police power has been reached and passed in this case. There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be health of the individuals who are following the trade of a baker […]". También puede verse: Geoffrey R., Stone, Louis Michael Seidman, Cass R., Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela S. Karlan: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen, 2005.

> Pensamos que el límite de la fuerza pública se alcanzó y pasó en este caso. No existe, a nuestro juicio, ningún argumento razonable para sostener que esto es bienestar para los individuos que entran al oficio de panadero.[14]

En Argentina la Corte Suprema ha reconocido rango constitucional al principio de razonabilidad basándose en el artículo 28 ("los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio") y por el ya citado artículo 33 (antecedente del actual artículo 72 de la Constitución uruguaya).

Sagüés, por su parte, luego de mencionar los topes al poder reglamentario (dimensiones permitidas y dimensiones prohibidas) y de recordar que conforme al debido proceso sustantivo solo se consideran constitucionales las normas "razonables", pasa a analizar lo que denomina el *test de razonabilidad,* que estudia en tres niveles:

a. *razonabilidad normativa,* que refiere a que la norma reglamentaria no puede ser contradictoria con ninguna disposición constitucional;
*b.* *razonabilidad técnica,* que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que utiliza para lograrlos;
*c.* *razonabilidad axiológica,* que refiere a una cuota básica de justicia, ya que no puede aceptarse la constitucionalidad de una norma que consagra una manifiesta iniquidad (cita además jurisprudencia argentina en este sentido).[15]

Es interesante advertir cómo este autor vincula y en cierta forma analiza, según el *test de razonabilidad,* la noción de razonabilidad y la de proporcionalidad.

En Chile, Nogueira Alcalá, ha realizado algo similar cuando expresa:

> [La restricción de un derecho] debe tener siempre presente como parámetro de control de razonabilidad el principio de proporcionalidad, el cual, en el ámbito de los derechos implica una prohibición de intervención del legislador en sentido estricto o de limitaciones que no sean adecuadas o necesarias para la finalidad constitucionalmente consagrada […].[16]

El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad, como se señaló, responden al común propósito de controlar el ejercicio de la potestad legislativa a la hora de limitar o restringir derechos humanos, y ambos tienen un origen jurisprudencial. En el caso de la proporcionalidad el principio fue subdividido en tres componentes o pasos (idoneidad, necesariedad y ponderación en sentido estricto), lo que facilita enormemente su conceptualización. El principio de razonabilidad resulta más vago; se opone a lo

---

[14] Por supuesto que debe prescindirse de la ley considerada inconstitucional en 1905, y lo que se persigue con la transcripción es señalar cómo funciona el juicio de razonabilidad.

[15] Néstor Sagüés: *Elementos de derecho constitucional* (2.ª ed. actualizada y ampliada), Buenos Aires: Astrea, 1997, vol. II, pp. 698-702.

[16] Nogueira Alcalá: o. cit., pp. 97 y 98.

arbitrario y reclama la existencia de motivos y fines justificables a la hora de regular los derechos humanos. Ambas nociones tienen puntos de contacto y diferencias.

Lo anterior ha llevado a que en muchos casos se ha procedido a realizar un análisis conjunto de ambas nociones y muchas veces una se subsume en la otra, con lo que desaparecen las diferencias. Otras veces se utiliza una de las expresiones en un sentido amplio que comprende ambos conceptos.

Estos dos principios, o ambos fusionados, han tenido un extraordinario desarrollo en el mundo occidental, y hoy es sencillo encontrar que son utilizados para analizar la regularidad de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Todos estos deben ser razonables (no arbitrarios) y no ser desproporcionados.

Sin analizar similitudes y diferencias, parece claro que mediante la utilización de ambos instrumentos podemos concluir sin mayores dificultades que las leyes que limitan o regulan los derechos humanos (o en general todo acto jurídico) deben presentar ciertas características, y cuando estas faltan se ingresa en el campo de la inconstitucionalidad. A saber:[17]

1. Las leyes que limitan, restringen o simplemente reglamentan derechos humanos deben ser *razonables,* por oposición a arbitrarias. Esto deriva de la propia noción de Estado de derecho sin dificultad alguna y no se requiere de previsiones expresas de interdicción de la arbitrariedad como ocurre en la Constitución española. Las leyes no pueden responder a caprichos sino que deben tener una finalidad, y esta debe ser razonable, racional. Debe procurar los fines explícita o implícitamente definidos por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Una ley arbitraria, caprichosa, que no responda a ningún propósito, o cuyo fin sea contrario a las normas superiores, o simplemente resulte manifiestamente injusta, no puede ser considerada ajustada a la Constitución y deberá ser declarada inconstitucional por violar o exceder el parámetro de la razonabilidad.
2. Además, para quienes separen las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, la ley, además de razonable, deberá cumplir con el principio de proporcionalidad. En cambio, quienes analicen ambos principios en forma conjunta, concluirán que una ley que no cumple con los parámetros de proporcionalidad no puede ser razonable, o, a la inversa, que no puede cumplir con la máxima de proporcionalidad una ley no razonable.
3. Sin perjuicio de la opción que se prefiera es evidente que, además de lo mencionado en el precedente apartado 1, la ley deberá ser evaluada en cuanto a su proporcionalidad en la restricción o afectación de uno o varios derechos, lo que implica el estudio de: a) su idoneidad para lograr el fin perseguido; b) la necesariedad de la restricción (solo puede admitirse la limitación cuando no haya otro camino para cumplir con el fin o no haya una forma menos

[17] Como he señalado antes en *Algunas garantías…*, o. cit., pp. 125 ss.

gravosa para el derecho intervenido), y c) que cumpla con la ponderación en sentido estricto.

4. En el marco de un Estado de derecho respetuoso de los derechos humanos, no puede admitirse la regularidad jurídica de ningún acto que no cumpla con un juicio de razonabilidad y de proporcionalidad en los términos indicados. No hay lugar ni puede ser admitido en un Estado de derecho el actuar fuera o contra el derecho, y no puede admitirse el actuar irrazonable ni el desproporcionado.

Hay un triple fundamento para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad): a) serían ambos consecuencia lógica e inevitable del Estado de derecho (no hay espacio constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado); b) son garantías (de los derechos humanos en cuanto limita la actuación de los poderes de gobierno) inherentes a la persona humana, y c) también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías.

No puede haber dudas, en consecuencia, en cuanto al rango constitucional de estos principios ni en cuanto a que los órganos jurisdiccionales competentes pueden y deben recurrir a ellos a los efectos de *medir* cómo se ha ejercido el poder público.

Pero nuevamente se aprecian en muchos países del continente dificultades muy serias para que los órganos jurisdiccionales cumplan con esta delicada labor. Son muy pocos los casos en que este tipo de contralor se ha realizado.

## 6. Comentarios finales

La realidad planteada en cuanto al desconocimiento u olvido de las tres garantías formales básicas mencionadas (parlamento democrático, reserva legal y principio de separación de poderes) es sin duda decepcionante. Es difícil comprender el grado de ignorancia o mala intención que puede conducir ya no a desconocer sino directamente a actuar en contra de estos tres principios fundamentales. ¿Es que alguien cree con argumentos medianamente serios que es prescindiendo del Parlamento o disminuyéndolo que se logrará lo mejor para el pueblo? ¿Se piensa que pueda existir un gobierno no autoritario sin un Parlamento fuerte y responsable? ¿Alguien piensa que existen iluminados —líderes carismáticos o partidos políticos infalibles— que pueden sustituir al Parlamento —representativo de todas las corrientes sociales— en la toma de las decisiones más importantes? Y fundamentalmente: ¿alguien piensa realmente que existen individuos tan notables, tan honestos y puros, tan a salvo de toda forma de corrupción, que pueden actuar sobre el ordenamiento jurídico sin límites ni controles efectivos?

Desoír a Montesquieu quizás sea la evidencia de una ignorancia política inconcebible en el siglo XXI. Todos somos humanos, mejores o peores, y todos necesitamos controles. Solo encontrando una forma de contralor efectivo mejor que el principio de separación de poderes se podrá prescindir de él. Todavía no conozco esta fórmula de

control, por lo que debe concluirse en la vigencia actual del principio de separación de poderes (incluso ampliada y que exija, por ejemplo, la separación de toda concentración excesiva de poder en la propia sociedad).

El panorama en cuanto a la pretensión de eludir la fijación de los márgenes constitucionales de actuación de los gobernantes o de actuar fuera de ellos es también prueba del problema anterior.

La deformación de los conceptos jurídicos indeterminados, pensados como garantías de los derechos humanos frente al ejercicio del poder público (eran un límite para el titular del poder), hasta transformarlos en excusas o hasta guías para la limitación de los derechos humanos resulta también inconcebible. Antes los gobernantes absolutos fundaban el menoscabo del derecho de los habitantes en concepciones presuntamente *divinas* y más recientemente en nociones tales como la *patria,* la *soberanía,* la *seguridad,* etcétera. Ahora se invocan como excusa los propios derechos humanos y nociones oscuras como el *interés general* u otras similares. Solo cambia la excusa, pero el menoscabo de los derechos se mantiene.

Parecería que nuestro continente, salvo puntuales excepciones, está necesitando un retorno a los principios y criterios más básicos de organización política. No existen los conductores infalibles y puros. Más que caudillos lo que se precisa son gobernantes que actúen sobre la base del respeto del Poder Legislativo y del Poder Judicial, sobre la base del respeto al principio de reserva legal y al principio de separación de poderes, sin violentar los márgenes de actuación que la Constitución les fija y, por sobre todo, respetando los derechos humanos y sin recurrir a excusas de ningún tipo para violarlos.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 879-888, ISSN 1510-4974

**Rupert Scholz (Alemania)***

# El Estado democrático de derecho como mandato internacional político y constitucional contra el terrorismo, el extremismo y la criminalidad organizada

## RESUMEN

**Pese a su reconocimiento internacional, el principio del Estado democrático de derecho está amenazado por nuevos hechos y desarrollos del más elevado poder. Los peligros propios del terrorismo, el extremismo y la criminalidad organizada se fundamentan, en términos generales, en hechos que producen efectos de alcance internacional y operan en ese ámbito. Ante ello, los Estados democráticos constitucionales presentan vacíos en los mecanismos de protección y defensa necesarios frente a este tipo de internacionalidad o globalidad. Si la criminalidad alcanza niveles que trascienden fronteras, se requieren del Estado democrático de derecho reacciones y defensa trasfronterizas que exigen cooperación internacional.**

**Palabras clave:** **Estado democrático de derecho, terrorismo internacional, cooperación jurídica internacional, Alemania.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Trotz seiner weltweiten Anerkennung ist das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats Bedrohungen durch neuartige Ereignisse und Entwicklungen von grösster Bedeutung ausgesetzt. Die Gefahren von Terrorismus, Extremismus und organisiertem Verbrechen kommen generell in Ereignissen zum Ausdruck, die auf internationaler Ebene durchgeführt werden und globale Auswirkungen haben. Dagegen sind die notwendigen Schutz- und Verteidigungsmechanismen der demokratischen Verfassungsstaaten gegen diese Internationalisierung unvollkommen. Wenn die Kriminalität grenzüberschreitend vorgeht, muss auch der demokratische Staat im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit grenzüberschreitend reagieren und sich verteidigen.**

**Schlagwörter:** **Demokratischer Rechtsstaat, internationaler Terrorismus, internationale rechtliche Zusammenarbeit, Deutschland.**

---

* Abogado, doctor en Derecho y profesor emérito en la Universität-München. Ex diputado del Bundestag y ex ministro de Defensa de la República Federal de Alemania.

**ABSTRACT**

**In spite of its international recognition, the principle of democratic rule of law is in jeopardy as a consequence of new facts and developments of major impact. The perils of terrorism, extremism and organized crime are largely based on facts with international impact and operating at that scale. Faced with this type of internationality and globality, democratic constitutional states show loopholes in their necessary protection and defense mechanisms. As crime levels go beyond boundaries, the democratic rule of law of states requires transboundary reactions and defense which demand international cooperation.**

**Key words: Democratic rule of law, international terrorism, international legal cooperation, Germany.**

El Estado democrático de derecho está expuesto, particularmente a escala internacional, a amenazas y retos de la más grave naturaleza, que reducidos a una fórmula breve y conceptual se dejan describir con los términos de *terrorismo, extremismo* y *criminalidad organizada*.

El Estado democrático de derecho pertenece a los valores fundamentales de toda sociedad democrática. Es garante de la libertad y los derechos humanos, vincula todos los poderes estatales al derecho y a la ley, y asimismo está siempre obligado a garantizarle a la ciudadanía, además de la libertad y los derechos humanos, la medida necesaria en cuanto a seguridad jurídica, es decir, protección ante la criminalidad de cualquier índole. De conformidad con lo anterior, el Estado democrático de derecho participa de los principios fundamentales de cualquier Estado democrático constitucional.

Pese a su reconocimiento internacional y su sobrentendida existencia, el principio de este Estado democrático de derecho está expuesto a riesgos por nuevos desarrollos y nuevos hechos de amenaza del más elevado poder. Los peligros propios del terrorismo, el extremismo y la criminalidad organizada se fundamentan, en términos generales, en hechos que producen efectos de alcance internacional y operan en ese ámbito.

En los sistemas de los Estados democráticos constitucionales siguen manifestándose vacíos en los mecanismos de protección y defensa necesarios frente a este tipo de internacionalidad o globalidad. Hace tiempo que la criminalidad en su peor expresión se viene fortaleciendo como fenómeno internacional —especialmente a la luz del terrorismo—, entorpeciendo y dilatando la capacidad de reacción de los ordenamientos legales y constitucionales nacionales, es decir, de aquellos ordenamientos de Estado de derecho que por regla general se garantizan a sí mismos y funcionan a escala nacional.

Si la criminalidad, especialmente de esta naturaleza, alcanza niveles que trascienden fronteras, se requieren, sobre todo desde el punto de vista del Estado democrático de derecho, reacciones y defensa trasfronterizas, y con ello también cooperación trasfronteriza, es decir, internacional.

El terrorismo internacional integra desde hace tiempo los escenarios más pavorosos de la humanidad moderna. De manera especial los espantosos ataques terroristas

del 11 de setiembre del 2001 en Nueva York y Washington, pero en el mismo orden también los atentados de Madrid y Londres, han elevado de manera dramática los peligros reales y potenciales del terrorismo en la conciencia del público en general. Pese a que ni el terrorismo nacional ni el internacional constituyen una tipicidad absolutamente novedosa, los hechos del 11 de setiembre dejaron en evidencia una calidad fundamentalmente nueva, propia del terrorismo internacional, que requiere cambios esenciales, así como revisiones en todos los niveles de la política de seguridad y de Estado de derecho en el ámbito nacional e internacional.

En el plano nacional ello se debe a que el terrorismo amenaza de manera dramática la seguridad interna de las sociedades democráticas y/o se aprovecha precisamente de su clara vulnerabilidad interna; en el plano internacional, al hecho de que el terrorismo se ha revelado, desde tiempo atrás, como un fenómeno mundial que traspasa las fronteras y en múltiples ocasiones lo hace con apoyo estatal o con su tolerancia, y ya las estrategias nacionales de seguridad no alcanzan a combatirlo de manera eficaz.

El terrorismo nacional e internacional constituye un verdadero reto de supervivencia para cada Estado democrático de derecho. Todo Estado democrático de derecho tiene que estar en condiciones de desarrollar la fuerza y la capacidad para frenar el poder terrorista —tanto en el ámbito nacional como al amparo de la solidaridad internacional—, dar máxima garantía jurídica a sus ciudadanos, especialmente frente a autores terroristas, y análogamente atender los cometidos fundamentales de todo Estado democrático de derecho y aquellos que son necesarios para su propia acreditación.

Los preceptos de un Estado democrático de derecho no conciben que la violencia pura, perpetrada por autores criminales, sea combatida por el poder del Estado de la misma forma. Por horrendos que puedan ser los atentados terroristas, aun en la defensa frente a la iniquidad criminal, un Estado democrático de derecho no puede claudicar de sí mismo, es decir, de su calidad intrínseca como Estado de derecho. De tal manera, por un lado concibe la seguridad jurídica para el ciudadano, y por otro lado plasma procesos enmarcados en el derecho de Estado al garantizar tal seguridad, incluso en la lucha contra autores criminales.

Combatir el terrorismo de manera eficaz demanda nuevas estrategias de seguridad política, al igual que un gran número de nuevas herramientas jurídicas, tanto de alcance nacional como internacional. El terrorismo internacional no solamente ha adquirido la magnitud de una amenaza para la seguridad interna, sino también para la seguridad externa. Por ello hoy no es posible hacer una clara distinción entre seguridad interna y seguridad externa.

Para desarrollar estrategias de defensa e instrumentos de protección nuevos y eficientes es indispensable establecer una definición válida, tanto en términos políticos como jurídicos, de lo que comprende el término *terrorismo.* Tal definición debe ser ejecutable, de contenido concluyente y vinculante a escala mundial.

Si bien el fenómeno del terrorismo ha sido discutido desde hace tiempo en el ámbito jurídico, sigue habiendo un vacío en cuanto a su definición. La Convención de Ginebra para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo, del 16 de noviembre de 1937, ya había intentado definir el fenómeno como:

> […] hechos criminales dirigidos contra un Estado con el objetivo de provocar el terror en personalidades determinadas, grupo de personas o en el público en general.[1]

En el fondo esta definición conserva validez, en razón de que el terrorismo persigue siempre fines políticos, sin importar que los móviles yuxtapuestos sean de índole religiosa, social o étnica. También implica siempre la puesta en práctica de violencia en su máxima expresión, no solo en el plano físico sino también psíquico (particularmente a través de intimidación masiva de la población). Por otro lado, el terrorismo no representa una ideología propia, sino simplemente una estrategia concreta de violencia, es decir, un método específico de violencia que se aplica como instrumento político y al cual, precisamente por ello, es difícil atribuirle un hecho justiciable en cuanto a tipicidad.

Mientras ciertos actos de violencia terrorista sean utilizados, respaldados o aun tolerados por Estados, hay que atribuirles a ellos estas acciones, por lo que pueden subsumirse en el derecho internacional. En este orden de ideas, la ONU y la OTAN calificaron con acierto los atentados del 11 de setiembre como atentados militares, o por lo menos como actos de agresión cuasimilitares. Mientras se trate de actos terroristas organizados en el ámbito estatal o de organización privada, en el entendido de que el terrorismo se practique *ad intra una sociedad* o *dentro de un estado,* mientras las conductas terroristas no puedan ser atribuidas a determinados sujetos del derecho internacional, continúa con validez la afirmación de que se trata de un hecho criminal grave que solo puede ser evaluado y combatido dentro de un Estado.

Esto, a la vez, reconduce a la dimensión de la protección de la seguridad interna en un Estado de derecho, y por el momento parecería poner de manifiesto que la dimensión de la seguridad externa no es abordada. No obstante, al observar con atención se concluye rápidamente que este no es el caso, y que desde el punto de vista del Estado de derecho se trata de una perspectiva muy limitada. Basta pensar en los escenarios de horror de actos terroristas que se sirven de sustancias bélicas nucleares, biológicas o químicas.

Frente a estas medidas de violencia terrorista o de medios violentos, los órganos de la seguridad interna —es decir, la policía— son indefensos desde el punto de partida. La consecuencia de ello solo puede ser que, al estar frente a esta índole de ataques terroristas se adentra en la dimensión de la seguridad externa, con el efecto adicional de tener que apelar a los recursos militares.

Si con lo anterior se ha logrado una descripción aproximada de lo que es la función interna de combatir eficazmente el terrorismo, ello no nos libra de abarcar la problemática fundamental de la dimensión internacional, que el terrorismo ha alcanzado desde hace tiempo. Y es precisamente por ello que hay que respaldar con ahínco

---

[1] Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism; League of Nations, International Conference Proceedings on the Repression of Terrorism, Ginebra, 1-15 de noviembre de 1937, LoN Doc. C.94.M47.1938.V, Annex 1, S. 5 ff.

las nuevas intenciones de las Naciones Unidas, en procura de aclarar y alcanzar una mayor efectividad del Estado de derecho en la lucha contra el terrorismo.

El Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, en su informe del 1 de diciembre del 2004, dirigido al secretario general de la ONU, exigió con razón que los actos terroristas sean calificados "como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad perpetrados por las personas respectivas, si alcanzan niveles de esa dimensión".[2] De manera complementaria, con acierto se está exigiendo que en definitiva todos los Estados ratifiquen los doce acuerdos —que ya existían— para combatir el terrorismo, y que en conclusión el terrorismo sea calificado como:

> […] cualquier acto, además de los actos ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.[3]

Lo anterior es tan claro como correcto y futurista. Entretanto, en la ONU todavía se está lejos de haber creado las condiciones necesarias para transformar estos principios en derecho internacional vinculante en general, es decir, para todos los Estados. La resolución del Consejo de Seguridad del 14 de setiembre del 2005,[4] lamentablemente, no puso en práctica las propuestas del Grupo de Alto Nivel, sino que más bien las diluyó.

Adicionalmente, en la lucha contra el terrorismo internacional se trata de encontrar estrategias preventivas eficientes. Por desgracia, en esta materia no basta recurrir al instrumental clásico de los sistemas de derechos fundamentales y libertades públicas del Estado de derecho, que consiste en reaccionar con medios represivos a ciertas violaciones de la ley o hechos delictivos. Demasiado grandes son los peligros, demasiado grandes son los elementos potenciales de violencia contra los cuales hay que luchar y defenderse.

Es justamente esta convicción la que condujo a la nueva Estrategia de Seguridad Nacional (NSS) de los Estados Unidos de América, los cuales también aceptan claramente los principios de prevención. Esto ha llevado a dar el primer paso hacia una Estrategia de Seguridad Europea. Los jefes de Estado y Gobierno de Europa, con ocasión de la reunión del Consejo Europeo del 12-13 de diciembre del 2003, acordaron una Estrategia de Seguridad[5] que contiene como objetivos estratégicos:

---

[2] *A more secure world: our shared responsibility* - Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, S. 52 (Ziff. 164, lit. *a*), disponible en ‹http://www.un.org/secureword› (31.3.2007).

[3] *A more secure world: our shared responsibility* (Fn. 2, Ziff. 164, lit. *d*).

[4] Resolution 1624 (2005) des UN-Sicherheitsrats, del 14 de setiembre del 2005, UN Doc. S/RES/1624.

[5] *A secure Europe in a better World: European Security Strategy,* Bruselas, 12 de diciembre del 2003, disponible en ‹http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/78367.pdf› (31.3.2007).

- facilitar condiciones de "buen gobierno" y estabilidad en el vecindario inmediato de Europa, incluyendo también el Cáucaso, Cercano y Medio Oriente y África del Norte;
- crear un ordenamiento internacional basado en un multilateralismo eficaz y hacer frente a amenazas antiguas y nuevas.

En ello se parte, acertadamente, de un nuevo análisis de las amenazas, que implica un concepto de seguridad consecuentemente ampliado y con ello también eficiente en forma preventiva. Sin embargo, estos también son primeros pasos que distan mucho de ser plenamente operacionales —falla que se verifica también en la unificación deficiente de los aspectos europeos de la seguridad interna, del régimen de derechos fundamentales y de la libertad.

El *pilar* alemán del proceso de integración europea sigue sufriendo de falta de comunitarización y/o de una adhesión demasiado unilateral a reservas de soberanía nacional, precisamente en el campo de la política de seguridad, y con ello de falta de una política comunitaria europea para un régimen de Estado de derecho. Desde luego, el fenómeno del terrorismo internacional no puede ser confrontado sin considerar aquellos factores que provocan o favorecen elementos potenciales de violencia terrorista —afirmación que remite a los dos conceptos claves siguientes, que son *extremismo* y *autoritarismo*.

El terrorismo como tal es y seguirá siendo —y en esto quisiera insistir— nada más que una estrategia de violencia puramente criminal, es decir, una estrategia de violencia que es aplicada por diferentes motivos de índole política, étnica, social, religiosa o por otras razones extremistas. Por lo tanto, quien quiera luchar en forma eficiente contra el terrorismo tiene que ocuparse también de las causas que llevan a elementos potenciales de violencia terrorista, y no solo debe tenerlas en cuenta, sino que, con igual eficacia, debe luchar contra ellas desde sus raíces.

Por regla general los terroristas son actores violentos con motivación extremista. Sin embargo, justamente desde el punto de vista del Estado de derecho, ya desde el comienzo e incluso antes hay que tener en cuenta un hecho tan definitivo como irrefutable: ni siquiera objetivos extremistas podrán justificar jamás actos de violencia terrorista extremistas. Esta afirmación se impone de modo especial frente a aquellos actores terroristas que, por ejemplo, tratan de apoyarse en presuntos *derechos de resistencia* frente a determinadas autoridades estatales o en *ideologías de liberación* más o menos presumibles.

El Estado democrático de derecho significa también la confrontación democrática y pluralista de opiniones —en cualquier escenario de política nacional e internacional—. No obstante, la confrontación entre opiniones políticas, aun extremistas, jamás justifica recurrir a la violencia terrorista. La violencia terrorista no es ni podrá ser nada distinto a criminalidad y quebrantamiento de la ley en forma opuesta al Estado de derecho. Pero, por muy clara y lógica que sea esta afirmación desde el punto de vista del Estado de derecho, ella encuentra muy poca aceptación justamente entre aquellos que tratan de lograr sus objetivos por medios terroristas.

Hoy en día el extremismo se encuentra —en dimensiones globales— bajo una gran variedad de formas, con contenidos muy diversos y objetivos ampliamente disímiles. Hacen falta estrategias claras y acordes con el Estado de derecho, respetuosas de las libertades y de las prerrogativas de la paz, y una labor correspondiente de convencimiento. El derecho internacional en su totalidad, el orden jurídico internacional completo, exige actitudes de paz, tolerancia y respeto de los derechos humanos. Ello resulta absolutamente incompatible cualquier forma de extremismo, y en especial de extremismo violento. Por consiguiente, toda política eficiente de paz y, en el sentido más amplio de la palabra, también toda política de Estado de derecho en cualquier lugar debe estar orientada a limitar el extremismo, a superarlo y a implementar —también frente a opiniones y objetivos políticos opuestos— aquella medida de política de seguridad y de paz garante del Estado de derecho que se requiera para proteger la paz y los derechos humanos.

Esto, a su vez, es un postulado que debe dirigirse a todo Estado y a la comunidad internacional en su totalidad —y en especial a las Naciones Unidas—. También sobre este punto se han hecho muchas afirmaciones acertadas en las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel,[6] relacionadas con el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos aprobado el 1 de enero del 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[7] Pero también en este punto sigue faltando el consenso internacional necesario para derivar de estas exigencias principales e irrenunciables un derecho internacional vinculante, y con ello garantías con efecto internacional para el Estado de derecho como tal.

De todos modos, también en este sentido se pueden observar avances que hay que seguir promoviendo y ampliando. Mencionaré aquí tan solo y ante todo el concepto clave de la *intervención humanitaria legítima*. Por *intervención humanitaria* se entiende predominantemente que, en el caso de violaciones de los derechos humanos —según su gravedad—, ya no puede esgrimirse el argumento de la competencia o la soberanía nacional para justificarlas, sino que estas violaciones —incluido el genocidio— pueden ser objetadas y eventualmente incluso sancionadas por cualquier otro miembro de la comunidad internacional.

En cuanto a la tipicidad, el concepto de *intervención* abarca desde el uso de la fuerza hasta el ejercicio de presiones económicas y políticas y/o cualquier forma de influencia real o intentada sobre la libertad de disposición de un Estado extranjero incriminado por violaciones de los derechos humanos. En otras palabras, los Estados o sociedades que, basándose en determinadas convicciones extremistas, admiten o cometen genocidio o graves violaciones de los derechos humanos dentro del territorio de su soberanía están sujetos al veredicto de derechos de intervención humanitaria desde fuera. Esto fue precisamente lo que condujo a las intervenciones en Somalia, Bosnia-Herzegovina y Kosovo, a las acciones en Timor Oriental, etcétera. Todo ello con fundamento en las correspondientes resoluciones de las Naciones Unidas y también, como en el caso de

[6] *A more secure world…* (o. cit. en la nota 2), pp. 16, 47 y 49.

[7] Resolución 59/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre del 2004 (UN Doc. A/RES59/113).

Kosovo, sobre la base del derecho de ayuda internacional de emergencia a través de la OTAN.

Con esta legitimación del derecho a la intervención humanitaria, sin embargo, se están relativizando ciertos derechos clásicos de soberanía de determinados Estados nacionales, si bien por motivos bien fundados. Para el derecho internacional clásico esto era impensable, por cuanto se basaba en la idea de la soberanía en principio ilimitada y, con ello, en la soberanía absoluta de reglamentación interna también de aquellos Estados que —por ejemplo, en el caso de guerras civiles— toleran en su propio territorio violaciones de los derechos humanos que pueden llegar hasta el genocidio, o incluso las mandan cometer por los órganos estatales.

Hoy en día todo esto ya no rige ilimitadamente, a pesar de que, como antes, hoy se observan en el mundo múltiples situaciones de esta índole —desde Indonesia, pasando por muchos Estados africanos, hasta la región caucásica—. Sin embargo, el derecho a la intervención humanitaria, y la consecuente responsabilidad y competencia de la comunidad internacional para impedir y luchar contra violaciones graves de los derechos humanos, especialmente el genocidio, también están reconocidos hoy en día por el derecho internacional. ¡Esto sí que es un progreso evidente desde el punto de vista del Estado democrático de derecho y de sus valores principales! El hecho de que un dictador como Slobodan Milosevic tenga que asumir ante la Corte Penal Internacional de La Haya la responsabilidad por sus hechos atroces es un ejemplo destacado de estos avances en cuestiones de la política internacional en favor del Estado de derecho.

Los problemas del terrorismo y el extremismo internacional se suman a aquellos del crimen organizado, que también está operando cada vez más a escala internacional. Justamente, el terrorismo y el crimen organizado están estableciendo uniones estrechas, como se comprueba en primer lugar con el ejemplo del narcotráfico —desde Afganistán hasta Colombia—. Por consiguiente, el Estado de derecho debe también, tanto en el plano nacional como internacional, hacerle frente en la forma más eficiente posible.

En todo esto se trata, en primer lugar, de la práctica y del desarrollo progresivo de instrumentos eficaces de defensa, desde el derecho penal nacional e internacional hasta la protección preventiva y altamente efectiva de toda clase de peligros. Sin embargo, estas medidas por regla general también afectan los derechos y libertades individuales, y por consiguiente, desde el punto de vista del Estado de derecho, plantean el problema de hasta qué punto puede llegar la restricción de la vida personal y del espacio de libertad.

Desde la perspectiva de Alemania, en la práctica se trata ante todo de la posibilidad de recoger datos relacionados con la persona y disponer medidas de inteligencia eficientes: comprobaciones de la identidad, interceptación telefónica en viviendas particulares, rastreo computarizado, así como —y este es un punto especialmente discutido— vigilancia técnica *online*. Salvo la última, todas estas son medidas que se conocen en el país desde hace tiempo y jurídicamente tienen una reglamentación bastante confiable. En cuanto a la situación actual, hay que hacer referencia a un proyecto de ley

presentado por el Gobierno Federal para la protección de los peligros del terrorismo internacional por medio de la Oficina Federal de Asuntos Criminales (BKA).

En Alemania ha sido ante todo la Corte Constitucional Federal la autoridad que fija los límites de las medidas de esta índole. Con su decisión sobre el *Derecho a la autodeterminación informativa,* la Corte concretó el derecho a la protección de datos derivándolo de los derechos básicos de la dignidad del hombre (según el artículo 1.1 de la Ley Fundamental) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (según el artículo 2.1).[8] Con el derecho de protección de datos vigente actualmente en Alemania el legislador ha asumido las consecuencias necesarias de la mencionada decisión. En síntesis, se puede decir que la protección de datos constituye un derecho fundamental especialmente importante, pero no irrestricto, y que las restricciones resultan ante todo de la defensa contra los peligros de la criminalidad grave. Sin embargo, en todo caso debe respetarse "el núcleo de la configuración de la vida privada" (en los términos del nuevo proyecto de ley) y/o el espacio absolutamente protegido de la esfera íntima. Para sopesar los derechos en este sentido, como debe hacerse en estos casos, son decisivas sobre todo las normas sobre la eliminación o la utilización restringida de los datos recolectados.

Especial importancia tiene en la actualidad el campo de Internet, utilizado cada vez más por el terrorismo internacional y el crimen organizado, tanto en lo que se refiere a las comunicaciones como a la logística. Por ende, por motivos de política de seguridad se hace urgentemente necesario vigilar también este sector. En Alemania hubo enormes discusiones acerca de si esto está permitido y, si así fuera, hasta qué punto, pero la decisión de la Corte Constitucional Federal del 27 de febrero de 2008 logró aclarar la cuestión.[9] La Corte no excluyó de forma general tales medidas de vigilancia, sino que las declaró procedentes siempre y cuando se trate de peligros concretos para un bien jurídico de extrema importancia. Esto significa que no rigen para todos los sectores de la criminalidad y de la lucha contra ella, sino que para llevar a cabo medidas de este tipo se requieren amenazas evidentes para la vida o para la existencia de la República. Este es precisamente del campo del terrorismo internacional.

Por cierto, la Corte Constitucional Federal nuevamente deriva de los derechos fundamentales (según los artículos 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental) un *derecho básico a la confidencialidad e integridad de los sistemas de técnica de información* —de nuevo, una concreción jurisprudencial del derecho fundamental similar al anterior *derecho a la autodeterminación informativa*—. Según la decisión, este derecho fundamental puede verse limitado tan solo en caso de un peligro concreto y comprobado para los bienes jurídicos correspondientes, lo que con seguridad se constituye en un obstáculo extremadamente alto para las autoridades de investigación e instrucción. Pero estos obstáculos hacen falta en vista del peligro de abuso en posibles investigaciones *on-line* encubiertas, y el ya mencionado proyecto de ley del Gobierno Federal estipula acertadamente que de todos modos debe respetarse "el núcleo de la configuración de la vida

[8] Véase Corte Constitucional Federal 65, pp. 1 ss.
[9] Véase Az 2 BvR 370/07, 1 BvR 595/07.

privada". Para todas las medidas de esta índole es importante subrayar, además, que por principio solamente pueden adoptarse o ejecutarse con base en un permiso judicial —una excepción solamente puede valer en el caso de *periculum in mora* (peligro en la demora).

Una lucha eficiente contra el terrorismo internacional o contra el crimen organizado internacional no puede afectar o restringir desproporcionadamente la esfera de vida personal. Esto es tan claro como lo es también que el terrorismo internacional no puede ser enfrentado si no se permiten tales restricciones. Todo esto debe ser regulado por ley y respetar los principios fundamentales del Estado de derecho, para lo cual por regla general se requiere una autorización impartida por un juez. Los mismos parámetros rigen, finalmente, para el secreto de telecomunicación, según el artículo 10 de la Ley Fundamental, que incluye los servicios de comunicación por Internet.[10]

En resumen, solamente el Estado democrático de derecho garantiza la paz jurídica, los derechos humanos y también la seguridad jurídica. Con ello abarca una misión de política global que hoy en día debe ser reconocida como vinculante tanto en el ámbito nacional como internacional, y que es la única que puede luchar en forma eficiente contra el terrorismo, el extremismo y el crimen organizado. Se trata de una misión común en el plano internacional que debe entenderse como obligación en cuanto a su implementación en todas las facetas de la política, desde las cuestiones económicas hasta las étnicas, desde las sociales hasta las religiosas.

Cumplir con esta misión de política global es en la actualidad el mandamiento más importante de la política de Estado de derecho de toda la comunidad internacional, en sus respectivos territorios y fuera de ellos. El Estado democrático de derecho como tal solo seguirá existiendo si logramos garantizar a escala mundial el más alto grado de paz, seguridad y respeto de los derechos humanos. En otras palabras: solo así será posible contener eficazmente el terrorismo, el extremismo y el crimen organizado.

[10] Ibídem.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, P.P. 889-902, ISSN 1510-4974

**Renato Selayaram (Brasil)***

# La construcción de los derechos humanos**

## RESUMEN

**El tema de los derechos humanos ha sido presentado como si no perteneciera a la historia, como si fuera producto de un desarrollo natural de la naturaleza humana. Se intenta mostrar en este artículo que su construcción es parte de la historia de la humanidad y hace patente la complejidad de la construcción de los valores de nuestra sociedad.**

**Palabras clave:** **derechos humanos, ciudadanía, derecho internacional.**

## ZUSAMMENFASSUNG

**Die Betrachtung des Themas Menschenrechte folgt häufig einem unhistorischen Ansatz, wonach sie das Ergebnis einer natürlichen Weiterentwicklung des menschlichen Wesens zu sein scheinen. Im vorliegenden Artikel soll dargelegt werden, dass ihre Entwicklung Teil der menschlichen Geschichte ist. Damit verdeutlicht sie auch die Vielschichtigkeit des Prozesses der Ausbildung von Werten in unserer Gesellschaft.**

**Schlagwörter:** **Menschenrechte, Staatsbürgerschaft, internationales Recht.**

## ABSTRACT

**The human rights issue has been presented as if did not belong to history, as if it were the result of the natural development of human nature. This paper intends to show that building human rights is a part of the history of humanity and evidences the complex construction of values within our society.**

**Keywords:** **human rights, citizenship, International Law.**

---

* Profesor de Derecho Internacional. Abogado. Posgrado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Especialista en Ciencias Políticas. Magíster en Derecho. ‹selayaram@hotmail.com›

** Para mis hijas, Renata y Marina, porque existen y me hacen proseguir.

## 1. Introducción

La historia del hombre ha demostrado que la comprensión de la dignidad de la persona humana y sus derechos está asociada con el dolor físico intenso y prolongado, el castigo corporal y el sufrimiento moral. En cada ciclo histórico en el que se constatan actos de violencia, masacres y explotaciones desmedidas, se renueva la conciencia acerca de la necesidad de crearse normas tendientes a vincular la existencia de una vida más digna.

La comprensión histórica de los derechos humanos y las distintas etapas de su afirmación guardan referencia con las grandes declaraciones de derechos derivadas de los avances conquistados por la humanidad. Hay dos factores de solidaridad humana: uno de orden técnico, transformador de los medios de convivencia, y el otro de orden ético, cuyo objetivo es armonizar la vida social con el valor de justicia.

Para definir el alcance de la expresión *derechos humanos* hace falta remontarse a los antecedentes más antiguos de respeto a los derechos de los individuos, los cuales se hallan en la creación del concepto de *ciudadanía,* llevado a cabo por los griegos.

Es imposible concebir la vida del ciudadano griego como se podría pensar con respecto al ciudadano de cualquier país contemporáneo. En la Antigüedad clásica, Grecia no existía como entidad política. Lo que había era una comunidad de lengua y civilización griegas, pero el territorio que corresponde a lo que hoy día se denomina Grecia estaba dividido en un gran número de ciudades, de tamaño e importancia variables, completamente independientes las unas de las otras y muy frecuentemente rivales, hasta el punto de enfrentarse en cruentas guerras.

La ciudad-Estado, que los griegos denominaban *polis*, era un verdadero pequeño Estado independiente. Cada una tenía un régimen político propio e instituciones distintas a las de otras ciudades. Todas tenían ciudadanos, pero los derechos de estos no eran obligadamente los mismos en una ciudad y en otra.

En la República Romana, la limitación al poder político fue lograda no por la soberanía popular activa, sino gracias a la institución de un complejo sistema de controles recíprocos entre los diferentes órganos políticos. Tres eran los tipos tradicionales de regímenes políticos citados por Platón y Aristóteles: la monarquía, la aristocracia y la democracia. Para Polibio, el genio inventivo romano consistió en combinar esos tres regímenes en una misma constitución, de naturaleza mixta: el poder de los cónsules, según él, sería típicamente monárquico; el del Senado, aristocrático; el del pueblo, democrático.

Así es que el proceso legislativo ordinario era de iniciativa de los cónsules, quienes redactaban el proyecto. Este pasaba seguidamente al examen del Senado, que lo aprobaba con o sin enmiendas, para que se sometiera a la votación del pueblo, reunido en comicios. Ni los cónsules ni los tribunos ejercían sus funciones aisladamente, dado que siempre se nombraba a dos personas para el mismo cargo. Si uno de esos altos funcionarios no estaba de acuerdo con un acto practicado por el otro, podía vetarlo. El mismo poder se les asignó a los tribunos de la plebe con relación a las decisiones tomadas por los cónsules.

El paso a la Edad Media aporta un nuevo concepto para la humanidad: el de que todos los hombres son iguales, resultado del principio cristiano de la igualdad y fraternidad entre los hombres. Pablo de Tarso, el verdadero fundador de la religión cristiana como cuerpo doctrinario, llevó el universalismo evangélico a las últimas consecuencias al aseverar que, frente a la común filiación divina, "ya no hay ni judío ni griego, ni esclavo ni libre, ni hombre ni mujer".[1] Sin embargo, esa igualdad universal de los hijos de Dios solo tenía validez en el plano espiritual, pues el cristianismo siguió aceptando durante muchos siglos la legitimidad de la esclavitud y la inferioridad natural de la mujer con relación al hombre, como así también la de los pueblos colonizados.

Con base en la concepción medieval de persona es que se empezó a elaborar el principio de la igualdad esencial de todo ser humano, no obstante la existencia de diferencias entre los individuos. Esa igualdad de esencia de la persona es la que forma el núcleo del concepto universal de derechos humanos, derechos comunes a toda la especie humana, a todo hombre por su condición de hombre. A lo largo de la historia, la comprensión de la dignidad de la persona humana y sus derechos ha sido, en gran medida, fruto del dolor físico y del sufrimiento moral. Cada gran irrupción de violencia hace que los hombres se horroricen de la infamia que se abre claramente ante sus ojos, y el remordimiento por las torturas, las mutilaciones masivas, las masacres y las explotaciones degradantes hace nacer en las conciencias la exigencia de nuevas reglas orientadas a una vida más digna para todos.

## 2. La ciudadanía griega. Características generales

La tribu, como la familia y la fratría, estaba constituida para ser un cuerpo independiente, ya que tenía un culto especial del cual se excluía a los extraños; o sea, una vez formada, ninguna nueva familia podría ser admitida en ella. Dos tribus tampoco podían fundirse en una sola: la religión estaba en contra de eso. Pero, así como varias fratrías se habían unido en una tribu, varias tribus pudieron asociarse entre sí con la condición de que se respetara el culto de cada una. En el momento en que se hizo tal alianza empezó a existir la ciudad.[2]

La ciudad no era una aglomeración de individuos sino una confederación de grupos, constituidos antes de ella y que ella permitía que subsistieran. Los oradores clásicos informan que cada ateniense formaba parte, al mismo tiempo, de cuatro sociedades distintas: era miembro de una familia, de una fratría, de una tribu y de una ciudad. Pero la sociedad humana no creció como un círculo que se extendía progresivamente. Al revés: eran pequeños grupos constituidos desde hacía mucho y que se fueron agregando los unos a los otros. Varias familias formaron la fratría, varias fratrías formaron la tribu, varias tribus formaron la ciudad. Familia, fratría, tribu y ciudad eran, por lo tanto, sociedades muy similares, nacidas las unas de las otras por una serie de federaciones.

---

[1] Epístola a los Gálatas 3, 28.

[2] Fustel de Coulanges: *A cidade antiga*. São Paulo: Edameris, 1966, p. 177.

Al principio el niño era admitido en la familia por una ceremonia religiosa celebrada diez días tras el nacimiento. Algunos años después ingresaba en la fratría por una nueva ceremonia. Finalmente, a la edad de dieciocho años se presentaba para ser admitido en la ciudad. Ese día, en la presencia del altar y ante las carnes humeantes de un sacrificio, hacía un juramento por el cual se obligaba, entre otras cosas, a respetar para siempre la religión de la ciudad. A partir de ese instante se iniciaba en el culto público y se volvía ciudadano.[3]

En la Atenas de Pericles, en el siglo V a. C., o de Demóstenes, en el siglo IV, en una ciudad vista como un centro de libertad y un modelo de democracia, la organización política y social estaba muy lejos de fundarse sobre los principios de la igualdad y la fraternidad. Si bien las reformas introducidas por Clístenes se habían dirigido, indudablemente, a establecer una igualdad ante la ley, hay que recordar que también la sociedad ateniense se estructuraba en categorías bastante cerradas, entre las cuales solo la de los ciudadanos poseía derechos comparables a los actuales, en particular el derecho de igualdad. Los ciudadanos eran minoritarios en el conjunto de la población, la cual comprendía un número importante de *esclavos,* desprovistos de cualquier libertad y de cualquier personalidad cívica o jurídica, y de *metecos* o extranjeros residentes, que eran hombres libres pero estaban coaccionados a cumplir muchos deberes mientras se beneficiaban de muy pocos derechos. Por lo tanto, solamente aquellos que poseían el título de ciudadano podían pretender la plenitud de una vida teóricamente libre y responsable, la igualdad ante la ley y la participación en los asuntos políticos. Pero ¿quién pertenecía a tal categoría en la Atenas clásica?

Para Baker,[4] en Grecia, la unidad de la vida política durante toda la época clásica fue ofrecida por la ciudad. El hombre era un *animal político* en la medida en que participaba en una *polis*. Y aunque en algunas ocasiones la ciudad pudiera ser abarcada por una unidad más amplia, no era absorbida por ella, sino que se mantenía como núcleo de lealtad y centro de un sistema de gobierno, atrayendo la devoción e inspirando la munificencia de los ciudadanos. Además, en muchas regiones de Grecia la ciudad era una institución exótica. En Aetolia, por ejemplo, en los días de Aristóteles todavía se vivía una vida tribal, en aldeas no fortificadas. No obstante, la vida normal de los griegos era la urbana, lo que les permitía trazar la distinción entre su civilización, citadina, y las de los celtas y de los germanos, que vivían en el campo. La distinción entre la vida urbana de los griegos y la vida rural del norte de Europa en los tiempos clásicos tiene paralelo, en la Edad Media, en la diferencia entre la vida urbana de Italia —que seguía siendo, como en la Edad Clásica, un país de ciudades— y la vida predominantemente rural de Inglaterra, Francia y Alemania.

Al igual que la ciudad medieval italiana, la ciudad griega era la unidad de la vida social. Centralizaba todas las ocupaciones: combinaba el cultivo de olivos con la manufactura de vasijas y la preparación de cueros. Además, era el centro de todas las clases: unió a la nobleza fundada en la propiedad de la tierra con los artífices y comerciantes.

---

[3] Ibídem, pp. 178-179.

[4] Sir Ernest Baker: *Teoria política grega: Platão e seus predecessores,* trad. de Sergio Fernando G. Bath, Brasilia: Universidade de Brasília, 1978, p. 39.

De acuerdo con el análisis de Baker,[5] de ese hecho fundamental derivan muchos rasgos esenciales de la *polis* griega. En primer lugar, se trata de una ciudad que huele a campo. Aunque de la sed de urbanidad y de la *civilidad* surgió la palabra *civilización,* la ciudad antigua es también un lugar de *suma rusticitas*. Tras los muros de Atenas se encuentran olivos contorsionados, viñas y campos sembrados, y desde la ciudad se pueden divisar los caminos por donde los pastores llevaban sus ovejas a pastar en las colinas. A lo largo de varios siglos la agricultura había sido la ocupación exclusiva de los helenos; el comercio y la industria no se desarrollaron hasta alrededor del siglo VII, y más tarde persistía la tradición de que la agricultura era la única actividad digna del ciudadano. En muchos fragmentos de la *Política*, Aristóteles revela inclinaciones campestres. Al tratar de la economía, declara que la agricultura es el único método natural de adquisición de riquezas. Demuestra, además, cierto desdén por las profesiones de comerciante y artesano, las cuales no encuentran apoyo en los hechos de la vida griega y quizá se deban, al menos en parte, a un prejuicio intelectual. El tipo de democracia que el filósofo prefiere es la democracia agraria. Al repartir la tierra, en su Estado ideal, tiene el cuidado de conceder a cada ciudadano dos parcelas, una cerca de la ciudad y la otra en pleno campo.

La vida dentro de los muros comunes llevó a los hombres a una natural intimidad. Si el prestigio de la riqueza, del nacimiento aristocrático y de la cultura no fue abolido, por lo menos se estableció una tradición de fácil intercambio entre todas las clases. El clima invitaba a la vida al aire libre: las personas se reunían, iban al mercado a comerciar y a conversar, se ejercitaban juntas en los gimnasios públicos y en los campos de atletismo; cuando llovía, se paseaban juntas bajo las columnatas y las aceras cubiertas, comunes en la mayoría de las ciudades. Según Baker, esos eran los *centros nerviosos* de la ciudad, y cuando los ciudadanos se reunían en asambleas para deliberar, resolvían temas que ya habían sido discutidos en aquellos centros y sobre los cuales ya se había formado una opinión.

La ciudad era más que una ciudad de gobierno: era un club. Todos los días se formaban grupos de conversación y círculos de debate. Como es natural, los negocios de la comunidad constituían el asunto principal de las conversaciones y de los debates. Los ciudadanos acababan por conocerse íntimamente y a juzgarse mutuamente por las discusiones en el mercado y durante los ejercicios en el gimnasio. Esta es la sociedad que sirvió de fundamento para la teoría de los filósofos griegos; es la sociedad de la que habla Aristóteles cuando defiende la distribución de los cargos públicos con arreglo al valor de cada uno.

Según Barker,[6] la reflexión política empezó con los griegos. Su origen está vinculado al racionalismo claro y tranquilo de la mente griega. En vez de proyectarse en la esfera de la religión, como lo hacen los pueblos de India y de Judea, y de aceptar el mundo en confianza, viéndolo a la luz de la fe, los griegos recorrieron el camino del pensamiento,

---

[5] Ibídem, pp. 39-40.
[6] Ibídem, p. 21.

y al osar especular acerca de las cosas visibles buscaron concebir al universo desde el punto de vista de la razón.

El sentido del valor del individuo fue elemento primordial en el desarrollo del pensamiento político helénico. Ese sentido se manifestaba tanto en la teoría como en la práctica y se transformaba en acción bajo la forma de un concepto práctico de libre ciudadanía —dentro de la comunidad autogobernada—, concepto que es la esencia de la ciudad-Estado griega. Por más que se hable del *sacrificio* del individuo al Estado en la política o en la teoría griegas, el hecho es que en Grecia el hombre estaba menos sujeto a tal sacrificio que en cualquier otra parte del mundo antiguo. Los griegos no se cansaban de repetir que, mientras en su país cada uno importaba por lo que valía, y todos podían ejercer alguna influencia en la vida de la comunidad, en los estados despóticos del Oriente solo tenía importancia la voluntad del déspota, y no había propiamente un *interés común.*

Eran las leyes las que daban consistencia a los estados griegos, y no un lazo personal de sujeción a la voluntad caprichosa de un gobernante. Esos estados eran asociaciones con una sustancia común de opinión social y ética, y no la simple unión de señores y esclavos sin un interés compartido. En ellos, los hombres semejantes (aunque no siempre iguales) se asociaban en busca de un objetivo común; había, así, un terreno apropiado para el desarrollo del pensamiento político. Eran individuos distintos del Estado, que por su comunión lo formaban. La separación entre el individuo y el Estado, que teóricamente es condición necesaria para la ciencia política, ya había sido lograda en la práctica en la *polis*, y el ciudadano griego, si bien completamente identificado con su ciudad, tenía suficiente independencia y un momento de acción propia en la vida comunitaria que le permitía compararse con ella y, de esa forma, llegar a una filosofía de su valor.

En ese sentido, de una conciencia colectiva que experimentaron los griegos acerca del lugar que ocupaban en la humanidad, Jager[7] afirma que el helenismo gozó de una posición singular. Grecia representaba, frente a los grandes pueblos del Oriente, un *progreso* fundamental, un nuevo paradigma en todo lo que se refería a la vida de los hombres en comunidad. Esta pasa a fundamentarse en principios completamente nuevos. Por más elevadas que se consideren las realizaciones artísticas, religiosas y políticas de los pueblos anteriores, la historia de lo que se puede llamar *cultura,* con plena conciencia, solo empieza con los griegos.

También en ese sentido escribe Glotz,[8] al aseverar que los atenienses percibían perfectamente que el establecimiento de la democracia en una urbe tan poblada como la suya era una gran novedad. De los tres regímenes que conocían los griegos, solamente uno parecía convenir a la dignidad humana: el que oponía el principio de igualdad al principio oligárquico, y contra la tiranía mantenía el derecho a la libertad.

---

[7] Werner Jager: *Paidéia: A formação do homem grego,* trad. de Artur M. Parreira. 4.ª ed., San Pablo: Martins Fontes, 2001, p. 5.

[8] Gustave Glotz: *A cidade grega,* trad. de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2.ª ed., Río de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988, p. 118.

Lima Filho[9] expresa una importante reflexión respecto de este tema cuando dice que, si bien todos los ciudadanos podían vanagloriarse de obedecer a las mismas leyes, esas mismas leyes se encargaban de dividir a los ciudadanos en distintas clases. De ahí resulta la síntesis formulada por el autor: la ley era igual para todos, pero todos no eran iguales para la ley.

A tenor de las reformas llevadas a cabo por Clístenes, sigue Lima Filho,[10] todos los pueblos existentes en el Ática pasaron a ser unidades independientes, dotadas de administración propia. Varias pequeñas aldeas constituían, juntas, un *demo,* lo equivalente al actual municipio. A la cabeza del *demo* se hallaba un *demarca,* que era elegido por el período de un año y tenía a su cargo llevar el registro de los ciudadanos y el catastro del territorio comunal. Ayudado por uno o dos funcionarios, administraba los fondos públicos, presidía las asambleas de los miembros de la comunidad, mandaba ejecutar las resoluciones de la asamblea y era el hombre de confianza que redactaba las listas locales de inscripción de soldados de infantería y de remadores, atribuciones nítidamente militares. Al *demarca* le tocaba además el registro civil, cuya inscripción asignaba el lugar de nacimiento en el respectivo distrito, y, lo principal, concedía la ciudadanía del Estado. Por ello, y desde entonces, la cualificación oficial de un legítimo ciudadano de Atenas era ofrecida por su nombre propio, el nombre de su padre (patronímico) y la *indicación demótica,* que aludía al pueblo de origen. El pertenecer el ciudadano a una determinada circunscripción territorial era algo que pasaba, por vía hereditaria, a los sucesores del que primero había sido inscrito en el registro civil. Era algo que no se perdía por la ausencia del pueblo de origen.

De todas formas, enseña Mossé,[11] es muy difícil considerar la vida del ciudadano griego de modo uniforme, como se puede intentar con relación al ciudadano de cualquier país contemporáneo. Sin embargo, había instituciones que propiciaban la participación del individuo en la vida comunitaria. Era un ejemplo la *eclesia*, o el pueblo reunido, a cuyas sesiones todos los ciudadanos atenienses tenían teóricamente no solo el derecho sino el deber de asistir. Estas empezaban con un sacrificio religioso, tras el cual se realizaba la lectura del informe presentado en el orden del día. Luego de la lectura había una votación destinada a saber si el proyecto sería votado sin discusión o si sería discutido, lo que sucedía más frecuentemente.

Según entiende Gilissen,[12] la principal contribución de los griegos a la cultura jurídica se debe a sus trabajos sobre el gobierno ideal de la ciudad. Fueron los inventores de la ciencia política, la ciencia del gobierno de la *polis*. Sus mejores escritores y filósofos analizaron las instituciones de las ciudades griegas para hacer su crítica y contraponerle formas ideales de gobierno. Para los pensadores griegos, la fuente del derecho era la ley.

---

[9] Acácio Vaz de Lima Filho: *O poder na Antigüidade: Aspectos históricos e jurídicos,* San Pablo: Ícone, 1999, p. 79.

[10] Ibídem, pp. 80-81.

[11] Claude Mossé: *As instituições gregas,* trad. de António Imanuel Dias Diogo. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 49.

[12] John Gilissen: *Introdução histórica ao Direito,* trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

Acerca del ejercicio de ciudadanía, y refiriéndose expresamente a la forma de solución de controversias, Lopes[13] afirma que en Atenas había dos tipos de órganos de jurisdicción. Para los crímenes públicos el juicio se hacía por grandes tribunales, de decenas o centenas de miembros. La asamblea de todos los ciudadanos, repartidos en distritos territoriales, elegía el gran consejo de supervisión (areópago). Aunque todos pudieran participar en la asamblea, no todos podrían ocupar todas las magistraturas, pues los ciudadanos, para este efecto, habían sido divididos por clases de renta, según la Constitución de Solón. Al lado del areópago, un consejo (*boulé*) de 400 ciudadanos ejercía el gobierno. El areópago juzgaba a los acusados de subvertir la constitución.

Es importante señalar, como lo hace Maffre,[14] que hasta mediados del siglo V bastaba ser hijo de un ciudadano ateniense para serlo también, automáticamente, pero en el año 451, por iniciativa de Pericles, un decreto reservó la ciudadanía ateniense a aquel que hubiera nacido dentro del matrimonio de un ciudadano ateniense con una hija de ciudadano ateniense. Fue una medida restrictiva destinada no a preservar la pureza étnica del Estado, sino, muy prosaicamente, a limitar el número de personas susceptibles de beneficiarse de las ventajas ofrecidas por la ciudadanía. Esa súbita atención a los orígenes de la madre no fue duradera —seguramente cayó en desuso a fines del siglo V—, pero muestra cuán difícil era gozar de la categoría de ciudadano ateniense. Algunos extranjeros podían lograr el *derecho de ciudadanía,* que era el derecho a ser ciudadano pleno obtenido por servicios notoriamente eminentes prestados a la comunidad.

Debe aclararse que solo los hombres de edad adulta podían aspirar a la ciudadanía. Los jóvenes adquirían esa condición alrededor de los dieciocho años, después de cumplir cierto número de ritos de paso del mundo infantil al adulto, después de haber sido aceptados en el ámbito de la familia y más tarde en la fratría, y tras haber sido inscritos en el registro cívico del *demo*.

Los diversos autores coinciden en que los ciudadanos no eran completamente iguales en todos los ámbitos. La democracia ateniense no era tan radical como se podría pensar, por cuanto en ciertos aspectos seguía siendo censitaria. En el tope de la escala social estaban los *pentacosiomedimnos* (aquellos que podían recoger como mínimo 500 medidas de granos) y los *hippeis* o caballeros, capaces de mantener a sus animales. Luego estaban los *zeugitas* (los que poseían una pareja de animales de tiro), campesinos de condición mediana, aptos para equipararse como *hoplitas,* y finalmente los *tetes* —los campesinos menos pudientes— y los pequeños artesanos. Hasta el 457 solo los ciudadanos de las dos primeras categorías, y más tarde de las tres primeras, tenían acceso a las principales magistraturas.

Según Maffre,[15] junto con los elementos comunes al conjunto de los ciudadanos, todavía existían distinciones de clase en virtud de la riqueza. Derechos y deberes eran susceptibles de notables variaciones según se tratara de un *tete* o de un rico propietario.

---

[13] José Reinaldo de Lima Lopes: *O Direito na história: Lições introdutórias,* San Pablo: Max Limonad, 2000.

[14] Jean-Jacques Maffre: *A vida na Grécia antiga,* Río de Janeiro: Jorge Zahar, 1989, p. 111.

[15] Ibídem.

Las actividades eran también muy diversas según el lugar en que se viviera —en la Atenas intramuros, en un gran puerto como El Pireo, en el campo o en la montaña—, ya que la ciudadanía ateniense no era un atributo de los habitantes de la ciudad de Atenas, sino de toda el Ática, es decir, la región de Atenas. Lo que todos los ciudadanos poseían era un mínimo de derechos civiles, políticos, jurídicos y religiosos, casi siempre confundidos en un contexto en el que la religión era esencialmente cívica, es decir, celebrada oficialmente por el Estado, en el ámbito de las fiestas, las ceremonias, los juegos organizados con y para los ciudadanos. Estos, por su parte, compartían deberes que, salvo por discapacidad física, incluían participar en la defensa de la patria, garantizar los encargos financieros de la ciudad-Estado pagando impuestos en diversas formas, según sus posesiones, y respetar ciertos usos, ritos y prohibiciones, de conformidad con la tradición de la ciudad, sobre todo en la esfera religiosa, bajo la amenaza de sanciones que podrían llegar a ser muy graves.

## 3. La concepción moderna de ciudadanía

La idea de gobierno de los ciudadanos desapareció con el ocaso del mundo clásico y volvió a surgir a fines de la Edad Media, sobre todo en el Renacimiento, en las ciudades-república italianas, según Rivero.[16]

Con el paso de los tiempos fueron surgiendo otros poderes, el del emperador y el del papado, tras los cuales nacería el mundo de los estados nacionales. En ese mundo, de forma gradual, fue cobrando vida la concepción moderna de ciudadanía. El Estado-nación también presentaba necesidades que debían ser satisfechas por los ciudadanos: su manutención por medio de la contribución impositiva y la defensa militar. Pero ahora ya no era el Estado el que hacía a los ciudadanos: estos precedían al Estado en sus derechos y prerrogativas y construían un Estado para proteger aquello que ya poseían individualmente. Tal es la idea de *contrato social.*

Marshall[17] identifica tres elementos como componentes de la ciudadanía, aunque advierte que tal división obedece más a la historia que a la lógica: un elemento civil, relativo a los derechos necesarios para la libertad individual; un elemento político, atinente al derecho de participar en el ejercicio del poder político, y un elemento social, que va desde el derecho mínimo de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a participar por completo de la herencia social.

El elemento civil prevé la libertad de ir y venir, la libertad de prensa, pensamiento y fe, el derecho a poseer propiedad y a concluir contratos válidos, y el derecho a la justicia. Este último difiere de los demás porque es el derecho a defenderse y afirmar todos los derechos en términos de igualdad con los otros y por el debido camino procesal.

---

[16] Ángel Rivero: *Construcción de Europa, democracia y globalización,* edición a cargo de Ramón Máiz, Santiago de Compostela: Universidad, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2001, p. 696.

[17] T. H. Marshall: *Cidadania e classe social,* 2.ª ed., atual. e rev., Brasilia: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 9.

Ello, dice Marshall, enseña que las instituciones más estrictamente asociadas con los derechos civiles son los tribunales de justicia.

Mediante el elemento político, el individuo participa como miembro de un organismo investido de autoridad política o como elector de los miembros de tal organismo. Las instituciones correspondientes son el parlamento y los consejos de gobierno local.

El elemento social se refiere a llevar la vida de un ser civilizado con arreglo a los patrones prevalecientes en la sociedad. Las instituciones más íntimamente relacionadas con él son el sistema educacional y los servicios sociales. En los viejos tiempos, esos tres derechos estaban fundidos en uno solo. Los derechos se confundían porque las instituciones estaban amalgamadas.

Cuando los tres elementos de la ciudadanía se alejaron los unos de los otros, pasaron a parecer extraños entre sí. El divorcio entre ellos era tan completo que es posible, sin distorsionar los hechos históricos, asignar el período de formación de la vida de cada uno a un siglo diferente —los derechos civiles al siglo XVIII, los políticos al XIX y los sociales al XX—. Estos períodos deben ser tratados con una razonable elasticidad, por cuanto hay algún solapamiento, en especial entre los dos últimos.[18]

El resultado de esa atomización acabó por suscitar la indignación de los espíritus bien formados y por provocar la organización de la clase trabajadora. La Constitución francesa de 1848 reconoció algunos requerimientos económicos y sociales, pero la plena afirmación de esos derechos solo vino a ocurrir en el siglo XX, con la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar, de 1919.

## 4. La formación de los derechos

Persecuciones y asesinatos han sido una constante en la historia de la humanidad. La convivencia pacífica entre los pueblos es una creación, parcialmente realizada, de la modernidad. Basta recordar a la noche de San Bartolomé, a la Inquisición española y a los cristianos nuevos para percibir que las mayores masacres pueden pasar a los libros de historia sin grandes preocupaciones acerca de los culpables.[19]

El término *derechos humanos*[20] está asociado con la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en el marco del proceso de reacción ante las persecuciones, torturas y detenciones ilegales de personas, entre otros sucesos, en el período anterior y durante la segunda guerra mundial.

La existencia de derechos inherentes al ser humano es una discusión tradicional en los campos de la filosofía y del derecho, en los que coexisten diversas teorías. Una de

---

[18] Ibídem, p. 12.

[19] Rodrigo Stumpf González, en Ivete Keil, Paulo Albuquerque y Solon Viola (orgs.): *Direitos humanos: alternativas de justiça social na América Latina,* São Leopoldo: Unisinos, 2002.

[20] ¿Derechos del hombre o derechos humanos? El uso del término *derechos humanos* es relativamente reciente. Habría sido creado por Eleanor Roosevelt en los años cuarenta, durante el trabajo desarrollado en la ONU, a partir de la constatación de que, en algunas partes del mundo, la idea de *derechos del hombre* era concebida en forma restrictiva, excluyendo los *derechos de la mujer.*

las vertientes del pensamiento occidental es el jusnaturalismo, que posee dos ramificaciones: la de los adeptos del derecho natural como derecho divino, por encima del poder de los hombres, basada en santo Tomás de Aquino, y la racional, que concibe el origen del derecho natural a partir del pensamiento humano. Otra concepción, más moderna, es la de los derechos humanos como construcción histórica, los cuales serían fruto del consenso de la sociedad en un momento dado.

La idea que aquí se procura plantear es la de que los derechos humanos son una construcción histórica, según la concepción desarrollada por Norberto Bobbio, quien afirma que no existen derechos determinados en forma inmutable, por encima de la historia concreta de cada sociedad. Los derechos que se reconocen en cada momento, aunque este les asigne alguna característica suprahistórica, son fruto de ese contexto específico y del reconocimiento que les otorgue una determinada sociedad.

Para Altavila,[21] los derechos de los pueblos corresponden a su tiempo. Absurdos, dogmáticos, rígidos, lúcidos o liberales representan, sin embargo, los anhelos y las conquistas de seres humanos que les alzaron las manos en un gesto de súplica o de enternecido reconocimiento. En el mismo sentido, Comparato[22] asevera que nada garantiza que falsos derechos humanos —es decir, ciertos privilegios de la mayoría dominante— no sean asimismo incluidos en la Constitución o consagrados en una convención internacional bajo la denominación *derechos fundamentales.*

En los primeros días de 1689, el Parlamento inglés discutió y aprobó el *Bill of Rights*, acto que puso nuevos límites a la autoridad de la Corona, aseguró garantías al Parlamento y nuevas libertades individuales a todos los ciudadanos ingleses.[23]

En el continente americano, la independencia de las antiguas trece colonias británicas en 1776, reunidas primero en forma de confederación y enseguida constituidas en Estado federal, en 1787, representó el acto inaugural de la democracia moderna, que bajo el régimen constitucional combinó la representación popular con la limitación de poderes gubernamentales y el respeto a los derechos humanos.

En el análisis de Comparato,[24] la propia idea de publicar una declaración de las razones del acto de independencia, por un respeto debido a las opiniones de la humanidad, constituye una novedad absoluta. Desde ese momento, los jueces supremos de los actos políticos dejaron de ser los monarcas o los jefes religiosos, para pasar a ser todos los hombres, indiscriminadamente. En realidad, la idea de una declaración a la humanidad está estrictamente relacionada con el principio de la nueva legitimidad política: la soberanía popular.

En la concepción de los fundadores de los Estados Unidos, la soberanía popular se halla, de ese modo, estrictamente unida al reconocimiento de derechos inalienables de todos los hombres, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La Declaración de Derechos de Virginia asevera que todos los seres humanos son, por

---

[21] Jayme Altavila: *Origem dos direitos dos povos,* 5.ª ed., San Pablo: Ícone, 1989.

[22] Fábio Konder Comparato: *A afirmação histórica dos direitos humanos,* 3.ª ed. rev. y ampl., San Pablo: Saraiva, 2003.

[23] Ibídem, p. 177.

[24] Comparato: o. cit., p. 102.

su propia naturaleza, igualmente libres e independientes. Sus dos párrafos iniciales expresan con claridad los fundamentos del régimen democrático: el reconocimiento de derechos innatos a toda persona humana, los cuales no pueden ser alienados o extinguidos por una decisión política, y el principio de que todo poder emana del pueblo, y los gobernantes quedan subordinados a él.

En el siglo XIX, la democracia liberal se mantuvo, con la expansión progresiva del sufragio, difundiendo los derechos políticos. Los derechos negativos (civiles), que parten de un ideal de autosuficiencia del individuo, fueron ampliados. Sin embargo, para ejercitar plenamente los derechos civiles son necesarios los derechos positivos (sociales), lo que está relacionado con lo que dice Marshall[25] sobre la evolución de la ciudadanía. En su análisis, verifica que a fines del siglo XIX se desarrolló un interés creciente por la igualdad como un principio de justicia social, junto con la conciencia de que en lo atinente a derechos no era suficiente el reconocimiento formal de una igual capacidad. De esa manera, aunque la ciudadanía poco hubiera hecho para reducir la desigualdad social, ayudó a orientar el proceso hacia las políticas igualitarias del siglo XX.

La internacionalización de los derechos humanos, que se inició en el siglo XIX y terminó con la segunda guerra mundial, estuvo dirigida, básicamente, hacia tres áreas: el derecho humanitario, la lucha contra la esclavitud y la regulación de los derechos del trabajador. Al terminar la segunda guerra mundial, a partir de 1945, la humanidad pudo comprender, más que en cualquier otra época de la historia, el valor supremo de la dignidad humana. El sufrimiento como matriz de la comprensión del mundo y de los hombres, según el legado griego, vino a corroborar la afirmación histórica de los derechos humanos.

Marshall[26] afirma que el desarrollo de la ciudadanía, aunque se haya dado en forma sustancial y marcada, ejerció poca influencia directa sobre la desigualdad social. Los derechos civiles confirieron poderes legales cuyo uso fue drásticamente limitado por prejuicios de clase y falta de oportunidades económicas. De otra parte, los derechos políticos otorgaron un poder potencial cuyo ejercicio exigía experiencia, organización y un cambio de ideas en cuanto a las funciones propias del gobierno. Por fin, los derechos sociales comprendían un mínimo y no formaban parte del concepto de ciudadanía.

Como se ha dicho, la Constitución de México de 1917 y la Constitución de la República de Weimar de 1919 fueron las primeras en incluir los derechos sociales. La Carta política mexicana fue la primera en atribuir a los derechos laborales la calidad de derechos fundamentales, al par de las libertades individuales y los derechos políticos. La Constitución de Weimar recorrió la misma senda, y todas las convenciones aprobadas por la entonces recién fundada Organización Internacional del Trabajo regularon materias que ya constaban en la Constitución mexicana: la limitación de la jornada

[25] Marshall: o. cit., p. 32.
[26] Ibídem, pp. 39-40.

de trabajo, la protección de la maternidad, la edad mínima de admisión al empleo y el trabajo nocturno de menores en la industria.

## 5. Conclusión

En el embrión de los derechos humanos se puede vislumbrar, antes que nada, el nacimiento del valor *libertad.* Sin embargo, no se trataba de la libertad en beneficio de todos, sin distinciones de condición social, lo que solamente vendría a declararse a fines del siglo XVIII, sino de las libertades específicas, en favor principalmente de los estamentos superiores de la sociedad, el clero y la nobleza.

Con el establecimiento de los Estados nacionales, el vínculo antes existente con la ciudad pasó a darse con este nuevo ente, y sus relaciones han continuado desarrollándose. A lo largo de ese desarrollo, los derechos humanos se fueron incorporando a una política de gobierno. No obstante, hubo momentos en los que la relación ciudadano-Estado presentó grietas, cuando este no consiguió ofrecer las garantías necesarias para la preservación de la integridad física o psicológica de aquellos a quien debía proteger.

Dicha protección pasó, entonces, a otra esfera, la del derecho internacional, llevada a cabo por organizaciones internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue el inicio de un movimiento que ha proseguido hasta hoy, en la línea de su protección más allá de las fronteras de los Estados. Desde esa fecha hasta nuestros días, los instrumentos dirigidos al propósito común de salvaguardar los derechos humanos han formado un *corpus juri* muy complejo, con reglas de distintos orígenes (Naciones Unidas, agencias especializadas, organizaciones regionales), diferentes ámbitos (global y regional), asimismo distintos en cuanto a sus destinatarios o beneficiarios y significativamente en cuanto a su contenido, fuerza y efectos jurídicos desiguales o variables (desde simples declaraciones hasta convenciones debidamente ratificadas).

La última gran concentración de ultrajes a los derechos humanos ocurrió entre 1930 y el término de la segunda guerra mundial, con la institución del Estado totalitario y la avalancha de masacres bélicas. Una vez cesadas las hostilidades, las conciencias se abrieron, por fin, al hecho de que la supervivencia de la humanidad requería que la vida en sociedad se reorganizara sobre la base del respeto absoluto a la persona humana. El término del conflicto bélico en la mitad del siglo pasado es un divisor de aguas en lo que concierne a los derechos humanos. Los Estados se posicionaron aspirando al respeto de la dignidad humana, y lo hicieron mediante la creación de organizaciones internacionales, tratados y convenciones.

Es incontestable que se debe encontrar un fundamento para la vigencia de los derechos humanos más allá de la organización estatal. Tal fundamento, en última instancia, solo puede ser representado por la conciencia ética colectiva, la convicción, larga y ampliamente establecida en la colectividad, de que la dignidad de la condición humana requiere el respeto de ciertos bienes o valores en cualquier circunstancia, aunque no estén reconocidos en el ordenamiento estatal o en documentos normativos internacionales.

Durante mucho tiempo la ciudadanía ha señalado un catálogo muy preciso de derechos y prerrogativas, al par que de obligaciones y deberes, de los cuales eran únicos titulares ciertos individuos, los ciudadanos. Los vientos liberales que empezaban a soplar en Europa a partir del fin del siglo XVIII llevaron a que la ciudadanía se igualara a la nacionalidad, sobre todo el pleno goce de los derechos políticos, y que tales privilegios se universalizaran.

Lo que se puede constatar es que los derechos individuales —es decir, los derechos civiles y políticos, institucionalizados hace más de trescientos años— se encuentran protegidos por una serie de garantías muy definidas, las cuales varían de un sistema jurídico a otro. Pero, de una forma general, el individuo ofendido en sus derechos puede acudir al Poder Judicial invocando un remedio jurídico-procesal apropiado que haga cesar la violación.

Los derechos económicos, sociales y culturales, de elaboración más reciente en términos históricos, no siempre pueden exigirse mediante los tribunales, porque dependen de una acción positiva del Estado para su concreción.

No se puede negar el avance en el dominio de la protección de los derechos humanos, sobre todo en la jurisdiccionalización de estos derechos por medio del derecho internacional de los derechos humanos. Claro es, además, que todavía hay mucho por hacer para concretar la ratificación universal —plena y sin reservas— de los tratados de derechos humanos, con el fin de garantizar que su universalidad prevalezca en los planos conceptual y operacional de los órdenes jurídicos internos.

## 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** a nombre de la directora, **Gisela Elsner**.
   La fecha límite de recepción de originales es el 30 de setiembre.

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 elec-

trónica (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.