Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

16.º año

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2010

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2010

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 difundir 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.

© 2010 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)

Corrección de traducciones
Dorota Berezicki (alemán)
Dennis Tonsing (inglés)

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

Diseño de maqueta
Taller de Comunicación

Diseño original de tapa
Manuel Carballa

Paginación, impresión y encuadernación
Mastergraf srl
Gral. Pagola 1823 (ex 1727) - Tel. 203 47 60
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 353.079 - 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* está registrado en el Directorio Latindex y se encuentra disponible a texto completo en las siguientes páginas web:

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

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

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Índice

Prólogo 9

I. Derecho constitucional

- Horacio Andaluz (Bolivia)
  La estructura del sistema jurídico:
  las relaciones entre las fuentes del derecho en la constitución vigente 13

- Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)
  El control de constitucionalidad de los tratados internacionales:
  un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad 47

- Matthias Herdegen (Alemania)
  La internacionalización del orden constitucional 71

- Roberto Islas Montes (México)
  El caso distinto: un caso para el juez constitucional 83

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
  Cultura constitucional y desconstitucionalización 97

Especial. 60 años de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

- César Landa (Perú)
  60 años de la Ley Fundamental de Bonn: significado y aporte
  al fortalecimiento del Estado democrático 111

- Rudolf Mellinghoff (Alemania)
  60 años de Ley Fundamental
  Incidencia del Tribunal Federal Constitucional
  en la realidad constitucional 129

II. Derecho procesal constitucional

- Víctor Bazán (Argentina)
  En torno al control sobre las inconstitucionalidades
  e inconvencionalidades omisivas 151

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
  El ministro instructor y la suspensión del acto reclamado en la controversia constitucional mexicana 179

- Aníbal Quiroga León (Perú)
  ¿El control difuso administrativo? 205

III. Derechos y garantías individuales

- Cristiane Aquino de Souza (Brasil)
  Cotas eleitorais para a igualdade de gênero: uma perspectiva jurídico-constitucional 239

- Leonardo Martins (Brasil)
  Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre self-restraint *e vínculo ao direito constitucional positivo* 255

- Enrique Navarro Beltrán (Chile)
  Protección constitucional de los derechos sociales en Chile 273

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- Mariana Blengio Valdés (Uruguay)
  La prevención y prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en América Latina 291

- Eric Tardif (Canadá-México)
  Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo 307

V. Derecho procesal y derechos humanos

- Bruno Gaiero Guadagna e Ignacio M. Soba Bracesco (Uruguay)
  El proceso de hábeas data en el Uruguay (protección de datos personales y acceso a la información pública) 325

- Pedro Gareca Perales (Bolivia)
  Los principios constitucionales y procesales en la jurisprudencia penal en materia de revisión y los límites de la justicia comunitaria y ordinaria 351

- Lucas L. Moroni Romero (Argentina)
  El derecho procesal de los derechos humanos, ¿una nueva disciplina? 377

- Marcelo Gil (Argentina)
  La violación del principio de progresividad de los derechos humanos en Argentina como nueva hipótesis de sentencia arbitraria por cosa juzgada írrita 389

VI. Democracia y Estado de derecho

- Jesús M. Casal H. (Venezuela)
  Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional 401

- Fernando Cruz Castro (Costa Rica)
  Tratados de libre comercio y Estado social y democrático de derecho A propósito de un voto salvado en consulta TLC-EUCARD Sugerencias y disidencias 425

- Augusto Durán Martínez (Uruguay)
  Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración pública Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional 449

- Joaquim Falcão, Marcelo Lennertz y Tânia Abrão Rangel (Brasil)
  El control de la administración judicial 467

- Stefan Jost (Alemania)
  El uso de equipos de votación electrónicos: sentencia doctrinal del Tribunal Constitucional Federal 487

- Francisco J. Menin (Argentina)
  La política de cohesión y convergencia en los procesos de integración regional 497

- Lautaro Ríos Álvarez (Chile)
  Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción 517

- Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala)
  Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos 537

VII. Medio ambiente y Estado de derecho

- Gilbert Armijo (Costa Rica)
  El derecho humano al agua: la ética como alternativa a la justicia constitucional. A propósito del Tribunal Latinoamericano del Agua 553

- Juan Carlos Henao Pérez (Colombia)
  El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana 573

- William Zambrano Cetina (Colombia)
  Deberes de los particulares en la Constitución y medio ambiente 603

Prólogo

Es un placer presentar la 16.ª edición del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, editado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Como su nombre lo indica, la publicación se estructura en torno al eje del derecho constitucional, pero va mucho más allá, pues se extiende a otras ramas jurídicas vinculadas a él pero que cuentan con autonomía propia. Así, los derechos y garantías individuales, los derechos humanos internacionales y regionales y el derecho procesal constitucional son secciones ineludibles en cualquier edición del Anuario.

Sin embargo, cada año procuramos también abordar un tema que pueda aportar a la realidad del derecho constitucional en América Latina. Este año, por ejemplo, incorporamos una sección dedicada a la temática "Medio ambiente y Estado de derecho", con artículos que los autores presentaron en el panel especial del XVI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, que nuestro programa organizó conjuntamente con la Corte Constitucional de Colombia en septiembre del año 2009. Además, realizamos una compilación de jurisprudencia sobre los temas más relevantes del derecho ambiental en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú, que agregamos en un CD. Queremos así completar el enfoque teórico del Anuario con uno más práctico, poniendo énfasis en la jurisprudencia reciente de tribunales, salas constitucionales y cortes supremas del continente.

En el 2009, y conmemorando los 15 años del Anuario, realizamos un esfuerzo extra para procurar la indexación de la obra. Este año continuamos trabajando en ese sentido y cumplimos nuevamente los requisitos para mantenernos dentro de los principales índices latinoamericanos.

El Anuario refleja el alcance regional del Programa Estado de Derecho, con competencia desde el sur del continente hasta México. En este contexto, intentamos incluir trabajos de autores de diversas nacionalidades y representar así la diversidad de las problemáticas jurídicas o, por qué no, su cercanía y similitud. De esta manera promovemos la integración del conocimiento jurídico, que resulta fundamental en pleno siglo XXI. Cabe también destacar que muchos de los autores del Anuario son expertos de larga data de nuestro Programa y nos han apoyado en diversas actividades de capacitación. A su vez, fomentamos la participación de las nuevas generaciones de autores, constituidas por jóvenes investigadores del derecho, cuyos aportes a la dogmática constitucional recibimos siempre con entusiasmo.

El Anuario, en definitiva, es una de las herramientas con las que cuenta el Programa Estado de Derecho para cumplir sus objetivos, a saber: la promoción y el apoyo sostenido a la democratización en América Latina, a través de la contribución al desarrollo y la profundización de un orden jurídico eficiente basado en principios del Estado de derecho, como centro de cada sistema democrático. Creemos que estos 16 años de la colección han dejado su huella. Seguiremos trabajando y alentamos a los lectores a hacernos llegar sus aportes, así como también sus sugerencias o críticas.

Esperamos que la selección de artículos refleje al menos una parte de la variada doctrina y jurisprudencia constitucional del continente y aporte al debate comparativo del derecho constitucional en América Latina. Descontamos que todos los artículos serán de interés y constituirán una referencia en la materia para los lectores. Desde ya nuestro más sincero agradecimiento a todos los autores por su desinteresada cooperación, y a todo el equipo editorial del Anuario.

Gisela Elsner
Directora de la Oficina Regional en Montevideo

Dr. Christian Steiner[1]
Director de la Oficina en México D.F.

[1] El Dr. Christian Steiner sucedió en julio del 2009 a Rudolf Huber en el cargo de director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Oficina Regional México D. F.

I. Derecho constitucional

- Horacio Andaluz (Bolivia)
  La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente

- Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)
  El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad

- Matthias Herdegen (Alemania)
  La internacionalización del orden constitucional

- Roberto Islas Montes (México)
  El caso distinto: un caso para el juez constitucional

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
  Cultura constitucional y desconstitucionalización

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 13-46, ISSN 1510-4974

Horacio Andaluz (Bolivia)*

La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la constitución vigente

RESUMEN

La Constitución boliviana de 2009 trae consigo cambios en la estructura del sistema jurídico. Este artículo analiza dichos cambios a través de las relaciones formales entre las distintas fuentes del derecho y expone la estructura unitaria y a la vez territorialmente descentralizada inaugurada por la nueva Carta. Además de un marco teórico previo, el artículo está dividido en dos partes principales: la primera se ocupa de la Constitución como fuente del derecho e incluye las consecuencias jurídicas de su supremacía, los límites de la cláusula de interpretación de la Constitución y el carácter vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional; la segunda presenta las fuentes de derecho ordinario, sus respectivas posiciones en la estructura del sistema y las relaciones formales entre ellas.

Palabras clave: fuentes del derecho, interpretación del derecho, ordenamiento jurídico nacional, Constitución política, competencia de tribunales, efecto vinculante, derecho indígena, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die bolivianische Verfassung von 2009 bringt einige strukturelle Änderungen des Rechtssystems mit sich. Der vorliegende Beitrag geht mit Hilfe einer Untersuchung der formalen Beziehungen zwischen den einzelnen Rechtsquellen auf diese Änderungen ein und stellt die durch die neue Verfassung eingeführte einheitliche und zugleich territorial dezentralisierte Struktur dar. Der Artikel gliedert sich in eine theoretische Einführung und zwei Hauptteile: Während sich der erste mit der Verfassung als Rechtsquelle, den rechtlichen Folgen ihres Vorrangs, den Grenzen der Interpretationsklausel der Verfassung und dem verbindlichen Charakter der Präzedenzentscheidungen des Verfassungsgerichts befasst, geht der zweite auf die allgemeinen Rechtsquellen, ihre Stellung in der Struktur des Systems und die zwischen ihnen bestehenden formalen Beziehungen ein.

Schlagwörter: Rechtsquellen, Rechtsauslegung, nationale Rechtsordnung, Verfassung, Zuständigkeit der Gerichte, verbindliche Wirkung, indigenes Recht, Bolivien.

---

* Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra). Árbitro (Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz). Master of Laws-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Ex alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Publicación vinculada con este tema: *Aplicación judicial de la constitución* (Santa Cruz de la Sierra: El País, 2010). ‹handaluz@post.harvard.edu›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ABSTRACT

The Bolivian Constitution of 2009 introduces changes within the structure of the legal system. This paper analyzes these changes through an examination of the formal relationships between distinct sources of the law, and discusses both the unitary structure and the territorial decentralization aspects established by the new Constitution. The paper begins with a theoretical framework followed by two main parts: the first addresses the Constitution as a legal source, including the legal consequences of its supremacy, the limits of the interpretation clause of the Constitution, and the practical application of the *stare decisis* doctrine; the second part exposes the ordinary legal sources, their respective positions within the structure of the legal system and the formal relations among them.

Keywords: legal sources, interpretation of law, national legal order, political Constitution, court jurisdiction, binding effect, indigenous rights, indigenous law, Bolivia.

1. Introducción

La estructura de un sistema jurídico se determina por las relaciones entre sus fuentes. Esto supone que el derecho regula su propia creación; pero también que el significado material de sus normas depende de las formas normativas que las albergan. Así, la determinación del significado jurídico de una norma depende de su posición en la estructura del sistema y de sus relaciones con las demás formas normativas que lo integran. De manera que, en el pensamiento jurídico, el conocimiento formal del sistema antecede a su conocimiento material, pues lo segundo viene determinado por lo primero. De ahí la relevancia de las fuentes en la teoría general del derecho. Ahora bien, que el estudio de un sistema positivo deba hacerse desde su norma fundacional obedece a que la norma fundacional determina las condiciones de validez del sistema, y en esa medida determina también las relaciones entre sus formas normativas. Estas relaciones son las que configuran la estructura específica de cada sistema positivo. Que el estudio positivo de las fuentes deba hacerse desde el derecho constitucional responde al hecho de que son las constituciones las que, al establecer las condiciones de validez para la pluralidad de normas que articulan, dan configuración estructural a los sistemas positivos que fundan.

En este orden de ideas, lo que aquí se presenta es un análisis de las fuentes del derecho y de sus relaciones en el marco normativo de la Constitución vigente. El análisis ha sido efectuado desde una teoría formal de las fuentes, porque solo un enfoque según el criterio formal permite identificar la estructura positiva de un sistema jurídico.[1] Además, es solo según el criterio formal que se puede incorporar en la categoría

[1] Las teorías tradicionales definen las fuentes atendiendo o bien al criterio sustantivo o bien al de la eficacia *erga omnes*. Por el primero, son fuentes las normas generales y abstractas; por el segundo, lo son aquellas cuya oponibilidad es absoluta. Ambos criterios tienen carácter meramente teórico, útiles únicamente a efectos de una exposición de las distintas formas normativas, pero carecen de relevancia jurídico-positiva, lo cual no puede ser de otra manera pues la diferenciación entre *actos fuente* y *actos no fuente* no comporta consecuencias jurídicas, ya que el sistema jurídico no atribuye especificidades propias a las normas por el hecho de su clasificación como fuentes del

de fuentes tanto a la costumbre como a los precedentes judiciales. La inclusión de la costumbre es necesaria para la compresión estructural del sistema jurídico boliviano. Respecto a los precedentes judiciales, su carácter normativo deriva de la unidad del sistema jurídico. Esto los hace exigibles en cualquier sistema positivo.

2. Cuestiones conceptuales previas

2.1. La estructura del sistema jurídico: la teoría formal de las fuentes del derecho

La estructura formal de los sistemas jurídicos se configura a partir de las relaciones entre sus fuentes del derecho. Las *fuentes* revelan que el sistema jurídico regula su propia creación. Esto se da al someter la producción de normas jurídicas al cumplimiento de determinadas condiciones. De este hecho es que el normativismo deriva la unidad del sistema jurídico. Tal unidad resulta de la existencia de normas que determinan los elementos que componen el sistema. Por servir como método para la identificación de otras normas, las fuentes son denominadas *metanormas, normas sobre la producción jurídica* o, en términos de Hart,[2] *reglas secundarias*.

Estas normas regulan la introducción de nuevo derecho al sistema jurídico. El proceso ocurre a través de: 1) normas de competencia formal, que atribuyen a un órgano la competencia para producir derecho (verbigracia el artículo 158.I.3 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Legislativa Plurinacional la competencia para dictar leyes); 2) normas de procedimiento, que disciplinan el curso procesal para el ejercicio de la competencia formal (para las leyes, el procedimiento legislativo de los artículos 162 a 164 de la Constitución en cuanto a la producción de leyes); 3) normas de competencia material, que determinan la materia en que puede ejercerse la competencia normativa (verbigracia el artículo 411.II de la Constitución, que atribuye competencia al órgano legislativo para reformar parcialmente la Constitución); y 4) normas de contenido, siempre que sean superiores a las normas producidas por la fuente objeto de análisis (así, las leyes están condicionadas por el contenido de la Constitución y los decretos por el contenido de la Constitución y las leyes).

Las tres primeras condiciones son criterios de validez de tipo dinámico (formal). Su infracción produce, respectivamente, vicios de competencia formal, de procedimiento y de competencia material. Estos vicios operan respecto de disposiciones jurídicas como formas continentes (cuyo contenido son las normas jurídicas). En cambio, la cuarta condición de validez es de tipo estático (material), cuya infracción produce un

derecho. Frente a las teorías tradicionales está la teoría formal, para la cual todas las normas son fuentes, y donde el término fuente se toma como mera forma de referirse a las condiciones de validez que una norma impone para la creación de otra. Como se verá en el texto principal, es a partir de este régimen que se construye la estructura de los sistemas positivos.

[2] El de Hart es el mejor intento orientado a construir una teoría del conocimiento jurídico alrededor del carácter dinámico del derecho, a partir de su diferenciación entre reglas primarias (normas de conducta) y secundarias (normas de competencia).

vicio material o sustantivo, que opera respecto de las normas jurídicas contenidas y no respecto de las formas continentes (disposiciones jurídicas). Habida cuenta de que todas las normas son resultado de un proceso de interpretación de las disposiciones que las contienen, el vicio material no significa que sea inválida la disposición que contenga una norma inválida, sino la disposición que no contenga ni una sola norma (ni una sola interpretación posible) válida. Este es el principio de conservación de la norma, que consiste en preferir la construcción interpretativa que conserve la validez de una disposición, a la que concluya en su invalidez. Y que si en materia constitucional deriva de interpretar el ordenamiento conforme a la Constitución, para la teoría general del derecho es un imperativo en razón de la unidad del ordenamiento.

Para la teoría formal de las fuentes del derecho, son fuentes los actos autorizados por una norma jurídica del sistema para producir, innovar o derogar el derecho vigente. Esta es la concepción iniciada por Merkl en sus *Prolegómenos de una teoría de la construcción escalonada del derecho* (1931). Kelsen, cuya teoría del derecho para entonces se encontraba atrapada en una concepción estática del fenómeno jurídico, introdujo en su teoría la concepción dinámica de su "querido alumno",[3] en que se mantuvo desde la primera edición de su *Teoría pura del derecho* (1934).

Para Merkl, el análisis estructural del fenómeno jurídico puede hacerse según el contenido de las normas o según su fuente de producción (forma). A diferencia de las formas, los contenidos en el derecho son inagotables. En cambio, sostiene, hay una "economía de la forma", ya que por vasta que fuese la multiplicidad de formas, frente a la diversidad de su contenido siempre tendrá un límite cierto. De ahí su fórmula: "la forma es finita, el contenido infinito".[4]

En razón de la forma, 1) la relación entre una fuente y otra se expresa en términos de delegación de poder: una fuente solo tiene poder normativo en la medida en que le haya sido delegado por otra fuente y dentro de los límites de tal delegación; 2) cada delegación de poder determina las condiciones de validez de una norma; 3) puesto que la norma es creada por aplicación de otra (aquella que determina las condiciones de validez), la norma deriva de aquella que la autoriza, por lo que, al estar condicionada, le es inferior; se forma así, entre normas subordinantes y normas subordinadas, una cadena de validez que le da al sistema jurídico una estructura jerárquica: esta es una jerarquía lógica, que deriva de una concepción de la filosofía del derecho sobre el proceso de producción jurídica, y que, en tanto tal, es la única estructura ínsita del sistema jurídico, pues se forma a partir de las relaciones de validez entre sus normas; 4) consecuencia de lo anterior es que todo acto jurídico es a la vez la aplicación de una

[3] Uno de los primeros discípulos de Kelsen en la Universidad de Viena fue Merkl. Kelsen llegó a considerarlo "cofundador" de la teoría pura del derecho al reconocer el "gran significado de su obra". De hecho, escribió que "el mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl" (cit. por Heinz Mayer: "La teoría de la construcción jurídica escalonada", en Robert Walter: *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 63).

[4] Cit. por Mayer: o. cit.

norma y la creación de otra, lo que pone fin a la distinción entre creación y aplicación del derecho; y, por último, 5) se disuelve la distinción conceptual entre *actos fuente* y *actos no fuente,* ya que si todos los actos normativos también crean derecho, y no solo lo aplican, todos son también fuentes del derecho.

Como filosofía del derecho, la teoría formal de las fuentes es solo un instrumento para el conocimiento y la explicación del derecho positivo. Nada más. Es, por tanto, un error confundir la teoría con su representación gráfica en forma de pirámide. En consecuencia, es erróneo evaluar la solvencia científica de esta teoría compulsando tal representación esquemática con la estructura positiva de un sistema determinado.[5] Siendo cierto que la graficación piramidal depaupera la teoría que pretende representar, también lo es que no se puede confundir una filosofía del derecho, como instrumento de conocimiento, con el derecho positivo, como objeto de conocimiento.[6] La teoría formal de las fuentes solo hace visibles los vínculos entre las disposiciones jurídicas; no los produce. Tampoco impone configuración positiva alguna de los sistemas jurídicos, pues la estructura de un sistema jurídico positivo solo es deducible de sí misma.

Esto lo comprendía el propio Merkl, que acompañó su teoría formal de las fuentes con su tesis de la fuerza jurídica de los actos normativos, distinguiendo la teoría estructural (descripción lógico-filosófica) de la estructura positiva de los sistemas jurídicos (descripción jurídico-positiva).

Así trazó la distinción: 1) si la producción de todos los actos normativos está condicionada, entonces la dinámica de producción normativa está determinada por la norma jurídica que los condiciona (jerarquía lógica); 2) frente a esto, la pregunta a plantearse es si los órganos jurídico-positivos autorizados a producir determinados actos tendrán también la correspondiente autorización para su anulación; 3) su respuesta fue que ello depende del "ámbito de vigencia específico de lo jurídico": "lo jurídico vale en tanto que en el ámbito de fenómenos jurídicos condicionantes no sean

---

[5] Este es el nervio de la teoría de las fuentes de Kelsen: "[…] cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma jurídica superior es fuente de la inferior. […]. La fuente del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a este; por sí misma, la fuente es en todo caso derecho: una norma jurídica superior en relación con otra inferior o sea el método de creación de una norma inferior determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho" (Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, 5.ª reimp., México: UNAM, 1995, pp. 155-156). En cuanto razonamiento abstracto, el mérito de la teoría consiste en explicar en términos de derecho positivo el proceso de producción normativa. Pero corresponde a cada intérprete la tarea de identificación de las específicas condiciones de validez de las formas normativas en su sistema positivo.

[6] Este punto ha sido tocado por Raz. Por su mayor plástica para graficar las relaciones intranormativas, él reemplaza la pirámide por el diagrama en forma de árbol, que también representa de mejor manera la organización jerárquica del derecho y las relaciones directas e indirectas de validez entre las normas, que era el objetivo principal de Kelsen al usar el modelo piramidal, a la vez que evita las implicaciones indeseables de la pirámide, entre ellas "la más indeseable": "la apariencia de que hay siempre el mismo número de niveles en las pirámides de todo sistema positivo" (cf. Joseph Raz: *The Concept of a Legal System*, 2.ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 1980, p. 99).

llenados manifiestamente los presupuestos para la invalidez de los fenómenos jurídicos condicionados"[7] (presunción de validez); 4) por tanto, el problema de la capacidad de modificación de normas jurídicas es remitido al derecho positivo: cada sistema asigna una posición a las diversas fuentes dentro de la estructura del ordenamiento; esta es la fuerza jurídica, en cuanto capacidad de una fuente para incidir en el sistema, ya sea introduciendo nuevas normas o ya derogando las existentes (jerarquía positiva); y 5) la fuerza jurídica específica de las diversas formas normativas se determina por el grado de complejidad de sus respectivos procesos de creación, pues, salvo regla contraria, una forma normativa solo puede declinar o innovarse siguiendo el mismo proceso de creación.[8] De ahí que la fuente originada en un proceso menos complejo no pueda prevalecer contra las fuentes originadas en procesos de mayor complejidad. De esta manera, la importancia de cada forma normativa es atribuida por el propio derecho positivo, con independencia de las razones materiales de *lege ferenda* que justificaron su inclusión en el sistema como fuente del derecho. Así, la mayor fuerza jurídica de la ley respecto al decreto se explica por la mayor complejidad de su proceso de creación (justificación positiva), sin necesidad de invocar su mayor legitimidad democrática (justificación política).

La distinción entre jerarquía lógica y jerarquía positiva no sugiere en absoluto que se den en compartimientos estancos, cual si, disociada la una de la otra, la primera rigiese en el solo plano de la especulación filosófica y la segunda en el derecho vigente. Antes bien, es la teoría formal de la primera la que precisamente explica la estructura vigente en un sistema positivo, pues aunque la jerarquía lógica no impone la jerarquía positiva, la positiva solo puede ser determinada en razón de la lógica, desde que las relaciones de validez que hacen a la jerarquía positiva son descritas por la jerarquía lógica. En efecto, los sistemas jurídicos no suelen tener disposiciones positivas expresas que detallen escalonadamente sus estructuras normativas, y cualquiera que lo intente a lo sumo llegará a perfilar en términos muy generales la estructura real que se forma a partir de las relaciones positivas entre sus normas. Es el caso del artículo 410.II de la Constitución, como se verá en su momento.

Es por el cumplimiento de las condiciones impuestas para la validez de sus distintas formas normativas que se determina la estructura positiva de un sistema. Esto permite configurarlo a partir de dos criterios de estructuración: 1) según la jerarquía positiva que se compone en razón de la fuerza jurídica de las distintas formas normativas según el grado de dificultad para producirlas, y que resulta de combinar las normas formales de competencia con las de procedimiento (condiciones de validez 1 y 2), de tal manera que los preceptos de forma más difícil tienen una mayor significación en el sistema que

[7] Cit. por Gabriele Kucsko-Stadlmayer: "*La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho*"; en Robert Walter: *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 169.

[8] Esto descansa sobre una regla de tan vieja data en el conocimiento jurídico como que ya Ulpiano la había introducido al Digesto: "*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque disolveré, quo colligatum est*" ('Nada es tan natural como que cada cosa se la disuelva del mismo modo como se la ligó') (Digesto, libro I, título III, ley 37), y que condice con el "*Ejus est tollere cujus est condere*": 'Quien tiene poder para hacer una cosa lo tiene para deshacerla'.

los que muestran una forma más sencilla (el axioma es: cuanto más difícil la forma, más importante la fuerza); y 2) de acuerdo con la competencia material asignada a los distintos órganos formales de producción (condición de validez 3), circunscribiendo a la materia objeto de la respectiva asignación competencial la validez de sus correspondientes actos normativos. Como podrá verse, en este caso la estructura del sistema no se determina por la fuerza jurídica de sus fuentes, sino por las normas que atribuyen competencia material a los órganos productores, ya se trate de normas con la misma fuerza o ya de que establezcan una reserva a favor de una fuente inferior. Por tanto, la regla es que se sustituye el criterio de jerarquía ahí donde el sistema ha introducido el de competencia material, pues el hecho de atribuir a una fuente la regulación de una materia conlleva la invalidez de aquellas que invadieran tal campo material, incluso si son jerárquicamente superiores; sin que venga al caso considerar si el contenido de la norma de fuente incompetente es antinómico con el de la fuente competente, porque lo que vicia la validez del acto es el solo hecho de incursionar en campo material ajeno y, por tanto, normar sin competencia.[9]

De manera que la estructura positiva de un sistema jurídico se configura por la coexistencia de ambos criterios, incluso al mismo nivel jerárquico. Por lo tanto, si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, es ella la que configura la estructura del sistema jurídico y las relaciones entre sus fuentes, pues las relaciones dependen de la estructura. La estructura es resultante de la reconstrucción de las normas constitucionales sobre la producción jurídica. Al respecto, el propio artículo 410.II de la Constitución, atinente a la estructura del sistema, deberá ser objeto de reconstrucción, a objeto de eliminar antinomias entre su descripción literal y la estructura real que se configura tomando el íntegro del texto constitucional.

[9] Un ejemplo paradigmático es el de los reglamentos camerales. En este caso, existe una norma de competencia en los artículos 159.1 y 160.1 de la Constitución reservando a las cámaras legislativas la atribución de dictar sus propios reglamentos. De esta manera, aun cuando siendo de fuente superior, un reglamento legislativo promulgado por ley debe ceder ante uno aprobado por resolución cameral. La razón: respecto de esta materia en particular, el sistema está estructurado según la competencia material de los órganos productores, por lo que la ley sería inconstitucional por violar la reserva de competencia hecha por la Constitución. Ni siquiera importa preguntar si la ley es efectivamente antinómica a la resolución cameral, pues lo que la hace inconstitucional es la actuación *ultra vires* de su órgano productor. En este ejemplo, la jerarquía entre la ley y la resolución cameral no juega papel alguno, solo importa la de la Constitución. Cuando se trata del criterio de competencia, la única jerarquía relevante es la de la norma que distribuye la competencia entre las fuentes en compulsa: ella tiene que ser superior a ambas fuentes, pues de lo contrario no puede condicionar la validez de estas a través de la competencia material de sus respectivos órganos productores. Esto es lo que hace que el vicio de competencia se sustancie como una infracción a la norma jerárquicamente superior responsable de la distribución de materias (norma de competencia).

2.2. La continuidad del sistema jurídico: la validez del derecho preconstitucional y la competencia formal de los órganos preconstituidos

De la sola entrada en vigor de la norma que define las condiciones de validez del sistema jurídico (la Constitución) no se deduce la invalidez automática del derecho preexistente, lo mismo que tampoco la incompetencia formal de los órganos productores preconstituidos. En teoría general del derecho se dice que los sistemas jurídicos tienen vocación de persistencia porque mantienen su identidad a pesar de que sus normas varíen. Así, visto como una línea sostenida de tiempo, el sistema jurídico aparece como una realidad de existencia continua, pero examinado en distintas secciones de la línea se revela como una sucesión de subsistemas jurídicos. Tal sucesión es causada por los actos de derogación y de promulgación de normas. De ahí que la derogación de la norma sucedida y la promulgación de la norma sucesora no produzcan una ruptura en la continuidad del sistema, sino una sucesión reglada por el derecho positivo del propio sistema. De esto resulta que el sistema jurídico, por ser tal, ni por materia ni por tiempo puede darse en compartimientos estancos. De manera que respecto a la anterior Constitución, la de 2009 implica continuidad, no ruptura, donde el paso de una norma a otra se rige por la última, por ser el único texto constitucional positivo vigente.[10]

[10] Es un hecho incontrovertible que con el cambio de Constitución la continuidad del sistema jurídico boliviano no está en duda, aunque la fuente de validez de sus normas haya cambiado. Revisemos un poco la teoría en la materia. Es cierto que para Kelsen no existe continuidad entre dos constituciones cuando la nueva es hecha en una forma no prevista en la anterior. El caso paradigmático sería el de la revolución victoriosa, que impone un nuevo orden a partir de la fuerza de los hechos. En estos casos, si el derecho prerrevolucionario continúa siendo válido, es porque el nuevo orden le confiere validez, sea expresa o tácitamente, y en eso consiste la ruptura de la continuidad: en la sustitución de la fuente de validez del sistema por procedimientos no previstos, pero no en la extinción del sistema, pues la existencia de los sistemas jurídicos es tan compleja como complejas son las formas sociales que regula, por lo que es necesario mucho más que este tipo de ruptura para extinguirlo. La existencia de los sistemas jurídicos es una cuestión de hecho, que se identifica con su efectividad para regular las relaciones sociales de una comunidad. Si bien es cierto la existencia de un sistema jurídico sin capacidad normativa es un contrasentido, también es cierto que el momento de la extinción del sistema no es determinable con exactitud. Kelsen solo llegó a plantear una fórmula general: la existencia del sistema depende de un *minimum* de eficacia (cf. Kelsen: o. cit., nota al pie 5, pp. 137-140). Hart fue más allá: la existencia de un sistema no puede verificarse en cortos períodos de tiempo, porque es lo suficientemente amplia y general como para tolerar interrupciones (cf. H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, 2.ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 118). Raz ha sido, por último, el que ha problematizado más sobre el tema. Él propone dos exámenes para determinar la existencia de un sistema jurídico: 1) el *examen de efectividad:* que es preliminar y sirve para determinar si en una sociedad existe algún sistema jurídico operante, asumiendo que aunque todas sus normas son relevantes, no todas tienen la misma importancia para asegurar la continuidad del sistema; y 2) el *examen de exclusión:* determina cuál es el sistema existente en una sociedad, pues puede ocurrir que más de uno esté efectivamente rigiendo. El examen de exclusión pone de relieve el hecho que es artificial pretender hacer un corte general en la existencia del sistema, y que lo realista parece ser asumir que a la vez que un sistema va volviéndose ineficaz, otro va ocupando su lugar en el espacio que la ineficacia del primero le deja. Una cosa es cierta, y es que Raz tiene razón al casar la identidad de los sistemas jurídicos con la identidad de las formas sociales que regulan, porque como hecho social el derecho es un epifenómeno de la cultura (cf. Raz: o. cit., pp. 188-189, 203-208, 211).

La continuidad es una sola realidad que en la práctica presenta estas dos vertientes: 1) continuidad en el derecho preconstitucional (las fuentes vigentes antes de la publicación de la Constitución actual), y 2) sucesión en las competencias de los órganos constitucionales preconstituidos (lo que incluye sus competencias formales para producir nuevas normas).

Respecto a lo primero, con la abrogación de la Constitución anterior, la fuente de validez del derecho preconstitucional es ahora la Constitución de 2009. Consecuentemente, el derecho que resulte contrario a la Constitución vigente adolecerá de una inconstitucionalidad sobrevenida, pues si bien era constitucional con referencia al contenido de la anterior Constitución, no lo sería con referencia al contenido de la vigente. La regla, por consiguiente, es que la validez del derecho preconstitucional se determina según la Constitución de 2009. Esto implica: 1) que el enjuiciamiento de su constitucionalidad debe hacerse conforme al contenido material del texto vigente; 2) que la declaratoria de inconstitucionalidad debe sujetarse al procedimiento previsto en el texto vigente; y 3) que hasta tanto tal procedimiento no sea agotado, el derecho preconstitucional continúa siendo válido (presunción de validez).

La existencia de una norma jurídica es un dato formal objetivo, no un juicio de valor sobre sus méritos o deméritos según la apreciación personal de sus destinatarios. Por ello, para toda la producción normativa rige la presunción de que las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. De manera que la invalidez de una norma también es un dato objetivo, pues, tanto como constitutivamente el sistema jurídico requiere de un acto formal para que una norma comience a existir como derecho (verbigracia su publicación), también requiere de una declaratoria formal de invalidez para que una norma deje de existir como derecho.[11] De manera que respecto a cualquier norma preconstitucional que se pudiera considerar objetable de inconstitucionalidad sobrevenida, jurídicamente solo puede decirse que según la Constitución de 2009 el derecho preconstitucional es válido mientras el Tribunal Constitucional Plurinacional no lo declare inconstitucional. Sólo este órgano puede emitir tal declaratoria, por cuanto la Constitución le ha

[11] La presunción de validez no se agota en el enunciado de su pura literalidad, sino que ella es consecuencia de distinguir entre las condiciones de validez y las condiciones jurídico-positivas de invalidez, pues si bien el sistema impone condiciones para la validez de sus normas, el sistema puede, por razones de seguridad jurídica, negar efecto invalidatorio al incumplimiento de algunas de esas condiciones. Merkl llama a esto el cálculo del error, nombre con el que justifica que los sistemas positivos sopesen (calculen) el peso de las condiciones de validez y decidan que el incumplimiento de algunas de ellas (las de menor importancia) no acarree la invalidez del acto afectado. En consecuencia, si el sistema positivo niega efectos invalidatorios al incumplimiento de una condición de validez, entonces tal incumplimiento no es causante de invalidez, pero si el sistema no dice nada al respecto, entonces las condiciones de invalidez son las mismas que las de validez, porque, ante el silencio del derecho positivo el fenómeno de la invalidez vuelve a justificarse en la explicación lógica-filosófica de la validez de las normas. También es consecuencia de la presunción de validez que hayan actos que sean inexpugnables por no haber en el sistema un órgano con competencia para declararlos inválidos. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones de los máximos órganos jurisdiccionales, que son definitivas no por su intrínseca corrección racional respecto de sus condiciones de validez, sino porque son irrevisables, y es esto lo que las hace incontrovertiblemente válidas.

reservado la competencia para ejercer el control de la constitucionalidad (artículos 196.I y 202). Desde que esta competencia constituye una reserva material, ningún otro órgano del Estado puede arrogársela, como no sea violando la Constitución. Por tanto, en lo tocante al derecho preconstitucional, hay continuidad, no ruptura.

En cuanto a las competencias de los órganos constitucionales (con extensión a todo el aparato institucional del Estado), ante todo debe tenerse presente que para extinguir un órgano constitucional la Constitución no necesita declararlo expresamente, pues basta su silencio al respecto para entender que no forma más parte de la estructura del Estado (extinción del órgano por derogación de su norma de regulación). Dicho esto, cuando la Constitución regula las competencias de los órganos constitucionales ya existentes, la continuidad del sistema jurídico se produce en la forma de una sucesión de competencias, que impone las que emanan de ella y deroga las que emanaban de la anterior Constitución. Por tanto, en las competencias de los órganos constitucionales tampoco hay ruptura, sino sucesión, por lo que no interrumpen sus funciones (incluyendo las de producción normativa), ya que la sucesión es consecuencia de la sola entrada en vigor de la Constitución.

Esto significa: 1) que transitoriamente los órganos constitucionales sucedidos del régimen anterior ejercen las competencias atribuidas por la Constitución de 2009 a sus sucesores, salvo aquellas que expresamente la Constitución ha reservado a los últimos; así, el presidente de la República ejerce las competencias del presidente del Estado (artículo 172), el Congreso Nacional las de la Asamblea Legislativa Plurinacional (artículo 158), excepto la potestad para legislar sobre las materias expresamente reservadas por las disposiciones transitorias segunda y quinta al órgano sucesor, a saber, la Asamblea Legislativa Plurinacional que entre en funciones después de las elecciones de 6 de diciembre de 2009, etc.; y 2) que hasta el empalme con los órganos sucesores los órganos constitucionales sucedidos continúan funcionando de acuerdo a la conformación que traen del régimen anterior, ya que de la regla de irretroactividad de la Constitución vigente (artículo 123) se deriva que debe ser respetado el período de funciones de sus actuales integrantes, excepto cuando la propia Constitución haya establecido una regla contraria, en cuyo caso debe preferirse por su especialidad; así, los magistrados del órgano judicial continúan en funciones hasta el vencimiento del plazo para el que fueron designados, con mucho que la Constitución vigente establezca períodos menores que los de la anterior, los cuales, desde luego, correrán para quienes sean designados conforme a ella; o en lo tocante a los órganos ejecutivo y legislativo conformados según el régimen anterior, si sus miembros no agotaran los periodos para los que fueron electos no se debe al hecho mecánico de pasar a una nueva Constitución, sino a que esta expresamente ha reducido sus mandatos, como también expresamente los ha ampliado para los alcaldes, concejales y prefectos (disposición transitoria primera).

En suma, el planteamiento no consiste en que debería preferirse la continuidad a la ruptura. Consiste en recordar que si solo la continuidad se corresponde con el carácter dinámico de los sistemas jurídicos, entonces solo la continuidad es constitucional. Lo contrario sería una interpretación ajena a las notas esenciales que definen al fenómeno normativo que llamamos *derecho*, con todo lo de artificial que tiene entender algo

al margen de su naturaleza. Por ello, para lo aplicable según lo expuesto, el derecho preconstitucional sigue siendo fuente del derecho, y los órganos productores preconstitucionales siguen teniendo poderes normativos.

3 La constitución como fuente del derecho

3.1. La supremacía de la Constitución y el bloque de constitucionalidad

La supremacía de la Constitución es una cuestión de hecho: ella es la norma suprema del sistema jurídico en la medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran (de ahí que, en términos de eficacia, sin control de la constitucionalidad no haya Constitución). Solo en este sentido la Constitución es la fuente de fuentes (*norma normarum*), la norma que, si bien no regula directamente las condiciones de validez de todas las formas normativas del sistema, lo unifica al hacer que las normas que regulan la producción de cada forma concreta deriven, directa o indirectamente, de ella. Esta es la razón de la primacía constitucional, y de esto la cláusula de supremacía (artículo 410.II) es solo una descripción del esquema de derivación constitucional de normas, no su fundamento. Fundar la primacía de la Constitución en su cláusula de supremacía es incurrir en un razonamiento circular: es afirmar que la Constitución es suprema porque ella dice que lo es.

A partir de la unidad del sistema jurídico que propugna la teoría formal de las fuentes, la supremacía de la Constitución significa: 1) que en todo proceso de producción normativa deben aplicarse las normas constitucionales con preferencia a cualquier otra norma, en los términos reglados por el sistema (verbigracia, el incidente de inconstitucionalidad tratándose de la producción de una norma individualizada, como una sentencia, artículo 132 de la Constitución); 2) que la pluralidad de normas que forman el sistema debe interpretarse conforme a la unidad de las normas constitucionales: dado que ellas fundamentan la validez de todo el sistema jurídico, las normas que lo integran no pueden ser antinómicas entre sí, y si se produce una antinomia, el conocimiento jurídico está obligado a eliminarla, pues es un imposible lógico formular como descripción de normas dos disposiciones antinómicas; 3) que ante interpretaciones distintas debe preferirse aquella cuya disconformidad con las normas constitucionales no sea manifiesta (principio de conservación de la norma);[12] y 4) que la jurisprudencia

[12] La interpretación antinómica de una disposición no viene necesariamente aparejada con su declaratoria de invalidez (no debe confundirse la conservación de la norma con la presunción de su validez), pues esto depende de que el sistema haya conferido al intérprete el poder para emitir tal declaración, por lo que es concebible que en el ordenamiento coexistan interpretaciones antinómicas; de ahí que la exigencia de conservar nazca de la unidad del sistema, pues si el poder de interpretar estuviese siempre acompañado del poder de declarar la invalidez, el problema no sería la unidad, que no se vería afectada, sino la salud del ordenamiento, pues se podrían generar vacíos normativos indeseables. Por ello la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no importa que esta no sea conforme a la Constitución, sino que su disconformidad con ella es manifiesta, es decir, que va más allá de cualquier duda a favor de su constitucionalidad. Muestra del profundo arraigo que el imperativo de conservar tiene en el derecho es que ya en 1804, por mano de Marshall, la Corte Suprema de Estados Unidos lo llevó a sitial constitucional en *Murray*

constitucional tiene preeminencia sobre las fuentes ordinarias, como consecuencia de que la Constitución ha reservado para el Tribunal Constitucional Plurinacional la interpretación autoritativa de las normas constitucionales (artículos 196.I y 202).

Ahora bien, son normas constitucionales no solo las que integran el texto formal de la Constitución, sino también los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario, que sumados al texto formal conforman una unidad normativa, a saber, el bloque de constitucionalidad (artículo 410.II de la Constitución). De manera que formalmente la validez del sistema jurídico boliviano, por efecto de la incorporación normativa prevista por el artículo 410.II, deriva de los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario en el mismo grado que deriva del texto formal de la Constitución. Por derivar de una incorporación normativa, cuando se trata de la violación de normas incorporadas, el vicio de constitucionalidad no se sustancia por la violación a dichas normas *per se*, sino por la violación de la norma incorporante, responsable de darles rango constitucional.[13]

En lo atinente a los tratados sobre derechos humanos, el artículo 410.II supone asumir en el texto de la Constitución la jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional, que tomó el artículo 35 de la anterior Constitución como "permiso expreso" para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad, haciéndolo puerto de entrada de derechos y garantías tácitamente enunciados pero no consignados literalmente en su texto, y que por igual nacían de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. Por lo demás, dicha construcción jurisprudencial también se fundaba en el

---

v. Schooner Charming Betsy: "una ley del Congreso nunca debe ser interpretada de tal manera que resulte violatoria del derecho internacional si es que hay alguna otra interpretación posible" (2 Cranch 64, 6 U.S. 64, 1804, p. 118). Luego, en *Parsons v. Bedford* (1830), el juez Story lo aplicaría expresamente a la interpretación de las leyes, dando lugar a la denominación de *avoidance canon* con que se conoce el principio en el derecho americano, y que por definición (regla de evitamiento) dice de su sentido: "ningún tribunal debe, ni siquiera involuntariamente, construir una interpretación que suponga una violación de la Constitución, a menos que los términos de la ley lo hagan inevitable" (28 U.S. 433, 1830, p. 448). En el derecho privado, que es donde al parecer tuvo su origen la idea de conservación de los actos normativos, formulándosela como respuesta a los conflictos planteados por contratos con cláusulas ambiguas, hay antecedentes tan antiguos como el Digesto: "en casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida a que perezca" (*Digesto*, ley 12, título 5, libro 34: "*Quoties in ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitar, magis valeat quam pereat*"). Por otro lado, el principio de conservación de la norma también tiene importancia para la teoría política de la división de poderes, como supuesto constitucional básico para la organización del Estado de Derecho, pues, en línea con la doctrina preconizada por Story, los tribunales deben asumir que los poderes han querido cumplir con la constitución, no violarla, ya que no partir del principio importaría que de inicio se sospecha de la capacidad del legislativo y el ejecutivo para ejercer sus respectivas atribuciones con apego a la constitución, siendo que aún para el administrado lo que debe suponerse es la buena fe y el sano propósito de su proceder.

[13] Propongo la denominación de *norma incorporante* porque sus efectos son los de incorporar a la Constitución normas que no están en su texto formal. En este sentido, el artículo 410.II produce a nivel constitucional los mismos efectos que a nivel contractual producen las cláusulas que establecen que determinados documentos son partes integrantes del contrato. La entidad jurídica de estas cláusulas es, como la del artículo 410.II, también la de una norma incorporante.

texto formal de la Constitución, pues la declaración de inconstitucionalidad de una norma contraria al bloque se sustanciaba en razón de la violación de su artículo 35.[14]

Hasta aquí se tiene que los tratados sobre derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, y su supremacía (jerarquía positiva) es el criterio que regula sus relaciones con las normas ordinarias del sistema jurídico. Pero la Constitución también regula las relaciones entre las normas contenidas en estos tratados y las normas contenidas en su texto formal. Estas relaciones son regidas por el criterio de especialidad. De ahí que, de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la Constitución y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, debe interpretarse el supuesto de hecho de la norma del texto formal como lo suficientemente general como para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, con lo que se elimina la antinomia.[15]

Repárese en el contenido del artículo 13.IV de la Constitución: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno". El texto "y que prohíben su limitación en los estados de excepción" podría llevar a entender que solo prevalecerán en el orden

[14] Cf. STC 45/2006-RDI (2 de junio). Durante el proceso de cambio de la Constitución, presenté a la Asamblea Constituyente una propuesta de articulado sobre los aspectos formales que debiera regular la Constitución en materia de derecho internacional. Uno de los artículos propuestos buscaba elevar a sitial constitucional jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional sobre el bloque de constitucionalidad. El artículo propuesto decía: "Las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son por su materia normas constitucionales". Su motivación puede verse en Andaluz, Horacio: "El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia" (6 *Revista Boliviana de Derecho*, 2008), p. 93 ss. (reproducido en *VIII Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2008 y en 15 *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2009).

[15] Es un equívoco decir que algunas normas constitucionales tienen rango "supraconstitucional" para referirse a que se aplican con preferencia a otras normas constitucionales. Tal designación confunde las relaciones estructurales del sistema jurídico con los modos específicos de relacionamiento intranormativo, por ello que no conciba más modo de relacionamiento intranormativo que el jerárquico, y por eso que la aplicación preferente la entienda en términos de jerarquía, como la propia palabra "supraconstitucional" mienta. Si la aplicación preferente se entiende en términos de jerarquía, entonces la "supraconstitucionalidad" solo puede significar una de las dos siguientes consecuencias: 1) o bien es una invocación al naturalismo, con lo cual las normas "supraconstitucionales" expresarían una teoría acerca del conocimiento moral, pero no serían derecho; 2) o bien conlleva la ordinarización de la constitución, pues si hay normas superiores a ella, entonces no es la norma suprema, y la verdadera norma suprema, o sea la verdadera constitución, estaría conformada por las llamadas normas "supraconstitucionales", y en esa medida solo ellas condicionarían la validez de todo el ordenamiento jurídico, comenzando con las normas de lo que entonces habría que denominar la "constitución ordinaria". Ahora bien, si con el término "supraconstitucionalidad" no se quiere hacer referencia a una superior jerarquía, sino al hecho de que ciertas disposiciones tienen mayor relevancia ontológica que otras, como ocurre con las disposiciones que llamamos "principios", haciendo que las primeras influyan en la determinación del significado jurídico de las segundas, entonces la "supraconstitucionalidad" sería una nueva denominación para un concepto ya conocido, a saber, el ámbito de aplicación material propio de cada disposición. En el caso de los principios, su mayor ámbito de acción es consecuencia de que reciben tal denominación porque de ellos puede deducirse otros contenidos, sea por su mayor relevancia teleológica o lo sea por su importancia axiológica. En cualquier caso, no es que se trate de normas superiores, sino de contenidos de mayor relevancia ontológica, que, por ello mismo, participan en la determinación del significado jurídico de otras normas.

interno los tratados de derechos humanos que contengan tal prohibición. Pero esta no es una interpretación posible, porque resulta antinómica respecto a lo establecido por el artículo 410.II, por cuya virtud cualquier tratado sobre derechos humanos tiene jerarquía constitucional. En consecuencia, en términos de significado jurídico, dicho texto estaría predicando de la especialidad de sus normas en relación con las demás normas constitucionales (tanto las del texto formal como las incorporadas). Como la unidad del sistema jurídico impide sostener que el artículo 13.IV esté diciendo lo que su tenor literal, en efecto, dice, debe rescatarse su sentido normativo apelando a su especialidad, pues es lo que permite demostrar que no contradice lo dispuesto por el artículo 410.II. Así, 1) el artículo 410.II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos, pero 2) eso no es antinómico con que durante el estado de excepción la aplicación de tales tratados se rija por la regla especial del artículo 13.IV reconstruido: prevalecen entre todas las normas constitucionales de la materia (supremacía constitucional llana) aquellas que prohíban la limitación de los derechos humanos durante el estado de excepción (aplicación del criterio de especialidad entre normas del mismo rango).

Que el criterio de especialidad regula las relaciones entre las normas constitucionales sobre derechos humanos está claro en el texto expreso del artículo 256.I: los tratados sobre derechos humanos que "declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta". Al igual que en el caso del artículo 13.IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía, porque todas las normas son del mismo rango, sino de la especialidad.

Con forma de regla de interpretación, el artículo 256.II introduce en el sistema una norma sobre producción jurídica. Así, establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos "cuando estos prevean normas más favorables". Excepto la parte entrecomillada, el mismo texto está en el artículo 13.IV. Otra vez, para ambos artículos debe entenderse que la regla de interpretación supone la especialidad de los tratados de derechos humanos respecto del texto formal de la Constitución, tomando como criterio específico de especialidad su carácter más favorable para los derechos humanos. Que la mención expresa al carácter más favorable no esté en el texto del artículo 13.IV no quiere decir que no sea parte de su significado jurídico: la razón de ser de las constituciones es instituir gobiernos de poderes limitados, por lo que la regla general para su interpretación es que debe leérsela a favor de los particulares.

No se olvide que también son normas constitucionales las de derecho comunitario (sistemas normativos producidos por las comunidades de integración entre Estados). Por su fuente de producción, estos sistemas están compuestos por normas de derecho originario y de derecho derivado. Las primeras son normas de derecho internacional convencional producidas por los Estados miembros de la comunidad, y equivalen a la constitución de la comunidad. Las segundas son producidas por los órganos de gobierno de las comunidades. Son normas cuya validez deriva de los tratados constitutivos, pues los poderes normativos resultan de las competencias que, a través de los tratados constitutivos, los Estados miembros han atribuido a los órganos comunitarios.

A propósito del derecho comunitario derivado, según el artículo 410.II (norma incorporante), el requisito para que una norma integre el bloque de constitucionalidad es que haya sido ratificada por el país. En el lenguaje de la Constitución, la ratificación significa: 1) el acto de derecho interno mediante el cual el órgano legislativo autoriza al ejecutivo a celebrar tratados (artículo 158.I.14); 2) el acto de derecho internacional que expresa la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse convencionalmente ante sus pares (artículo 255.I);[16] y 3) la incorporación de los tratados al derecho interno, para que sean aplicables en este orden (artículo 257.I). Pues bien, la norma incorporante procede bajo la comprensión de este triple alcance del término, y ello es exigible, en efecto, para los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario originario, porque en ambos casos se trata de normas de derecho internacional convencional, ergo regidas por la Constitución tanto en su proceso de formación (participación de los órganos constitucionales) como en las condiciones para su aplicación en el derecho interno. Empero, tratándose de normas de derecho comunitario derivado debe tenerse en cuenta que su formación y eficacia en el derecho interno dependerá de lo pactado en los tratados constitutivos pertinentes, que bien pueden disponer que tengan eficacia directa o que primero deban ser incorporadas formalmente al orden interno, ya sea por la vía usual de la ratificación legislativa o por mecanismos más expeditivos.[17] Por tanto, exigir para las normas de derecho comunitario derivado el cumplimiento de requisitos distintos a los convenidos en los tratados de derecho comunitario originario, supondría 1) comprometer la fe internacional del Estado en la medida de la violación que hubiese al tratado (*pacta sunt servanda*), y 2) violentar la propia Constitución, porque como el derecho comunitario originario forma parte del bloque de constitucionalidad, incumplir sus normas implica violentar la norma incorporante (artículo 410.II).

Para tomar el caso de la Comunidad Andina de Naciones, los artículos 17 y 21 del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) atribuyen al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión de la Comunidad Andina

[16] En cuanto a esta acepción, la mención a la ratificación en el texto de la Constitución debe entenderse referida al género de actos aceptados en el derecho internacional para manifestar tal consentimiento. Así, la ratificación se equipara a la firma, al canje de instrumentos constitutivos del tratado, a la aceptación, a la aprobación, a la adhesión o a cualquier otra forma convenida en un tratado como medio para obligarse por él, pues todas ellas son las formas usadas en el derecho internacional. De esta manera, integran el bloque de constitucionalidad todas las normas respecto de las cuales el Estado boliviano haya manifestado su consentimiento en obligarse, aun cuando no sea bajo la forma específica de la ratificación.

[17] La aplicación del derecho comunitario derivado en el derecho interno depende de cada acuerdo de integración. Por ejemplo, el artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea establece que los reglamentos son directamente aplicables en los Estados miembros, mientras que las directivas no lo son (estas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejándoles en libertad para elegir la forma y los medios de alcanzarlos). En el caso del Protocolo de Ouro Preto (Mercado Común del Sur), las decisiones, resoluciones y directivas deben ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país (artículo 42). Por tratarse de un proceso de integración, cada uno de los Estados miembros ha regulado procedimientos menos formales que la ratificación legislativa.

competencia para emitir derecho comunitario derivado en la forma de decisiones, las mismas que forman parte del ordenamiento jurídico andino (artículos 17 y 25). Como miembro de la Comunidad, Bolivia es parte del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de su Protocolo Modificatorio[18] (derecho comunitario originario), del que interesan: 1) el artículo 1.c, que reitera que las decisiones del Consejo Andino y de la Comisión forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad; 2) el artículo 2, que dispone que las decisiones obligan a los estados miembros desde la fecha de su aprobación por el órgano que las emitió; y 3) el artículo 3, que reconoce a las decisiones eficacia directa en los países miembros a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo,* excepto cuando su propio texto disponga que para ser aplicable es necesaria su incorporación en el derecho interno mediante acto expreso. Por tanto, siempre que no se trate de esta excepción, las decisiones de la Comunidad Andina integran el bloque de constitucionalidad sin necesidad de ratificación.

Finalmente, no debe olvidarse que integran el bloque de normas constitucionales los tratados sobre derechos humanos y normas de derecho comunitario ratificados por el Congreso Nacional durante la vigencia de la anterior Constitución, por razón de la continuidad del sistema jurídico.

3.2. La lectura jurídica de la Constitución: la reconstrucción de la cláusula de interpretación[19]

También son metanormas (fuentes) las reglas de interpretación positivadas. Lo son porque al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones normativas están sujetando sus condiciones de validez al método de interpretación positivado por la regla. Esto es lo que ocurre con la *cláusula de interpretación,* nombre con el que se hace referencia al artículo 196.II de la Constitución, mientras que por su *reconstrucción* se entiende la expresión de su significado jurídico una vez interpretada. En tanto interpretación de una cláusula de interpretación, el ejercicio consiste en tomar la cláusula como disposición continente y pasar de la expresión literal de su texto a las normas jurídicas que realmente contiene. Por toda justificación del ejercicio, baste advertir que por la interpretación de su cláusula de interpretación pasará a su turno todo el contenido de la Constitución, incluyendo sus normas sobre la producción jurídica. De manera que en gran medida esta cláusula es "la constitución de la constitución". Dice la cláusula de interpretación: "En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto".

[18] Ratificado por ley 1872, de 15 de junio de 1998. El instrumento de ratificación se depositó el 18 de septiembre de 1998. El Protocolo Modificatorio entró en vigor en agosto de 1999.

[19] Este punto es parte de un trabajo mayor, publicado en España como "La justicia constitucional en el Estado de Derecho" (4 *Revista General de Derecho Público Comparado* 2009).

La frase "con preferencia" es la que da a la cláusula su significado jurídico, más allá del mandato literal al intérprete de preferir la "voluntad del constituyente" 20 y el "tenor literal del texto".[21]

En efecto, "con preferencia" envuelve: 1) que los criterios proporcionados por la cláusula deben tener para el intérprete preeminencia sobre otros métodos de interpretación (sentido obvio de la cláusula); 2) que entre la interpretación según "la voluntad del constituyente" y la interpretación según "el tenor literal del texto" no existe prelación, siendo que en la práctica lo segundo puede no expresar lo primero, y aun presentar divergencias; 3) que la preeminencia asignada por la cláusula a ambos criterios no es razón excluyente de otros resultados interpretativos, a los que pueda arribarse mediante la aplicación de métodos distintos, pues el enunciado "con preferencia" tiene de suyo un claro sentido normativo, y tanto como le permite al intérprete servirse de otros métodos no puede prohibirle luego valerse de sus resultados, con lo que el asunto pasa por saber con qué argumentos se pueden excluir los resultados contradictorios; y 4) que así como no significa una razón excluyente, "con preferencia" tampoco significa valor confirmatorio, en el sentido de que el uso de los resultados interpretativos obtenidos por métodos no mencionados estaría condicionado a su carácter confirmatorio de los resultados obtenidos acudiendo a "la voluntad del constituyente" o al "tenor literal del texto", pues tal sería una interpretación contraliteral, es decir, una interpretación que no respeta el significado claro de una proposición, y donde por *significado claro* se entiende aquel convencionalmente aceptado, en que *preferir* y *confirmar* no son sinónimos.

Así, es cierto que la cláusula remite al intérprete a los métodos de interpretación mencionados, pero lo que en derecho debe entenderse es que tal mandato no es imperativo en el sentido de obligarlo a usar uno o ambos criterios, sino de obligarlo a justificar la decisión de no aplicar ninguno de ellos, cuando existan razones excluyentes para no hacerlo. Es decir, razones cuyas peculiaridades materiales o formales las

[20] La frase se refiere a la interpretación gramatical, sobre la que cabe puntualizar lo siguiente: 1) que por ella se entiende la tarea de precisar el significado de una disposición normativa haciendo un análisis lingüístico de las palabras, de los enunciados formados por ellas, del texto formado por los enunciados y del contexto extralingüístico en que discurre la disposición; 2) se entiende que cualquier análisis lingüístico se hace con referencia a las particulares acepciones usadas en cualquier campo del saber, de modo que tratándose de proposiciones de derecho el análisis lingüístico deberá considerar el sentido especializado que algunas palabras tienen en el marco del sistema jurídico, y cuando las palabras empleadas carezcan de un significado propio en el derecho, habrá de tomarse su sentido ordinario; 3) no supone que siempre deba acudirse a la interpretación, sino solo cuando el texto no tiene un lenguaje claro, y donde por tal debe entenderse el que posee un significado convencionalmente aceptado; así, la antigua sentencia *in claris non fit interpretatio* se sigue aplicando pero con un sentido renovado; 4) la sentencia que se acaba de citar tiene el sentido de una salvaguarda para evitar la interpretación contra-literal, es decir, aquella que es contraria al significado claro de una proposición; y 5) llevada a la adjudicación constitucional, la prohibición de interpretación contra-literal puede más que el principio de conservación de la norma ("al juez no le está permitido mediante la interpretación conforme con la constitución darle un significado diferente a una ley cuyo tenor y sentido resulta evidente": Jurgen Schwabe: *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 3).

hagan imperar sobre otras razones y sean determinantes en la decisión de no aplicar los métodos mencionados en la cláusula de interpretación.[21]

En este sentido, los límites naturales de los métodos impuestos en la cláusula de interpretación actúan como razones excluyentes materiales de la obligación del Tribunal Constitucional Plurinacional de emplearlos. De esta manera, no puede acudirse a la "voluntad del constituyente" cuando sus "documentos, actas y resoluciones" simplemente no se pronuncian sobre la disposición en análisis o, pronunciándose, su interpretación no conduzca a ningún resultado o conduzca a varios resultados posibles; como tampoco puede acudirse al "tenor literal del texto" cuando el texto lleve al mismo tipo de resultados (o ninguno o varios posibles). De lo dicho deriva que cada método está limitado por las propias razones que lo justifican como tal, y de ahí que no haya método que no pueda sucumbir por agotamiento interno. De hecho, ningún método de interpretación está libre de no conducir a ningún resultado, como no está libre de conducir a varios resultados posibles. Para lo primero, recurrir a un método distinto será materia obligada. Para lo segundo, el concurso de interpretaciones posibles solo podrá ser resuelto con un método distinto al que lo originó. Lo cierto es que cuando un método sucumbe por agotamiento interno, son las propias limitaciones del método las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica. Y es por ello que tal agotamiento constituye una razón excluyente material, ya que en este caso es la propia materia o contenido del método lo que excluye la posibilidad de aplicarlo.

Ahora bien, el agotamiento de los métodos de interpretación no es un tema controversial para la teoría del derecho, ya que al asumir con naturalidad que una norma puede tener varias interpretaciones posibles, también asume que no hay un único método racional para justificar el significado de una proposición jurídica. Siendo así, el abordamiento del tema consiste en establecer si la propia ordenación del sistema jurídico brinda argumentos que operen como razones excluyentes formales ante el concurso de interpretaciones posibles; es decir, si la teoría general del derecho proporciona argumentos para que el intérprete inaplique la "voluntad del constituyente" o el "tenor literal del texto", con vista a los aspectos formales del sistema jurídico.

La respuesta pasa, primero, por el tema de la unidad del sistema jurídico. En efecto, para la teoría general del derecho el sistema jurídico forma una unidad en la medida en que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Ahora bien, para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (en la interpretación constitucional esto se conoce como principio de concordancia práctica). Hasta aquí se tiene que, con cláusula de interpretación o sin ella, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución o, en términos negativos, que debe rechazarse aquella que quiebre la unidad del sistema, aun cuando fundada en la "voluntad del constituyente" o el

[21] El concepto de *razones excluyentes para la acción* es de Raz (cf. Joseph Raz: *Practical Reason and Norms*, reimp., Nueva Cork: Oxford University Press, 2002, pp. 35 ss.).

"tenor literal del texto". Segundo, como ya se ha visto, al fundar un sistema jurídico, la Constitución establece su estructura formal, de la que son consecuencia las relaciones entre sus fuentes del derecho y las relaciones de competencia entre los órganos constitucionales. De esta manera, también será interpretación posible cualquiera que se justifique en la estructura constitucional del sistema de competencias, debiendo inaplicarse la "voluntad del constituyente" o el "tenor literal del texto" cuando los resultados que presenten sean contrarios a la distribución constitucional de competencias (lo que en la interpretación constitucional se conoce como principio de corrección funcional).

Así, pues, tomados 1) el agotamiento interno de los métodos de interpretación; 2) la unidad del sistema jurídico; y 3) el sistema constitucional de competencias, como razones excluyentes que justifican la decisión de no aplicar la "voluntad del constituyente" ni el "tenor literal del texto", la cláusula de interpretación reconstruida dice: "El Tribunal Constitucional Plurinacional fundará sus decisiones en la voluntad del constituyente, según sus documentos, actas y resoluciones, o en el tenor literal del texto de la Constitución, salvo que no produzcan ningún resultado o que los resultados producidos sean contradictorios entre sí o con otras normas de la Constitución, o alteren el sistema de competencias por ella establecido, en cuyo caso las fundará en otros criterios". Y esta es la norma que debe aplicarse a la interpretación de las normas constitucionales.

3.3. El carácter normativo de los precedentes judiciales: sus efectos vinculantes[22]

La unidad del sistema jurídico exige que los precedentes constitucionales gocen de preeminencia sobre el derecho ordinario, pues su órgano productor es el único autorizado por el sistema para pronunciarse autoritativamente sobre la Constitución (artículo 196).

En los sistemas jurídicos de tradición civil, el papel del juez se considera más restringido y modesto que el papel que sus pares desempeñan en los sistemas jurídicos de derecho común (*common law*). La razón de esta diferencia está en el efecto vinculante que los precedentes judiciales tienen en los sistemas de derecho común, es decir, en la obligación que tienen los jueces de resolver casos similares conforme a sus propias decisiones, las decisiones de sus pares o las de sus superiores; mientras que en la tradición civil el carácter normativo de los precedentes, más allá del caso en litigio, es resistido.

Esta resistencia se explica por: 1) la influencia de la Revolución Francesa, que, en su afán de imponerse al antiguo régimen, llevó la división de poderes al equívoco de asumir que solo el cuerpo legislativo creaba derecho, asegurándose de antemano

[22] Este punto está formulado en argumentos de teoría general del derecho, válidos para cualquier sistema jurídico positivo, por eso que se apoye en la unidad del sistema como tesis central. Para un análisis específicamente constitucional y lo suficientemente amplio sobre el efecto vinculante de los precedentes constitucionales en Bolivia, véase Jorge Asbun: *Estudios constitucionales*, Santa Cruz: El País, 2008, pp. 73-116.

que la judicatura acompañase el proceso revolucionario juridizado por la Asamblea Nacional;[23] 2) la ideología de la codificación, que, como producto del naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, creyó haber encontrado unas leyes universales llamadas a regir el comportamiento humano, exagerando la importancia de los códigos como si fueran los depositarios de todo el derecho; y 3) el predominio de la Escuela de la Exégesis, que, como consecuencia de los dos puntos anteriores, describió al juez como un puro aplicador mecánico de las leyes, pues, por un lado, no podía participar en el proceso de creación del derecho, porque esa labor le correspondía a la legislatura, y, por otro, la interpretación e integración del derecho, como fuentes tradicionales de su poder, ya no tenían razón de ser, dado que el alto grado de perfección supuestamente alcanzado en los códigos las hacían innecesarias.

Pues bien, lo cierto es que ninguna de estas razones es de derecho positivo. Por el contrario, en el sistema de derecho vigente no hay norma que niegue a los precedentes judiciales su efecto vinculante. El punto de partida de esta afirmación es la unidad del sistema jurídico, que presupone la unidad de su norma fundacional. En este sentido, siempre que la norma fundacional de un sistema, además de establecer las formas de creación de nuevo derecho, tenga un contenido material —el que fuera—, el respeto al precedente será un elemento de dicho sistema, pues que los casos similares sean decididos de modo similar importa mantener tal unidad.

Hasta aquí la teoría del derecho; ahora su aplicación. Resulta que (1) la Constitución no solo es una norma dotada de contenido, sino que (2) parte de ese contenido consiste en la igualdad de las personas ante la ley y en la garantía de seguridad jurídica,[24] lo que (3) significa que ante todos los hechos *A* el derecho debe ser *B* (se entiende que *A* supone la identidad fáctica del supuesto y sus circunstancias), por lo que, en consecuencia, (4) de la propia Constitución nace el respeto a los precedentes, en sus respectivas materias, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental, por cuanto (5) si ante los hechos *A* el derecho no fuera *B,* sino indistintamente *C, D* o *E,* entonces no habría igualdad ante la ley ni tampoco habría garantía de seguridad jurídica.

En contra del respeto al precedente se ha invocado la independencia judicial. Pero tal argumento olvida que, si bien los tribunales no están sometidos a ningún otro poder, sí lo están a la Constitución, que es de donde emana el imperativo de unidad del sistema jurídico, y que conlleva el respeto al precedente.[25]

---

[23] De hecho, hasta tiempos prerrevolucionarios los jueces continentales actuaban de manera similar a sus colegas ingleses, desarrollando un cuerpo de normas de derecho común y su propia doctrina del precedente. Esto fue interrumpido por la Revolución, que reclamaba el monopolio en la producción jurídica para poder consolidar sus reformas por medio del derecho (cf. John Henry Merryman: *La tradición jurídica romano-canónica*, 8.ª reimp., México: Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 47-59, 72-80).

[24] La exigencia de seguridad jurídica es ínsita a todo sistema jurídico, desde que ella supone la realización de su premisa conceptual formal por excelencia, a saber, el cumplimiento de sus normas.

[25] En su momento, la Corte Suprema de Justicio llegó a hacer uso de su iniciativa legislativa para presentar un proyecto de ley modificatoria del artículo 41.I de la Ley 1836 de 1 de abril de 1998, de tal manera que los poderes públicos solo estuviesen vinculados por las decisiones del

Y si por independencia judicial se quiere significar el derecho de los jueces a decidir según su propio razonamiento jurídico, entonces lo que debe recordarse es que el respeto al precedente no implica hacer del precedente algo de suyo inalterable, porque lo que ello conllevaría es la pretensión de estancar la historia y estancar el raciocinio jurídico. Lo que el respeto al precedente implica es el imperativo jurídico de alterarlo solo con base en la construcción de argumentos que justifiquen debidamente su reversión como precedente. Y donde, desde luego, se entiende que el precedente no está constituido por el texto de la sentencia ni únicamente por su parte resolutiva, sino, con un criterio de razón suficiente, por el derecho declarado aplicable a las hipótesis necesarias para justificar la decisión. Por tanto, no hacen parte del precedente las cuestiones incidentales, como referencias doctrinales, citas de derecho comparado, mención a disposiciones jurídicas aplicables al asunto pero no decisivas para su resolución, o los hechos que, aunque considerados, no son determinantes para justificar la decisión final; todo lo cual se conoce como *dicta,* que no importa jurisprudencia.[26]

Así entendido, lejos de contraponerse a la independencia judicial, el respeto al precedente la reafirma, pues si la precondición para que el órgano judicial sea verdaderamente inmune a las presiones, es que exista con la dignidad de un auténtico poder del Estado ante los ojos del ciudadano, es a ello que contribuye el carácter vinculante de sus decisiones. En efecto, 1) la unidad de la jurisprudencia beneficia al ciudadano, por redundar en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos, incluyendo las judiciales (de ahí que Llewellyn dijera que "aun cuando los predecesores hubiesen sido malos, ignorantes, tontos o parcializados, la certeza de que sus sucesores seguirán sus precedentes da la base para que se pueda prever las acciones de los tribunales");[27] 2) las garantías del ciudadano penden del supuesto de que el poder frene al poder, y ya que ello supone la eficacia del derecho como sistema de seguridad, es preferible que la interpretación autoritativa de la Constitución y las leyes sea vinculante a que no lo sea, ya que el decisor que basa sus acciones en normas está adelantando sus futuras decisiones, lo que satisface a un principio general de consistencia que hace a la necesidad misma de seguridad jurídica; y 3) el tema también envuelve la cuestión

Tribunal Constitucional pronunciadas en las acciones de inconstitucionalidad, mas no así por la jurisprudencia formada en las acciones de tutela (cf. José Antonio Rivera Santibáñez: "El Tribunal Constitucional en el nuevo modelo de Estado", en 10 *Justicia Constitucional y Estado de Derecho,* 2006, p. 157).

[26] Decía Goodhart que el precedente se encuentra "tomando los hechos considerados por el juez y su decisión en tanto que basada en ellos" (Arthur L. Goodhart: "Determining the Ratio Decidendi of a Case", 40 *Yale Law Journal,* 1930, p. 182). El antiguo Tribunal Constitucional se refirió a la identidad de hipótesis de hecho de los precedentes (es decir, el elemento *A* en la fórmula "Si es *A* debe ser *B*), como "analogía fáctica", queriendo decir con ello que las hipótesis que fundan la decisión en un caso deben ser las mismas en otro, para que a este se aplique el precedente sentado (cf. AC 004/2005-ECA, 16 de febrero). No se debe, pues, confundir la analogía a la que hacía mención el Tribunal con la analogía como procedimiento de integración del derecho ante la insuficiencia de legislación expresa, pues esta importa el análisis de dos situaciones de hecho, a efectos de argumentar una semejanza suficiente como para que se justifique la aplicación, al caso no reglado, de la solución prevista expresamente por el ordenamiento para el caso reglado (cf. STC 221/2004-RAC, 12 de febrero).

[27] Karl Llewellyn: *The Bramble Bush* (reimp., Nueva York: Oceana y Oxford University Press, 1961), p. 65.

de la unidad del sistema jurídico y, otra vez, la unidad redunda en la eficacia del sistema y al conllevar la realización de sus premisas conceptuales mismas, y la premisa por excelencia de cualquier sistema normativo, incluso de uno totalitario, es que la sola existencia de normas de aplicación cierta ya supone limitar la arbitrariedad.

4. Las fuentes de derecho ordinario

4.1. Los tratados

Como fuentes de derecho interno, interesan los tratados incorporados al ordenamiento a través de su ratificación (artículo 257.I). En lo que se refiere a la posición de los tratados en el sistema jurídico, el texto expreso de la Constitución plantea una antinomia: por un lado dice que los tratados se aplican con preferencia a las leyes (artículo 410.II), pero, por otro lado, también dice que los tratados tienen rango de ley (artículo 257.I).

Una primera forma posible de eliminar la antinomia pasaría por interpretar que la Constitución establece tres regímenes jerárquicos para los tratados: 1) rango constitucional, para los tratados que integran el bloque de normas constitucionales; 2) rango supralegal, para los tratados sobre las materias listadas en el artículo 257.II y para los de cualquier materia a los que eventualmente, por solicitud del cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, se les aplique el procedimiento del artículo 259.I; la superioridad de estos tratados se fundaría en las mayores complejidades de su procedimiento de creación, ya que para ellos se exige su aprobación por "referendo popular vinculante previo a [su] ratificación" (artículos 257.II y 259.I); por lo que, al tener una forma más difícil, es aceptable al pensamiento jurídico que se les reconozca mayor jerarquía que a los tratados que siguen la ratificación legislativa ordinaria (artículo 158.I.14); y 3) rango legal (artículo 257.I), aplicable como criterio residual a todos los demás tratados, que se relacionarían con las leyes por el criterio de temporalidad y podrían ser derogados por ellas, sin perjuicio de la consiguiente responsabilidad internacional del Estado en la medida en que resultaran incumplidas sus obligaciones internacionales.[28]

El problema de esta construcción es que reduce el ámbito de aplicación material del artículo 410.II, haciendo que el rango supralegal sea aplicable solo a los tratados para los que eventualmente se recurra al referendo popular y a los tratados sobre cuestiones limítrofes, porque, salvo estos, todos los demás listados en el artículo 257.II versan sobre cuestiones de integración, vale decir, sobre materias de jerarquía constitucional, por tratarse de normas de derecho comunitario (bloque de constitucionalidad). En

[28] Que una ley derogue a un tratado no significa la terminación de este, pues su terminación, así como su formación, es una cuestión de derecho internacional, no de derecho interno. Esta derogación solo supone su inaplicabilidad en el ámbito interno y, por tanto, en la medida que su inaplicación suponga incumplimiento de sus términos, acarrea la responsabilidad internacional del Estado por tal incumplimiento, causado por un acto propio, a saber, la promulgación de la ley derogante del tratado.

consecuencia, se habría formulado una excepción tan amplia como la regla expuesta en el artículo 410.II.

Otra forma posible de eliminar la antinomia es reconstruir los artículos 257.I y 410.II según el criterio de fuerza jurídica pasiva (capacidad de resistencia de una norma frente a otras). En esta interpretación, los tratados (todos menos los del bloque de constitucionalidad) tendrían jerarquía formal de ley (artículo 257.I), pero, a pesar de su rango de ley, otras normas con el mismo rango no podrían derogarlos, en virtud de su aplicación preferente sobre ellas, donde habría que asumir que tal preferencia se debe a su mayor fuerza jurídica pasiva; es decir, que las otras normas del mismo rango serían incapaces de incidir en los tratados, porque al comportar su formación el concurso de voluntades de dos o más estados, obedecen a un proceso de producción más complejo.

La ventaja de esta interpretación es que el criterio de temporalidad no se aplicaría a las relaciones entre los tratados y las demás normas con rango de ley, con beneficio del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Además, el recurso al concepto de fuerza jurídica pasiva permite eliminar la antinomia entre los artículos en pugna sin desmedro de su ámbito de aplicación material.

4.2. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena

El artículo 410.II.3 de la Constitución presenta en el mismo nivel estructural del sistema jurídico a "las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena", "de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales" (artículo 410.II). Esta descripción es suficiente respecto a las relaciones formales entre leyes nacionales, estatutos autonómicos y cartas orgánicas, pero no respecto a las relaciones de las leyes entre sí, ni a las del resto de la legislación departamental, municipal e indígena con referencia a los estatutos autonómicos, cartas orgánicas y leyes nacionales.

Lo cierto es que las relaciones formales entre estas fuentes producen una estructura de tres niveles jerárquicos: 1) por su fuerza jurídica, las leyes que deben ser aprobadas por dos tercios de votos son superiores a las leyes ordinarias y a los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas; 2) en un nivel intermedio están las leyes para cuya aprobación basta la mayoría absoluta, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas, cuyas relaciones mutuas se rigen por la competencia constitucional atribuida a sus respectivos órganos productores; y 3) las demás normas departamentales, municipales e indígenas están subordinadas a sus respectivos estatutos autonómicos y cartas orgánicas, en la medida en que constituyen las normas supremas de los subsistemas descentralizados y autonómicos, y, en consecuencia, las fuentes que les proveen de validez.[29]

[29] Un sistema jurídico puede estar compuesto por distintos subsistemas. Esto es lo que ocurre con los subsistemas estaduales en relación al sistema federal, con los subsistemas autónomos y descentralizados en relación al sistema nacional, o con los subsistemas nacionales con relación a los sistemas supranacionales de integración o a las normas de derecho internacional. Esta pluralidad de subsistemas forma una unidad sistémica cuando la validez de sus respectivas normas

En cuanto al primer nivel, el procedimiento de formación de las leyes exige que sean aprobadas por mayoría absoluta (artículo 163), excepto las que deben aprobarse por dos tercios. Integran esta excepción las leyes expresas que levantan la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza[30] (artículo 262.I), la Ley Marco de Autonomías y Descentralización (artículo 271.II) y la Ley de Reforma Constitucional (artículo 411.II). La última no será tratada aquí, pues no es una fuente por sí misma, sino parte de un procedimiento para la reforma parcial de otra fuente, a saber, la Constitución.

Pues bien, 1) en su relación con las leyes aprobadas por mayoría absoluta (leyes ordinarias), las leyes aprobadas por dos tercios tienen mayor fuerza jurídica, la misma que deriva de la mayor complejidad que la Constitución exige para su producción, y de ahí que el criterio de temporalidad no se aplique a sus relaciones con las leyes ordinarias; 2) el efecto de la mayor fuerza jurídica alcanza solo a las materias para las que la Constitución exige aprobación por dos tercios, de manera que inclusive dentro de la misma ley (expresa o Marco) puede haber disposiciones que, votadas por dos tercios, no tengan mayor fuerza que las leyes ordinarias, si no constituyen materia que debe ser legislada por dos tercios; 3) el hecho de que la Constitución delimite el ámbito de legislación propio de cada ley aprobada por dos tercios (artículos 262.I y 271.I) supone la unidad de materia en su tratamiento; así, la ley expresa del artículo 262.I no puede legislar materias de la Ley Marco del artículo 271.II, y viceversa, porque violarían las disposiciones constitucionales que delimitan el ámbito de legislación propio de cada forma; deriva de esto que entre ambas no se aplica el criterio de temporalidad; 4) una ley ordinaria que legislase materias sujetas al procedimiento de dos tercios sería inconstitucional, por violar las disposiciones de reserva de tal procedimiento (artículos 262.I y 271); 5) la relación de la ley expresa del artículo 262.I con los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas se define por la competencia material de sus órganos productores y la unidad de materia en su tratamiento; así, sin importar su mayor jerarquía, por la ley expresa la Asamblea Legislativa Plurinacional no puede legislar lo que es materia de los órganos deliberativos territoriales (artículo 275); y 6) en su relación con los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas, la Ley Marco condiciona su validez, en la medida que regula el procedimiento para su formación y operatividad (artículo 271.I), pero su capacidad normativa está limitada por la competencia material que la Constitución atribuye a las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

Respecto a las leyes que requieren votación calificada, habría sido útil incorporar al sistema jurídico boliviano las leyes orgánicas y estatutarias, ya que, por su propia

fundacionales es reconducible a una única norma, porque en términos de unidad la pluralidad de subsistemas solo es cognoscible desde una perspectiva monista. Esto es, a partir del "requerimiento epistemológico de que todo el derecho sea considerado en un solo sistema", porque el conocimiento jurídico tiene la tarea de presentar su objeto de estudio (el material jurídico) como una unidad (Hans Kelsen: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, 1.ª reimp., Nueva Cork: Clarendon Press, 2002, p. 111). En términos de ciencia jurídica, así es como conceptualmente debe leerse el pluralismo jurídico al que se refiere la Constitución (artículo 1).

[30] Esta prohibición ingresó a la Constitución en las reformas de 1938, aunque recién ahora se exige una votación calificada para su levantamiento.

materia (las primeras referidas a la organización de los poderes públicos y las segundas a los códigos), estas leyes debieran ser invulnerables a las modificaciones incidentales del legislador ordinario.[31]

Respecto a las leyes ordinarias, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas (nivel intermedio), la relación entre estas formas normativas se define por la competencia material atribuida por la Constitución a sus respectivos órganos productores, con lo que carece de relevancia el criterio de temporalidad. Por tanto, el acto normativo producido por fuente incompetente será inconstitucional por violar la distribución constitucional de materias entre los distintos órganos legislativos. De manera que, siendo cierto que solo las leyes rigen para todo el territorio nacional (artículo 145), también lo es que solo son válidas si legislan materias de competencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. En este sentido, la organización institucional de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas queda excluida del ámbito de las leyes, por cuanto es la Constitución la que dispone que tal competencia normativa corresponda a los órganos deliberativos de las entidades territoriales (artículo 275). Del mismo modo, los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas no son fuentes competentes para legislar sobre las materias listadas en el artículo 298.I de la Constitución, porque son competencias privativas del nivel central de gobierno, por tanto, materia de ley.

Respecto al "resto de la legislación departamental, municipal e indígena", 1) tal legislación no está al mismo nivel que sus respectivos estatutos autonómicos y cartas orgánicas, porque estos instrumentos son las normas supremas de los distintos subsistemas normativos descentralizados y autónomos, por lo que las normas que producen los órganos de dichos subsistemas les son inferiores, ya que de ellos derivan su validez; 2) por pertenecer a subsistemas normativos distintos (el "resto de la legislación departamental, municipal e indígena" pertenece a los subsistemas descentralizados y autónomos, y las leyes al subsistema central), entre la legislación descentralizada y autónoma y la legislación central no se producen relaciones formales de jerarquía, temporalidad ni especialidad; 3) los conflictos entre la "legislación departamental, municipal e indígena" dicen relación con las respectivas competencias que constitucionalmente han sido atribuidas a sus órganos productores, resolviéndose con la inconstitucionalidad del acto *ultra vires*, sea que el vicio se sustancie como un conflicto de competencias entre los órganos productores (artículo 202.3) o como un conflicto normativo por violación de la distribución constitucional de competencias (artículo 202.1); y 4) la legislación departamental, municipal e indígena de cada uno de los distintos subsistemas descentralizados y autónomos se aplica en sus respectivos ámbitos territoriales, por lo que es un imposible lógico-normativo que entre normas de subsistemas distintos se produzcan antinomias.

[31] Las leyes que en Bolivia reciben la denominación de orgánicas, como en su momento la antigua Ley Orgánica de Municipalidades (ley 696, de 10 de enero de 1985) o actualmente la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 2175, de 13 de febrero de 2001), solo dan cuenta de su objeto de regulación (un órgano público), pero no dicen nada respecto a su fuerza jurídica, pues todas ellas son por igual leyes ordinarias, con lo que lo de "orgánicas" termina siendo un puro nombre, pero no un efecto jurídico atribuido por la Constitución a una forma específica de fuente legislativa.

4.3. El derecho consuetudinario: el derecho indígena originario campesino

La Constitución dice del derecho indígena originario campesino que es un "vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino" (artículo 191.I). Este derecho es de fuente consuetudinaria, pues lo de "vínculo particular" dice de la convicción de obligatoriedad jurídica (*opinio iuris*) que acompaña a determinada práctica (*consuetudo*), haciendo que la conducta contraria se considere ilícita entre los miembros de la comunidad que la comparte, y donde se considera nación o pueblo indígena-originario-campesino a "toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española" (artículo 30.I). Esta fuente de producción normativa es, por tanto, una forma jurídica propia de los subsistemas normativos indígena-originario-campesinos (autonomías indígenas), cuya capacidad normativa deriva de la distribución constitucional de competencias entre los distintos subsistemas (central, y autónomos y descentralizados), y de donde resulta que la regulación consuetudinaria únicamente puede tener por objeto las materias atribuidas a los subsistemas indígena-originario-campesinos en sus respectivos estatutos autonómicos, por cuanto aun cuando la existencia de estos pueblos sea "anterior a la invasión colonial española", lo cierto es que su anterioridad histórico-cronológica (su existencia prerrepublicana) no es igual a la anterioridad lógico-normativa de la Constitución (su primacía sobre el derecho indígena-originario-campesino).[32]

En el derecho interno la costumbre como forma de producción del derecho decayó a la par que el Estado moderno se consolidaba. Este se construyó a partir de la noción de soberanía, entendida como poder absoluto y perpetuo y cuyo ejercicio se traduce en

[32] No debe confundirse la realidad histórica con la realidad normativa. Si se trata de la distribución de competencias entre distintos subsistemas, el dato determinante son las normas que hacen tal distribución, las cuales solo pueden ser superiores a los subsistemas, porque de lo contrario no podría explicarse la unidad del sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en el hecho que Connecticut fue la primera colonia inglesa en América en tener una Constitución (*Fundamental Orders*), que data de 1639, pero que, al formar parte de la federación estadounidense, su anterioridad histórica quedó sometida a la anterioridad normativa de la Constitución federal, promulgada más de un siglo después (1787). Lo mismo respecto de los cantones suizos, donde la existencia independiente de algunos de ellos va tan atrás como hasta 1291, cuando suscribieron una *Carta de la Alianza* para luchar contra el Sacro Imperio Romano Germánico. Pues bien, entrada en vigor la Constitución federal suiza de 1848, la anterioridad histórica de los sistemas cantonales se sometió a la anterioridad normativa de la norma que los unifica, convirtiéndose en subsistemas del sistema federal. Lo mismo ha ocurrido en el proceso de unificación de los países europeos tal como hoy los conocemos, y lo mismo es lo que ha venido ocurriendo con el progresivo proceso de centralización de la Unión Europea, que en la medida que más se centraliza, más condiciona los sistemas de sus Estados miembros, con mucho que sus miembros preexistan a la Unión. De estos ejemplos, el punto que queda es este: cuando sistemas jurídicos preexistentes (anterioridad histórico-cronológica) pasan a formar parte de un sistema mayor, su validez se subordina a las normas de este (anterioridad lógico-normativa), lo mismo que la norma anterior se subordina a la norma posterior superior (como el Código Civil de 1975 lo hace respecto a la Constitución de 2009).

la facultad de dictar leyes, contra las que no pueden primar las leyes de otros Estados ni las costumbres de sus súbditos.[33] De esta manera, 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, en el entendimiento de que la unidad política no era alcanzable al margen de la unidad jurídica, concibieron para la costumbre un papel enteramente secundario y asignaron la primacía al derecho

[33] La soberanía es un concepto histórico: "El concepto de soberanía es tan reciente como el Estado moderno. De hecho, aparece a causa de las circunstancias contra las que el Estado moderno en germinación debió enfrentarse para llegar a constituirse como tal. En sus orígenes, el Estado moderno fue atacado simultánea y constantemente por dos flancos: desde arriba por la Iglesia y el Imperio Romano, y desde abajo por los señores feudales y las corporaciones. Mientras que la Iglesia quería poner al Estado a su servicio y someterlo a su poder, el Imperio Romano pretendía no reconocerle valor superior al que había reconocido a sus provincias desde las épocas de la *Lex Julia Municipalis*. Por su parte, los señores feudales y las corporaciones se concebían como poderes independientes y enfrentados al Estado. De hecho, el pueblo estaba sometido primero a los barones y solo indirectamente al rey. En el sistema feudal el pueblo prestaba fidelidad a sus señores, los barones, y cuando necesitaban acudir en justicia, acudían a los tribunales de sus señores. Los señores feudales tenían, en efecto, razones suficientes para considerarse enfrentados al Estado, puesto que sus poderes y derechos de carácter público eran los que corresponderían al Estado que terminaría por imponerse, reclamando para sí los poderes de *imperium* ejercidos por los señores. Es en medio de estas circunstancias que surge el concepto de soberanía. En el mundo antiguo no había nada que se opusiera al poder del Estado como los poderes que se opusieron al Estado moderno. Por ello que entonces no hubiera necesidad de un concepto como el de soberanía. En el caso de Roma, no había motivo para comparar el poder del Estado romano con un poder superior, igual o siquiera próximo al suyo. Por eso que los romanos no se vieran impelidos a elaborar el concepto de soberanía. Las expresiones *maiestas, potestas* e *imperium,* decían de la potencia y la fuerza del pueblo romano, su poder civil y militar, pero no indicaban nada del contenido y las limitaciones del Estado ni de la independencia de Roma respecto de los poderes extranjeros. El concepto de soberanía se debe a particulares circunstancias históricas. La soberanía es, pues, una categoría histórica (Jellinek). Aún durante la Edad Media la doctrina oficial dominante consideraba a todos los Estados cristianos como subordinados de derecho al Imperio Romano. Pero esta doctrina tuvo que adaptarse. El derecho a la independencia de los príncipes y las ciudades, como ocurrió con Florencia y Pisa, tuvo una marcada influencia privatista, propia de la época. El emperador concedía la independencia en virtud de la prescripción por posesión inmemorial. La independencia no se consideraba como propia de la naturaleza del Estado, sino como consecuencia de un título jurídico revocable. Pero la idea de soberanía no es fruto de esta doctrina oficial ni de los esfuerzos del Imperio por adecuarse a los nuevos tiempos sin perder su poder imperial. El concepto de soberanía es propiamente francés. Es Francia que le da su carácter absoluto. Pero no debe olvidarse que la soberanía es una categoría histórica y que, como tal, debe entendérsela conforme a las circunstancias que provocaron su nacimiento. El Estado moderno debía afirmarse como poder absoluto, y eso significaba que debía liberarse del poder de la Iglesia y del Imperio Romano, y someter bajo su autoridad a los señores feudales y las corporaciones. Entendido en su momento histórico, el poder absoluto del Estado es un poder relativo. Desconoce la autoridad de cualquier poder político distinto al suyo, pero no niega su existencia. Los reclamos son por la independencia, y es eso lo que quiere decir "poder absoluto libre de toda ley sobre ciudadanos y súbditos" (Bodin). Es por eso que la solución clásica al problema de la soberanía tiene el mérito de ser una solución histórica. Presenta la soberanía con el sentido que quiso imprimirle al erigirla en concepto político. La presenta tal y cual fue su origen en el siglo XVI: la absoluta independencia del Estado respecto de los poderes extranjeros —Iglesia e Imperio Romano— y su absoluta superioridad respecto de sus súbditos —señores feudales y corporaciones. La soberanía es, por tanto, un concepto negativo, pues no expresa lo que es, sino lo que no es: no es dependencia ni es sumisión" (Horacio Andaluz: *Positivismo normativo y derecho internacional*, La Paz: Plural, 2005, pp. 52-54).

de fuente estatal.[34] Así se explica que la costumbre haya perdido protagonismo como fuente de producción normativa, y así se llega a que en el derecho nacional las relaciones entre fuentes se resuelvan por la primacía del derecho de fuente estatal, lo que importa la costumbre solo en tanto el derecho del Estado la confirme o remita a ella (costumbre *secundum legem*)[35] o en tanto regule cuestiones no contempladas en la ley (costumbre *praeter legem*), en cuyo caso su existencia se funda en su propia eficacia y su aplicación subsidiaria halla justificación en la integridad del sistema jurídico.

En el caso del derecho indígena originario campesino, se trata de una costumbre *secundum legem*: existe como fuente productora de derecho en los distintos subsistemas normativos autónomos indígena-originario-campesinos en la medida que la Constitución remite a él (artículos 30.II.14, 190.I y 191.I), por lo que es válido siempre que no sea contrario a los derechos y garantías constitucionales (artículo 190.II) y se desarrolle dentro de las competencias atribuidas por la Constitución a estos subsistemas (artículo 304). Es, por tanto, una fuente subordinada a la Constitución y cuya existencia es válida en los términos normados por ella. En este sentido, la Constitución se ha apegado a la naturaleza jurídica de la costumbre y ha reglado en consecuencia. Por ello dispone que el derecho indígena-originario-campesino sea de base personal (artículo 191.II.1), pues al ser la costumbre una técnica de producción normativa descentralizada, su ámbito de aplicación no puede ser más que personal, desde que la práctica consuetudinaria no obliga a quienes no han participado en su formación. Así, lo que la Constitución llama *vigencia territorial* debe tomarse como ámbito espacial de aplicación de la costumbre a los miembros de una nación o un pueblo indígena-originario-campesino (base personal), y ese espacio es el respectivo territorio autonómico, en que sus autoridades tradicionales están habilitadas por la Constitución para ejercer funciones jurisdiccionales, conforme se desprende del artículo 191.II.3 ("esta jurisdicción se aplica" "dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino").

---

[34] Para los teóricos absolutistas, la costumbre "solo tiene fuerza por tolerancia y en tanto que 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*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 46, 66 y 67). En el mismo sentido: "cuando el uso prolongado obtiene la autoridad de una ley, no es la extensión del tiempo lo que determina su autoridad, sino la voluntad del soberano expresada mediante su silencio" (Thomas Hobbes: *Leviathan*, Nueva Cork: Penguin, 1968, p. 348). El triunfo de las revoluciones liberales no cambió la visión respecto de la costumbre: las tesis liberales coinciden con las absolutistas en la defensa del monopolio legal de la producción jurídica, porque, por un lado, la ilustración ve en la costumbre los prejuicios e ignorancia de los siglos anteriores que deben ser barridos por la razón, cuya expresión es la ley, y, por otro lado, la ley permite certeza y regulación uniforme, versus la inseguridad sobre el conocimiento del derecho vigente que acarrea la costumbre y la desigualdad en las relaciones jurídicas que produce, fruto de ser una técnica de regulación descentralizada aplicada en sociedades fragmentadas (estamentos, gremios).

[35] A manera de ejemplo, los casos en los que el derecho de fuente estatal confirma o reenvía a la costumbre 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" (artículo 460 del Código Civil), "según los usos" (artículo 520 del Código Civil), o "sujetándose a los usos" (artículo 1142 del Código Civil). También puede ocurrir que el derecho legislado utilice expresiones que remiten a prácticas sociales, tales como "comportarse como un buen padre de familia".

En lo que respecta a las relaciones del derecho indígena-originario-campesino con las normas de fuente formal, estas son: 1) de subordinación a la Constitución, a los respectivos estatutos de autonomías indígenas y a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pues la costumbre existe por la remisión de la Constitución en los términos que deberá legislar la Ley de Deslinde Jurisdiccional (artículo 191.II.2),[36] a saber, en consecuencia con la cosmovisión indígena originaria campesina (artículo 30.II.14), en cuanto no implique irrespeto a los derechos y garantías constitucionales (artículo 190.II) ni rebasar las materias atribuidas a los subsistemas indígena-originario-campesinos, lo que, a su vez, conlleva la subordinación a sus respectivos estatutos autónomos (artículo 304); y 2) con relación a las fuentes formales de los otros subsistemas normativos, no se aplican los criterios de jerarquía, temporalidad ni especialidad, por cuanto la costumbre pertenece a un subsistema normativo autónomo, por lo que su relación con las demás fuentes pasa por la competencia constitucional de este subsistema, haciendo que la costumbre rija respecto de los miembros de los pueblos indígena-originario-campesinos en sus respectivos territorios y dentro del ámbito material de aplicación de sus respectivos estatutos autonómicos.

Lo dicho significa: 1) que las decisiones de la jurisdicción indígena-originario-campesina son recurribles en la jurisdicción constitucional, en la medida en que sean violatorias de los derechos garantizados por la Constitución, porque estos son el límite a la obligación de "toda autoridad pública o persona [de acatar] las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina" (artículo 192.I); 2) que el ejercicio de la jurisdicción indígena-originario-campesina puede ser contestado por las jurisdicciones ordinaria y agroambiental, en cuyo caso es el Tribunal Constitucional Plurinacional el que decide el asunto (artículo 202.11); y 3) que si lo que está en controversia es la efectiva existencia de una determinada práctica consuetudinaria (precondición para el ejercicio de la jurisdicción), esta deberá probarse,[37] pues, por su propia naturaleza, la regla *iura novit curia* no corre respecto a la costumbre.

---

[36] El texto de la Constitución remite a la Ley de Deslinde Jurisdiccional la determinación del ámbito material de regulación consuetudinaria (artículo 191.II.2). Su propio nombre indica que el objeto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional es delimitar el ámbito propio de la jurisdicción indígena originaria campesina en sus relaciones con las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y constitucional, y eso pasa por definir las materias objeto de regulación consuetudinaria, en cuya aplicación se ejercerá la jurisdicción. En esta tarea la Ley de Deslinde Jurisdiccional no procede *ad libitum*, sino en el marco de las competencias atribuibles a los subsistemas indígena originario campesinos (artículo 304), no hacerlo así supondría violar la distribución constitucional de competencias.

[37] Al estar formada por hechos, las reglas consuetudinarias son objeto de prueba, pues de otro modo no puede verificarse su existencia más allá del alegato de la parte que la invoca. Así es en el derecho internacional, en que la carencia de órganos productores centralizados hace que la costumbre tenga el protagonismo que otrora lo tuvo en el derecho interno: "[en] las reglas consuetudinarias la existencia de 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 concebidas *a priori*" ("Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine", Canadá-Estados Unidos, *ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1984, p. 284). También los derechos estatales exigen la prueba de la costumbre. Dice el Código Civil de España: "La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada" (artículo 1.3).

4.4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes

El artículo 410.II.4 de la Constitución se refiere a la vez a las normas (decretos, resoluciones) producidas por los órganos ejecutivos (centrales y descentralizados o autónomos), y al ejercicio de la potestad reglamentaria (reglamentos) que les corresponde. Este artículo debe leerse según la competencia material de los distintos órganos productores, por ser el criterio utilizado por la Constitución para estructurar las fuentes a este nivel. Así, las relaciones entre normas de fuente central y de fuente descentralizada y autónoma no se rigen por los criterios de jerarquía, temporalidad ni especialidad (inaplicables entre normas de distintos subsistemas), sino por el criterio de competencia. Esto implica la invalidez del acto normativo producido por un órgano fuera de su marco competencial.

Con relación al órgano ejecutivo central, desde 1826 el texto de la Constitución amarró la potestad reglamentaria a la potestad ejecutiva, lo que hizo que desde su redacción la competencia formal del órgano ejecutivo para producir derecho se presentase siempre expresamente circunscrita a las leyes.[38] Hoy la Constitución ha roto con esa redacción, presentando tal competencia en un texto separado, que dice que el órgano ejecutivo produce derecho en la forma de decretos supremos y resoluciones (artículo 172.8). El hecho es que, aunque la redacción ha cambiado, la norma no lo ha hecho: la competencia formal del órgano ejecutivo para producir derecho requiere de habilitación legislativa previa para su ejercicio (regla general), salvo cuando la ejerza en cumplimiento de competencias directamente atribuidas por la Constitución.

Para comenzar por la excepción, en un Estado de derecho la actuación de los poderes públicos es lícita cuando va precedida de una norma habilitante de competencia. Así, el sometimiento a la Constitución significa que los poderes públicos actúan solo en virtud de competencias expresas o de poderes implícitos. Poderes implícitos son los ejercidos como medios constitucionalmente lícitos para el cumplimiento de competencias expresas. Tanto competencias expresas como poderes implícitos están limitados por la reserva de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales.[39] Llevado

[38] Decía el texto de 1826: "[es 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). El texto vigente hasta 2009 decía: "[es atribución del Presidente de la República ejecutar y hacer cumplir las leyes, expidiendo los decretos y órdenes convenientes, sin definir privativamente derechos, alterar los definidos por Ley ni contrarias sus disposiciones, guardando las restricciones consignadas en esta Constitución" (artículo 96.1). Con el lenguaje propio de la dogmática de la época, el texto de 1861 definía muy bien el objeto de la capacidad normativa del Poder Ejecutivo: "[es su atribución] expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias" (artículo 54.2).

[39] Limitarse a afirmar que el principio de legalidad se satisface con la actuación conforme al derecho por parte de los órganos públicos es redundante y peligroso para la libertad democrática: redundante porque la prohibición de actuación contraria a normas es consecuencia de la propia existencia de estas, por lo que la prohibición de actuación antijurídica es esencial a la existencia de un sistema de derecho; y peligroso para la libertad democrática porque puede prestarse a una

esto a la competencia normativa del órgano ejecutivo, resulta que la Constitución no ha alterado la herencia republicana en la materia, pues innovar en este campo habría supuesto distribuir las materias a legislarse entre el órgano ejecutivo y el órgano legislativo, lo que ciertamente no ha ocurrido. De manera que en el orden constitucional vigente la ley sigue gozando de una reserva formal que, por su posición jerárquica a correlato con la naturaleza y la finalidad del órgano que la genera y la legitimidad que su conformación traduce, hace que solo la ley pueda regular todo lo que la Constitución no ha atribuido a otros órganos.[40] De ahí que el órgano ejecutivo no

lectura abusiva de la cláusula general excluyente (todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, artículo 14.IV de la Constitución), que extienda impropiamente su ámbito de validez personal a los poderes públicos, pasando por alto, primero, que la cláusula está inserta en el título correspondiente a las garantías de la persona, lo que siembra la presunción a favor de su aplicabilidad a la persona y no a los poderes públicos y, segundo, que aun cuando no estuviese inserta en dicho título, el resultado sería el mismo (aplicable a la persona y no a los poderes públicos), por cuanto lo contrario supondría hacer de la Constitución una norma superflua, ya que el objeto de la Constitución no es dejar en la orfandad al ciudadano administrado ante los poderes públicos de los que él mismo es fuente, sino instituir un gobierno limitado por el derecho, lo cual sería una meta de suyo imposible si al Estado le estaría permitido todo lo que no está prohibido. Por eso el énfasis en las competencias expresas: "la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que además está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales" (R. Carré de Malberg: *Teoría general del Estado*, reimp., México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 449). Respecto a los poderes implícitos, un buen antecedente de derecho comparado es la sentencia de Marshall en *McCulloch c. Maryland* (1819): "déjese que el fin sea legítimo, que esté dentro del ámbito de la Constitución, y todos los medios que le sean apropiados, que se adecuen plenamente a ese fin y que no estén prohibidos, sino que coincidan con la letra y espíritu de la Constitución, son constitucionales" (17 U.S., 4 Wheat, 316). En el derecho internacional la doctrina de los poderes implícitos también ha sido reconocida judicialmente en el asunto *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1949), al declararse el derecho de las Naciones Unidas a reclamar la reparación por la muerte de su mediador en la guerra árabe israelí de 1948, Bernadotte. En el derecho boliviano el antiguo Tribunal Constitucional dijo que la competencia era conferida expresa o en "forma razonablemente implícita" por la Constitución y las leyes (STC 054/01-RDN, 16 de julio), donde lo reprochable es que no definir lo "razonablemente implícito" puede leerse como invitación al abuso de las competencias expresas, por ello en el texto principal se haya querido recordar que si hay poderes implícitos, estos 1) se conciben como medios constitucionalmente válidos (lícitos) para el cumplimiento de competencias expresas, y 2) están limitados por la reserva material de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales.

[40] La idea de reserva formal ("la ley lo puede todo", dentro del límite dicho) pareciera hacer irrelevante el principio de reserva legal, que supone que una materia solo pueda ser regulada por ley formal, que es el caso, por ejemplo, de los derechos y garantías constitucionales (artículo 109.II) y de los impuestos nacionales (artículo 158.23). Pero eso no es cierto, por cuanto en la organización estatal de legitimidad democrática el objeto del principio de reserva legal consiste en imponer al legislador el deber de regular por sí mismo una materia determinada, lo que conlleva limitar su capacidad para dejar a la potestad reglamentaria la regulación de la materia objeto de reserva (*potestas delegata non potest delegari*: porque la delegación violaría la norma de competencia que estableció la reserva). En cambio, en la organización estatal de legitimidad monárquica, que es donde apareció la formulación original del principio, la reserva de ley suponía limitar la capacidad normativa general del órgano ejecutivo, excluyendo de su competencia determinadas materias, pues como se asumía que el poder del monarca era un derecho propio por su carácter originario (anterior a la constitución), entonces a él le correspondían todas las competencias que la constitución no le había privado (una norma general excluyente a su favor), de ahí que surgiese la técnica de las reservas, como medio para evitar que la regulación de determinados asuntos de directo interés para los súbditos quedase a las anchas del monarca, tales como la propiedad y la libertad.

tenga poderes legislativos generales, y que por atribución directa de la Constitución su competencia para producir derecho le venga constitucionalmente limitada a determinados actos administrativos individualizados (designaciones y nombramientos, etc.) o al dictado de ciertas normas generales cuya materia está fuertemente regulada por la Constitución, como el estado de excepción (artículo 172.26).

Pasando ahora a la regla general, la necesidad de habilitación legislativa previa para el ejercicio de la capacidad normativa del órgano ejecutivo se explica por la posición que sus normas ocupan en la estructura del sistema, y que está determinada por su relación con las leyes. La superioridad de las leyes sobre las normas del órgano ejecutivo se funda: 1) en la mayor complejidad de su proceso de producción, lo que dota a las leyes de fuerza jurídica superior a los decretos y las resoluciones del órgano ejecutivo (razón de teoría jurídica), y 2) en la mayor legitimidad democrática de su órgano productor (razón de teoría política). Pues bien, si a la superioridad de la ley se suma que el órgano ejecutivo carece de poderes legislativos generales, lo evidente es que como regla tal órgano no puede ejercer más que la competencia normativa que previamente le haya sido habilitada por ley. La habilitación es expresa cuando las leyes disponen que deba reglamentarlas, e implícita cuando, no habiendo tal mandato reglamentario expreso, el ejecutivo necesite reglamentarlas para su mejor cumplimiento (artículo 172.1). En este último caso, la reglamentación es el medio constitucionalmente válido (poder implícito) para el ejercicio de la potestad ejecutiva (competencia expresa). Fuera de los casos dichos, adelantarse a la ley supondría que el órgano ejecutivo se atribuyese los poderes legislativos generales de los que carece.[41]

En cuanto a los órganos ejecutivos de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas, es aplicable, *mutatis mutandis*, lo dicho para el órgano central. Esto supone la inferioridad jurídica de sus normas respecto a las producidas por sus respectivos órganos legislativos, los mismos que carecen de competencia legislativa general, salvo que la norma suprema de los subsistemas descentralizados y autónomos disponga lo contrario.

Por último, cuando el artículo 410.II.4 se refiere a las "demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes", se está refiriendo al resto de normas producidas por estos órganos, cuya regulación la hace el derecho ordinario. En el órgano ejecutivo central, tradicionalmente las "demás resoluciones" se han estructurado en forma jerárquica, atribuyendo mayor fuerza jurídica a las formas de más difícil producción; así prima, por ejemplo, la resolución biministerial sobre la ministerial (artículo 8.I de la ley 3351, de 21 de febrero de 2006). Desde luego, en sus relaciones mutuas, las resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos descentralizados y autónomos y las emanadas del órgano central se rigen por la competencia material de sus respectivos órganos productores.

[41] En el sentido argumentado, la lacónica redacción del artículo 172.8 es técnicamente suficiente.

5. Conclusión: la estructura del sistema jurídico boliviano

Dadas las relaciones entre sus fuentes, son los criterios de jerarquía y de competencia los que determinan la estructura del sistema jurídico boliviano (sistema nacional). Según el criterio de competencia, a partir de su tercer nivel jerárquico el sistema está organizado en subsistemas normativos. Uno de ellos es el subsistema central; los demás, los distintos subsistemas descentralizados y autónomos, incluyendo los subsistemas indígena-originario-campesinos. Dichos subsistemas están en pie de igualdad; sus normas no se derogan recíprocamente, desde que se estructuran según la competencia material de sus distintos órganos productores. Así, la estructura del sistema es la siguiente:

1. En el sistema nacional la supremacía jerárquica corresponde a la Constitución, según resulte interpretada por el Tribunal Constitucional Plurinacional (carácter vinculante de los precedentes constitucionales). Por Constitución se entiende: su texto formal, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país y las normas de derecho comunitario (también ratificadas si su naturaleza es convencional o incorporadas según lo establezcan las normas originarias tratándose de derecho comunitario derivado).
2. Siguiendo con el sistema nacional, subordinadas directamente a la Constitución están: a) las leyes aprobadas por dos tercios (las leyes expresas que levanten la prohibición de asentamiento de extranjeros en la zona de seguridad fronteriza y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización); y b) los tratados sobre cuestiones limítrofes y aquellos de cualquier materia (menos los que corresponden al bloque de constitucionalidad) que eventualmente hayan sido aprobados por referendo popular, si es que se toma la primera interpretación propuesta (rango supralegal para los tratados aprobados por referendo popular vinculante).
3. En un tercer nivel nacional, también subordinadas directamente a la Constitución por razón de la competencia material de sus respectivos órganos productores, estarían: a) las leyes ordinarias, subordinadas además a las leyes aprobadas por dos tercios; b) los estatutos autonómicos y las cartas orgánicas, subordinados también a la Ley Marco pero no a las leyes expresas; y c) los tratados, si es que se toma la segunda interpretación propuesta (rango de ley pero mayor fuerza jurídica pasiva).
4. A partir del tercer nivel nacional, la estructura del sistema se define solo en términos de competencia. Comenzando con los subsistemas normativos descentralizados y autónomos, su estructura es la siguiente: a) la supremacía en cada subsistema la ostentan los respectivos estatutos autonómicos y cartas orgánicas, que pertenecen al tercer nivel del sistema nacional; b) subordinadas a los estatutos o cartas, según corresponda, están las normas de los órganos legislativos de cada subsistema; y c) subordinadas a las normas de sus órganos legislativos están las de normas de sus respectivos órganos

ejecutivos, salvo cuando estos ejerzan competencias normativas derivadas directamente de la norma suprema de sus subsistemas. También son subsistemas normativos autónomos los subsistemas indígena-originario-campesinos, en los cuales se aplica su derecho consuetudinario en las materias reconocidas en sus respectivos estatutos indígenas, en ejecución de la distribución de competencias entre los distintos subsistemas normativos efectuada por la Constitución.

5. Por último, también subordinadas al tercer nivel del sistema nacional, en el subsistema central siguen las normas del órgano ejecutivo (decretos y resoluciones supremas), que tienen a las leyes como fuente de validez, salvo que se trate del ejercicio de atribuciones constitucionales directas; y de ahí, en los subsiguientes niveles, siguen las demás normas producidas por las distintas reparticiones del órgano ejecutivo central, según la ordenación jerárquica establecida por sus normas de fuente legal.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 47-69, ISSN 1510-4974

Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)*

El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad**

RESUMEN

La posibilidad de un control de constitucionalidad de los tratados internacionales fue en gran medida construida y perfilada teóricamente por Hans Kelsen en 1929. Habiendo transcurrido casi un siglo, la temática presenta distintas aristas. Pese a la imposibilidad de declarar inconstitucional un tratado internacional —al menos no sin transgredir lo dispuesto por el nuevo orden jurídico internacional—, los estados han habilitado mecanismos y defensas a través de los cuales se puede controlar su constitucionalidad. Para América Latina esto no es una sorpresa; sin embargo, son incontables las críticas que despierta el uso de un control *represivo* de las leyes aprobatorias de tratados internacionales. Se discute la justificación de estas leyes y se analiza jurisprudencia en esta materia, conforme al derecho comparado y con especial atención en el caso de Guatemala.

Palabras clave: control de constitucionalidad, tratados internacionales, jerarquía de las normas, tribunales constitucionales, derecho comparado, jurisprudencia comentada, Guatemala.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Möglichkeit zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von internationalen Verträgen wurde weitgehend von Hans Kelsen im Jahr 1929 entwickelt und theoretisch begründet. Ein knappes Jahrhundert später stellt sich die Problematik aus einer anderen Perspektive dar. Trotz der Unmöglichkeit, einen internationalen Vertrag für verfassungswidrig zu erklären – andernfalls würden die Bestimmungen der neuen internationalen Rechtsordnung verletzt –, haben die Staaten Mechanismen und Schutzmaßnahmen entwickelt, die ihnen eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit ermöglichen. Das ist in Lateinamerika nicht überraschend; trotzdem stößt der Rückgriff auf eine *repressive* Kontrolle von internationalen Verträgen mit Hilfe von Zustimmungsgesetzen auf heftige Kritik. Neben einer Diskussion der Begründung solcher Gesetze wird auf

* Abogado y notario egresado de la Jornada Matutina de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). ‹justiciaconstitucionalguate@gmail.com›.

** Un primer ensayo en esta materia fue publicado en *Revista Nova Tesis*, n.º 3, Argentina, 2007 bajo el título: "La inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales". Sin embargo, se procedió a su revisión y modificación. Se agradece inmensamente al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas por su desinteresada colaboración en la revisión final del presente artículo.

der Grundlage des vergleichenden Rechts und unter besonderer Berücksichtigung des guatemaltekischen Fallbeispiels die Rechtsprechung auf diesem Gebiet analysiert.

Schlagwörter: Normenkontrolle, internationale Abkommen, Normenhierarchie, Verfassungsgerichte, vergleichendes Recht, kommentierte Rechtsprechung, Guatemala.

ABSTRACT

The possibility of controlling the constitutionality of international treaties was to a large degree theoretically analyzed by Hans Kelsen in 1929. After almost one century, the issue still has several noteworthy aspects. Despite the impossibility of declaring that an international treaty is unconstitutional – at least without violating the rules of the new international legal order – nations have implemented mechanisms and safeguards through which the constitutionality of such treaties can be controlled. For Latin America this is no surprise; however, there is extensive criticism of the use of the repressive control of laws passed regarding the approval of international treaties. The justification of these laws is discussed in this paper, along with an analysis of comparative case law, particularly in the country of Guatemala.

Keywords: constitutionality control, international treaties, rule hierarchy, constitutional courts, comparative law, annotated jurisprudence, Guatemala.

1. Introducción

En el marco en el que se da la relación entre las normas del derecho de gentes y las normas nacionales del Estado, se pone de relieve que "el tradicional planteamiento doctrinal de las relaciones existentes entre las normas internacionales (en particular, de las normas convencionales) recibidas en el ordenamiento de un Estado y las restantes normas de origen interno de ese mismo Estado, se hizo desde la perspectiva de la jerarquía, a los fines de precisar su rango respectivo dentro del sistema de fuentes del ordenamiento".[1] Como regla general los tratados internacionales incorporados en el ordenamiento jurídico —al igual que cualesquiera otras normas del derecho interno— quedan sometidos a ese principio básico o estructural de todo el derecho estatal,[2] en virtud del cual cada una de dichas normas jurídicas, independientemente de su fuente de producción —externa o interna—, al incluirse en un determinado ordenamiento jurídico se acomoda y adapta a una suerte de encaje jurídico que determina, entre otras cosas, principalmente su orden de prelación. La cuestión perfila conflicto y prolijidad cuando el propio derecho estatal —léase la norma constitucional—, confronta o choca tajantemente con la normativa internacional.[3] El tema no es del

[1] Luis Ignacio Sánchez Rodríguez: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica),* Madrid: International Law Association (Sección española), 1984, p. 93.

[2] Julio D. González Campos, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Paz Andrés Sáenz de Santa María: *Curso de Derecho internacional público,* Madrid, 6.ª ed., 1998, p. 275.

[3] Conflicto que no existe, en el caso de México, y a sazón de Jorge Carpizo, en el supuesto de aquellas leyes que se derivan o desarrollan partiendo del precepto constitucional. Jorge Carpizo:

todo extraño, ya que al día de hoy, el hecho de que un tratado internacional pueda ser opuesto a la Constitución y que un tribunal así lo repute es una alternativa nada descartable[4] en cualquier sistema u orden jurídico existente. En estos casos debe recordarse que, desde el punto de vista de la práctica cotidiana, el principio de la jerarquía normativa contribuye a apuntalar la seguridad jurídica de los ciudadanos respecto a la aplicabilidad en cada caso concreto de las normas jurídicas (principio que, no se olvide, aparece igualmente sancionado por el mismo precepto constitucional), y complementariamente indica a los tribunales de justicia la norma aplicable entre dos o más contradictorias, dándoles una respuesta inmediata y directa, mientras que la tesis de la competencia genera en el fondo problemas de control de constitucionalidad de las normas en cuestión.[5]

2. Nuestro punto de partida: la construcción de Hans Kelsen

En una primera aproximación a esta temática, llaman la atención las ideas advertidas por Hans Kelsen en su obra, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional),* las cuales no han dejado de tener cierta vigencia, aunque a primera vista actualmente se las podría considerar "erróneamente" permeadas de cierta falsedad y ser un tanto primitivas.

Kelsen afirmó que "los tratados internacionales deben ser también considerados —desde el punto de vista de la primacía del orden estatal— como actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se condena que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la jurisdicción constitucional. Jurídicamente nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales".[6] Kelsen concebía, así, a los tratados internacionales —al menos desde el punto de vista del orden jurídico estatal— como nada más que leyes.

Por lo tanto, si la Constitución —decía— era el nivel supremo del orden jurídico,[7] obvio sería deducir que aun los tratados debían sumirse a lo establecido por ella. Además, si se asumía la existencia e implementación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, tendría sentido entonces que estas pudieren ser igualmente —en cuanto normas internas— anulables a través de la jurisdicción constitucional. De esta manera Kelsen matizó y propugnó la anulabilidad total del tratado

---

Estudios Constitucionales, México: Porrúa, 5.ª ed., 1996, pp. 22 ss. En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, la cuestión es distinta, pero al respecto volveremos más adelante.

4 Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2.ª ed.; 1989, tomo II, p. 143.

5 González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María: o. cit., pp. 99-100.

6 Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional),* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 65-66.

7 Ibídem, p. 32.

internacional —sosteniendo la aplicabilidad de un sistema de control constitucional concentrado—. Ello implicaba como corolario que, si el tratado era anulado, sus efectos se extenderían incluso al plano del derecho internacional, por lo que dejaría de ser derecho aplicable tanto en la esfera del derecho estatal (orden interno) como del internacional (orden externo).

> Si, como debe admitirse, el derecho internacional autoriza a los Estados a determinar en su Constitución los órganos que pueden concluir válidamente tratados, es decir, celebrarlos de modo que obliguen a las partes contratantes, no es contrario al derecho internacional crear una institución que garantice la aplicación de las normas que él autoriza. No podrá invocarse la regla según la cual los tratados no pueden ser abrogados unilateralmente por uno de los Estados contratantes, pues esta regla supone, evidentemente, que el tratado haya sido concluido válidamente. Un Estado que quiere celebrar un tratado con otro Estado debe informarse en su Constitución. El Estado contratante no debe depender más que de sí mismo tanto cuando trata con un órgano incompetente de otro Estado, así como cuando el tratado concluido está en contradicción, en cualquier punto con la Constitución de su cocontratante, resultando el tratado nulo o anulable. Pero aun si se admitiera […] que el derecho internacional determina […] al órgano estatal competente para la celebración de tratado y, además, la existencia de una regla de derecho internacional según la cual los Estados no estuvieran obligados a aceptar un control de la regularidad de los tratados que celebren con los Estados extranjeros ni su anulación total o parcial por una autoridad de esos Estados, las disposiciones contrarias de la Constitución no serían por ello menos válidas. La anulación del tratado constituiría, simplemente, desde el punto de vista del derecho internacional, una violación que podría sancionarse con guerra.[8]

Si se presta atención a este último párrafo, se podrá apreciar que Kelsen, a través de esta construcción, pretendía dar autoridad y protagonismo al Tribunal Constitucional. No consideraba una contravención al derecho internacional la creación de dicho órgano jurisdiccional constitucional, cuyas funciones de tutela alcanzaran incluso a la normativa internacional. Además, concebía al Tribunal Constitucional como el ente competente encargado de ratificar la aprobación de un tratado internacional, razón por la cual su disensión respecto a la constitucionalidad del instrumento internacional no provocaría en ningún momento conflicto alguno frente al derecho internacional. Ello al menos si se admitía al Tribunal Constitucional como el único órgano competente para determinar la adecuación del tratado internacional a la normativa constitucional y, por lo tanto, para darle efectos erga omnes, del todo obligatorio. Así, en el supuesto de que el tratado internacional fuese aprobado y ratificado por los órganos del Estado competentes y contraviniese el orden constitucional, se podría discrepar la competencia de estos para hacerlo obligatorio.

[8] Ibídem, pp. 66-67.

Kelsen incluso prevé, con mucha perspicacia, que aun en el supuesto de que el derecho internacional determinara el órgano estatal competente para la celebración del tratado y creara una regla por medio de la cual los estados no estuviesen obligados a admitir la reserva de otro estado, de este control de constitucionalidad —que consecuentemente podría anular total o parcialmente la normativa del tratado celebrado— las disposiciones contrarias de la Constitución no por ello serían menos válidas. Concluía aseverando que la anulación del tratado se traduciría, en todo caso, en no más que una violación, que podría sancionarse con guerra desde el punto de vista del derecho internacional.

Actualmente, sin embargo, en el ámbito de la comunidad internacional jurídicamente organizada, y partiendo de la propia plataforma impuesta por el derecho internacional, se pueden hilvanar una serie de reglas, usos y prácticas, si no en todos los casos drásticamente opuestos, sí contrarios a los existentes en 1929 —fecha en que se escribió la citada obra—. Tal como acertadamente Kelsen previó, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada y ratificada por Guatemala),[9] de conformidad con los artículos 26 y 27, "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".[10]

Tampoco debe dejarse de lado que, de conformidad con la parte considerativa del Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de lo preceptuado, principalmente, en sus artículos 1.1, 2.3, 2.4 y 33 al 38, la solución de las controversias entre estados (entre ellas el incumplimiento de un tratado internacional imputable a otro estado) debe ajustarse a los medios pacíficos regidos por el orden internacional; se prohíbe así el uso de la guerra enunciado por Kelsen —o ello al menos supone una sanción internacional e incluso puede facultar el empleo de la *legítima defensa* internacional.

¿Es posible entonces la inconstitucionalidad de un tratado internacional?

3. Perspectiva de América Latina

Anticipando la respuesta a la disyuntiva antes apuntada, debe señalarse que a luz de los ordenamientos jurídicos modernos y conforme a una doctrina ahora bastante extendida, si se admite el principio de supremacía constitucional y el de la existencia de un control de la constitucionalidad de las leyes, no se descarta la posibilidad de considerar

[9] No obstante, debe tomarse en cuenta que permanece vigente la reserva que en su momento se hizo en relación al artículo 27 de dicha Convención.

[10] El artículo a que hace alusión esta última norma —artículo 46—, regula las causas de nulidad de los tratados. Sin embargo, estas se encuentran dirigidas única o exclusivamente al hecho del consentimiento de un Estado de obligarse a un tratado y el órgano competente para celebrarlos. Es sobre ese supuesto que, si existiese una violación al derecho interno —eso sí, solo si fuera concerniente exclusivamente en relación a la competencia para celebrar tratados—, este podría ser nulo.

que las leyes aprobatorias de tratados internacionales puedan ser impugnadas por la vía del control de su constitucionalidad, al igual que cualquier otro tipo de leyes.[11]

Aunque actualmente el papel del tribunal constitucional ideado por Kelsen sigue siendo, en principio, el mismo, no es posible considerar la anulación total o parcial de un tratado internacional por el Tribunal Constitucional —al menos no sin que ello provoque la configuración de un *hecho internacionalmente ilícito*[12] y consecuentemente el nacimiento de una nueva obligación internacional: la de reparar el daño ocasionado—.[13] No obstante, sí es posible divisar los mismos efectos nugatorios, con aplicación exclusivamente en el plano interno del orden jurídico estatal, en relación con aquellas leyes a través de las cuales se aprueban los tratados internacionales, siempre que hayan sido declaradas inconstitucionales por un órgano o tribunal con poder-deber de ejercer control constitucional.

Al margen, conviene puntualizar que los sistemas constitucionales de América Latina no son particularmente herméticos en la atribución de determinado rango a las normas convencionales en el orden jurídico nacional del Estado, ya que buen número de ellos se refiere en términos bastante precisos a la posición que ocuparán los tratados internacionales en la ordenación de sus respectivas fuentes normativas. Es evidente, no obstante, que las técnicas normativas adoptadas por uno u otro sistema guardan muchas diferencias entre sí y a menudo dan cuenta de realidades sociales e históricas que no se deben confundir.[14] Pese a todo, el reconocimiento expreso en el orden constitucional de una determinada jerarquía a los tratados se puede indicar como una coincidencia fundamental que permite reunirlos en una misma categoría de sistemas. En ella se deberían integrar los sistemas constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, respecto de una categoría específica de tratados.

En el caso de México, la determinación de la jerarquía con la que las normas convencionales se incorporan al sistema jurídico interno supone remitirse directamente a los criterios que, según un importante sector de la doctrina mexicana,[15] establece el sistema por medio del artículo 133 de la Carta fundamental en vigor. Con arreglo a esta norma, la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con ella, celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.[16]

---

[11] Alan Brewer Carías: *Estados de derecho y control judicial*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 72.

[12] Sobre esta material se recomienda lectura de Manuel Diez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional público,* Madrid: Tecnos, 16.ª edición, 2007, pp. 819-841 ss.

[13] Con relación a la obligación de reparar y sus distintas modalidades (la satisfacción, la restitución y la indemnización), véase Diez de Velasco; o. cit., pp. 852-857.

[14] Con carácter general, José María Ruda: "Relación jerárquica entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno: Reexamen de los problemas teóricos", en Manuel Rama-Montaldo (dir.): *El Derecho internacional en un mundo en transformación*: Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, vol. I, 1994, pp. 115 ss.

[15] Leonel Pereznieto Castro: "El Art.133 Constitucional: una relectura"; en *Jurídica,* n.º 25, vol. II, México, 1995, pp. 277 ss.

[16] Conforme a lo que establece el referido artículo 133 de la actual Constitución de México.

Siguiendo a L. Pereznieto Castro, el examen de esta cuestión hace imprescindible superar una condición previa, pues "al hacer un análisis textual de esta disposición encontramos: en el caso de los tratados debe concurrir un supuesto fundamental y que consiste en que estos sean conformes a la Constitución, si este requisito es salvado, entonces procede la jerarquización normativa".[17] Superado este requisito preliminar, una interpretación somera podría encaminar a ver en el propio texto la prelación de la Constitución respecto de la ley, y a esta y a aquella imperar sobre el tratado. No obstante, "la disposición establece: son 'Ley Suprema en toda la Unión', la Constitución, 'las leyes del Congreso que emanen de ella' (o sea, de la Constitución) y los tratados. 'Las leyes del Congreso' resultan en este contexto, normas derivadas de la Constitución por lo que necesariamente estarán en un nivel inferior a ésta, no así los tratados, porque estos solo deben cumplir con los 'criterios de identidad' [18] para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano, […]. Al no ubicarlos abajo de la Constitución, el dispositivo del artículo 133 los ubica al mismo nivel jerárquico de ésta".[19] Sobre esa base, dice L. Pereznieto Castro, "propongo aquí situar a los dos sistemas jurídicos internacional y nacional en un mismo rango, previo el reconocimiento de que el primero no sea contrario al segundo. Esta diversa formulación permite enlazar a ambos órdenes jurídicos en uno solo sin sumisión el uno al otro".[20]

En Argentina, el tema del control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales no ha sido ajeno a la jurisprudencia existente. Debe advertirse, en todo caso, que en este país andino opera un sistema de control constitucional de tipo difuso, al igual que en los Estados Unidos de América, por lo que los efectos de la sentencia son —entre otros— únicamente aplicables en la dilucidación de un caso concreto. Así, brevemente se puede referir que en el caso *Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande,* la Corte Suprema de Justicia trató específicamente la incompatibilidad entre un tratado y la Constitución, dio prioridad a esta y declaró en consecuencia la inconstitucionalidad del artículo 4 del acuerdo de sede del 15 de septiembre de 1977 suscrito entre la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande.[21]

En Venezuela ya han sido esgrimidos por el máximo tribunal constitucional los principales argumentos que gravitan en torno a esta cuestión, los cuales encajan perfectamente en este orden de ideas. Dicho órgano jurisdiccional, planteó las siguientes objeciones con relación al establecimiento de un control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales:

---

[17] Pereznieto Castro: o. cit., p. 280.

[18] Ibídem, pp. 277 ss. Estos "criterios de identidad" corresponden a una conceptualización que hace Joseph Raz: *El concepto de sistema jurídico* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), México: UNAM, 1986, dirigida a determinar en qué momento el tratado internacional pasa a formar parte del sistema jurídico mexicano y que Leonel Pereznieto Castro interpreta, en este marco, como la conformidad que requieren los tratados internacionales respecto de la Constitución, la celebración de estos por el presidente de la República y la aprobación que de ellos haga el Senado.

[19] Pereznieto Castro: o. cit., p. 280.

[20] Ibídem.

[21] Sagüés: o. cit., p. 143.

1. De existir la inconstitucionalidad de una ley aprobatoria de un tratado internacional, existiría consecuentemente una violación al principio *pacta sunt servanda*.
2. Además, "las diferencias derivadas de la interpretación o ejecución de un tratado internacional, se refieren exclusivamente a las partes contratantes, a los Estados signatarios del acuerdo, pero en modo alguno a los ciudadanos o súbditos de los Estados intervinientes, pues si bien el tratado internacional puede adoptar en el derecho interno la forma de una ley conforme a la definición que acoja cada técnica constitucional, sigue, no obstante, conservando en la esfera internacional la naturaleza intrínseca de una convención, de un acuerdo de voluntades entre Estados, y como tal solo extinguible por las vías aceptadas en el derecho de gentes o por los otros medios previstos por el consentimiento de los contratantes […]. Ningún estado ostenta poder jurídico para hacer prevalecer el imperio de sus propias leyes sobre las de otro, y como quiera que no existe un tercer poder o norma supraestatal con autoridad incontestable sobre los miembros de la comunidad internacional, es preciso concluir que los órganos jurisdiccionales de los Estados vinculados por un tratado internacional no pueden anularlo total o parcialmente por sí y ante sí, unilateralmente, aduciendo razones de orden jurídico interno".[22] Por lo tanto, en caso de que exista antinomia entre la Constitución y la ley aprobatoria de un Tratado Internacional, se debe de estar "a favor de nuestros preceptos constitucionales pero no por la vía jurisdiccional de anulación unilateral, sino por las vías reconocidas en el derecho internacional: la denuncia de un tratado […] ante la imposibilidad jurídica del máximo organismo jurisdiccional para declarar e imponer la nulidad del expresado Tratado, entraría a funcionar entonces la cooperación prevista en la Constitución".[23] "'Aunque el Estado Venezolano carece de poder jurídico para anular jurisdiccionalmente por sí y ante sí con efectos *erga omnes*' un Tratado, 'es indudable que en cada caso concreto de colisión sometido a su decisión, los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a cualquier otro texto de ley, incluso los tratados internacionales'".[24]

Sin embargo, estos razonamientos incitaron las críticas que a continuación se someramente se presentan:

1. La Corte venezolana confunde el acto aprobatorio (ley) y el acto aprobado (tratado). El acto de aprobación constituye un acto de control (ley aprobatoria) accesorio; el tratado aprobado, el acto controlado y principal.[25]

[22] Ibídem, p. 73.
[23] Ibídem, p. 74.
[24] Ibídem.
[25] Ibídem, p. 75.

2. Siendo distintos, la ley aprobatoria sería impugnable por vía de la inconstitucionalidad, y no así el tratado. La declaratoria de la nulidad de la primera no tendría que afectar jurídicamente al tratado ni al principio *pacta sunt servanda*.[26] El Estado debería, en consecuencia, estar sujeto internacionalmente al tratado hasta tanto no se le ponga fin por las vías del derecho internacional. En todo caso, la declaratoria de nulidad de la ley aprobatoria debe provocar inmediatamente la denuncia del Tratado.[27] Además, "es absurdo pretender que las leyes aprobatorias de tratados puedan inaplicarse, en casos concretos, por cualquier juez […] y que en cambio no puedan ser objeto de control directo".[28]
3. Aunque "[…] la Ley aprobatoria se limita a aprobar el tratado, no puede, por supuesto, introducirle modificaciones, ni puede ser reformada o derogada posteriormente. Pero el hecho de que sea una Ley especial y *sui generis* no le quita su carácter de Ley, susceptible de ser controlada por inconstitucionalidad […]".[29]

A juicio de Brewer Carías:

> […] el problema de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias de los Tratados, radica en los efectos de tal declaratoria en el ámbito de las obligaciones internacionales de la República. En efecto, la declaratoria de nulidad, por inconstitucionalidad de una Ley aprobatoria de un Tratado internacional, por la Corte Suprema de Justicia implica, necesariamente y por la colaboración que los poderes del Estado deben tener entre sí, que el Ejecutivo Nacional debe poner fin al Tratado por las vías autorizadas por el Derecho Internacional Público. Por supuesto, esto puede comprometer la responsabilidad internacional de la República, la cual debe ser asumida por el Estado. […] en todo caso, la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad de las leyes no pueden ser sacrificados por los compromisos internacionales. La República debe asumir estos, y sus responsabilidades internacionales, cuando una Ley aprobatoria de un Tratado sea declarada nula, por inconstitucionalidad […].[30]

Desde nuestra perspectiva, todo lo anterior apunta a una serie de juicios que brevemente sintetizaremos a continuación, partiendo del propio contexto jurídico guatemalteco.

---

[26] Ibídem.
[27] Brewer Carias: o. cit., p. 75.
[28] Ibídem, p. 76.
[29] Ibídem.
[30] Ibídem.

4. Referencia a Guatemala

4.1. Regímenes en presencia

En Guatemala la jerarquía interna de las normas convencionales en el sistema constitucional se funda en dos regímenes diferenciados: un régimen particular, específico para cierto tipo de convenios internacionales, y un régimen general, aplicable al resto de los tratados. El régimen particular comprende todo el ámbito de los tratados o convenios celebrados en materia de derechos humanos, para los que la Constitución establece el principio general de que los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala en esta materia "tienen preeminencia sobre el derecho interno".[31] La superioridad subrayada por la disposición debe remitir necesariamente a la estructura de las fuentes normativas del ordenamiento nacional, para situar en el vértice de la pirámide interna las normas convencionales de derechos humanos. Pero la preeminente situación de esta categoría de convenios en la estructura jurídica del ordenamiento es concluyente sobre el derecho interno en su conjunto, por lo que su supremacía subordina incluso a la propia norma constitucional. En consecuencia, los convenios internacionales sobre derechos humanos se erigen en norma supraconstitucional en el orden jurídico de Guatemala.[32]

El régimen general, por su parte, se extiende a todas las categorías de tratados no relativas a los derechos humanos y se estructura, de modo esencial, con base en el principio de control de constitucionalidad que contempla el sistema. A este efecto, la Corte de Constitucionalidad[33] tiene entre sus funciones la de emitir opinión sobre "la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado".[34] Sobre esta base, los tratados internacionales deberán conformarse siempre a las disposiciones de la norma fundamental "excepción hecha de los relativos a los derechos humanos, evidentemente", con la posibilidad de reformar

[31] Artículo 46 de la Carta fundamental en vigor de Guatemala.

[32] No avizoramos que sea factible el más mínimo atisbo de colusión entre lo normado por un tratado o convenio en materia de derechos humanos —al menos en cuanto a su área sustantiva— y la normativa suprema, en virtud del propio principio *pro hómine* o principio de progresividad de los derechos humanos, aunado al hecho de la existencia de la cláusula abierta que en esta materia establece el artículo 44 de la Constitución —derechos inherentes a la persona—, a través de la cual la inclusión de estos desborda el ámbito legal u ordinario, e incluso el constitucional, siempre que constituyan derechos más favorables para la persona o el ser humano. En todo caso, no podemos pasar por alto que, conforme a la última interpretación vigente, realizada por la Corte de Constitucionalidad como máximo tribunal de jurisdicción constitucional, dichos tratados ocupan un rango *constitucional* siempre que no entren en choque frontal con lo preceptuado por la normativa suprema. Para el efecto véase la sentencia de la Corte, contenida en el expediente 280-90 (*Gaceta* n.º 18).

[33] Establecida por disposición de los artículos 268 ss. de la Carta en vigor, la Corte es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asignan la Constitución y la ley de la materia.

[34] Artículo 272.*e* de la Carta actual de Guatemala.

el texto constitucional para facilitar una eventual adecuación de las prescripciones convencionales.

Es particularmente relevante destacar de este precepto su condición abierta a la legitimación de todos los organismos del Estado para promover la correspondiente consulta de constitucionalidad de las normativas convencionales, en función solo de su libre apreciación de elementos de inconstitucionalidad en una determinada convención internacional. Es, pues, indudable que la articulación de un mecanismo de control de constitucionalidad en un sistema como este conlleva, indefectiblemente, el principio de jerarquía *infraconstitucional* de las normas convencionales en la estructura de fuentes del Estado, puesto que es a la carta fundamental que se deben ajustar todas las disposiciones de los convenios internacionales y que en el caso del sistema de Guatemala constituye el *régimen general* de las relaciones entre los tratados y la Constitución.

Más aún, este régimen general puede encontrar también apoyo normativo en la advertencia de que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, sancionando que las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso iure*.[35] De esta suerte, si se toma la acepción de ley en un sentido *lato,* se tendría que ninguna norma del Estado posee en este ordenamiento un estatuto superior al de la Carta constitucional, ya que cuando el legislador constituyente lo quiso de otro modo, lo señaló de forma expresa instituyendo un régimen propio para las convenciones internacionales sobre derechos humanos.[36]

Ahora bien, será este mismo carácter de subordinación a la Constitución el que contribuya a fijar, de algún modo, la relación entre el tratado y la ley, pues esta no viene explícitamente señalada por la Carta. En este sentido, el control de constitucionalidad aporta, sin duda, la justificación innegable de que la voluntad constituyente quiso situar con toda claridad al tratado bajo la autoridad de la Constitución, pero, al propio tiempo, aporta el indicio de que el legislador no quiso ir tan lejos como para situarlos bajo el dominio de la ley, en una posición infralegal. Aun así, si esta inferencia lógica permitiera descartar el rango infralegal para los convenios internacionales en este orden jurídico, no permitiría sin embargo llegar a afirmar con total certeza que la jerarquía convencional es igual a la ley o, definitivamente, superior a la norma legal.

Un antecedente en este último sentido de supralegalidad podría encontrarse quizás en los tratados cuya aprobación parlamentaria requiere el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso,[37] y que por esta circunstancia de mayoría cualificada pudieran primar sobre la ley ordinaria. Sin embargo, este factor podría esclarecer la situación, únicamente, de la especial categoría de normas

[35] Como efectivamente las califica el artículo 175, párrafo primero, de la Constitución de Guatemala.

[36] En el marco del artículo 46, antes mencionado, y que articula el régimen especial de la relación entre tratado y Constitución en el actual texto fundamental de Guatemala.

[37] Mayoría cualificada que en efecto prevé el artículo 172 de la Carta en vigor para los tratados que: a) se refieran al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o al establecimiento temporal de bases militares extranjeras; y b) afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un Estado de guerra.

convencionales sometidas por el sistema a esta mayoría cualificada y, además, respecto solo de las leyes ordinarias a las que no se impone este tipo de mayorías. De modo que la cuestión del rango respecto de la ley sigue planteada en relación con la generalidad de los tratados, para cuya aprobación por el Parlamento no se exige una mayoría especial, y también respecto de las leyes llamadas *constitucionales,* cuya reforma requiere, igualmente, el voto de las dos terceras partes del total de los diputados que integran el Congreso.[38]

En suma, no parece factible atribuir, de modo fiable, un rango a los tratados respecto de la ley interna de este sistema a partir de la norma positiva, pues, a falta de una disposición expresa, los indicios normativos existentes no son garantía de una conclusión rigurosa. Y, sin embargo, lo más probable es que la práctica del Estado en esta materia se haya conducido por los cauces del reconocimiento de la *supralegalidad* de los tratados.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los cuales el texto fundamental nada o muy poco aporta para esclarecer la incógnita cuya respuesta se ha venido investigando, la Constitución Política de la República, al igual que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (artículos 2 y 3), no guardan del todo silencio al respecto. Al margen de la distensión que pueda provocar —y que de hecho provoca— el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos[39] y las distintas pautas que deben guardarse en cuanto a su aplicación, debe ahora también entrarse a estimar lo dispuesto por el artículo 204 de la Constitución Política de la República: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado".

La duda, ahora sí, aparece despejada. La norma compele a todos los tribunales de justicia —entre los que deben incluirse tanto los que actúan en la esfera de la jurisdicción ordinaria como los de jurisdicción constitucional— a observar obligadamente el principio de supremacía constitucional, con primacía, obviamente, no solo sobre cualquier ley sino incluso sobre cualquier tratado, salvo, naturalmente, aquellos en materia de derechos humanos, que constituyen un régimen distinto.

Ello implica, por otra parte, que los tratados internacionales no solo nunca pueden ser superiores a la Constitución, sino también que están sujetos a los controles constitucionales jurídicamente aplicables incluso por el juez de oficio, si lo considera necesario (inconstitucionalidad en caso concreto). Pero la extensión del precepto mencionado no se agota allí. La razón nos lleva a inferir que, si los tribunales ordinarios están obligados a observar lo anterior, con más razón lo estarán los magistrados del tribunal constitucional, quienes deben velar por la efectiva defensa de dicha primacía

[38] Como ordena, justamente, el artículo 175, párrafo segundo, de la Constitución, a tenor del cual las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

[39] Sobre esta materia se recomienda el estudio de las sentencias de la corte de constitucionalidad, contenidas en los expediente 280-90 (*Gaceta* n.º 18), 131-95 (*Gaceta* n.º 43) y 872-00 (*Gaceta* n.º 60).

en cualquier petición que algún interesado promueva, ya sea que se pretenda con efectos erga omnes cesar en sus efectos jurídicos una ley (inconstitucionalidad general o abstracta) o bien únicamente en determinado caso concreto (inconstitucionalidad por vía indirecta o en caso concreto). Por lo tanto, si se iniciase un proceso de inconstitucionalidad abstracta en contra de la ley que aprueba dicho tratado —la cual traslada los efectos jurídicos generales al orden interno y sobre la cual debe estar encaminada la acción—, la Corte de Constitucionalidad, en su condición de tribunal supremo de jurisdicción constitucional, sería la primera llamada a defender y observar el principio antes enunciado, e invariablemente a señalar la inconstitucionalidad en caso de que esta exista.

Para el jurista nacional Francisco Villagrán Kramer, el problema debe abordarse distinguiendo entre los conflictos que ponen de manifiesto la incongruencia entre la Constitución y un tratado cuando el tratado es *anterior* a la Constitución y cuando es *posterior* a ella. En el primer supuesto,

> […] la norma constitucional es la que no guarda congruencia con el tratado, por lo que la Corte, por sí misma no puede, dejar sin efecto la norma constitucional, toda vez que carece de esa potestad, más si puede, después de constatar la incongruencia normativa, hacer consideraciones en torno a la conveniencia de que el Presidente de la República o el Congreso examinen la necesidad de reformar la Constitución, a fin de suprimir la causa o razón del conflicto. En el caso de inconstitucionalidad de un tratado que es posterior a la Constitución, la Corte puede por un lado opinar, y por el otro constatar y declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del tratado, más no puede anularlo, y ello, por los efectos y consecuencias jurídicas que apareja la nulidad, y porque solo el Presidente de la República puede en Guatemala desligar al Estado de un tratado mediante su denuncia. La Corte puede, desde luego, apuntar el camino a seguir. En el ínterin, el Ejecutivo puede hacer saber al órgano encargado del depósito de ratificaciones y a las otras en el tratado que suspende por el término de tres meses, ya sea la disposición inconstitucional o todo el tratado, según el caso, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados que fuera ratificada por Guatemala, a fin de resolver si negocia la reforma del tratado o si lo denuncia.[40]

Conforme a lo expuesto y a efecto de esclarecer y replicar posteriormente lo apuntado, en primer lugar se debe encaminar enfáticamente el problema, siempre con relación a la ley que integra o incorpora al tratado internacional dentro del marco jurídico vigente en el orden interno, ya que en caso contrario —tal como concluye el citado autor— se estaría dotando a la Corte de Constitucionalidad de una potestad que no le atañe: la de anular o desligar al Estado de la vinculatoriedad del tratado en el plano

[40] Francisco Villagrán Kramer: *Derecho de los tratados*, Guatemala: S&G Editores, 2.ª ed., 1995, p. 2003.

internacional. Entendido esto, sin embargo, cabe objetar que, si se admite el poder y deber de la Corte de Constitucionalidad para declarar la inconstitucionalidad (o *inaplicabilidad,* en el término utilizado por el autor) de la ley que incorpora el tratado dentro del marco jurídico nacional, no puede considerarse útil ya —ni mucho menos válida— la distinción cronológica entre un tratado aprobado con anterioridad a la Constitución o bien con posterioridad a ella. En ambos supuestos, el parámetro de medición de su constitucionalidad será siempre la Constitución en vigor, y en consecuencia en ambos casos (y no solo con respecto a los tratados aprobados con posterioridad a la Constitución) la Corte de Constitucionalidad podrá declarar la inconstitucionalidad que —eso sí— solo en el plano del derecho interno provocará la cesación de efectos jurídicos de la ley que introduce en el marco jurídico vigente dicho tratado internacional.

Lo anterior requiere las siguientes consideraciones:

1. Las leyes aprobatorias de los tratados internacionales no dejan de ser disposiciones normativas con carácter general. Si ello es jurídicamente valido, también lo es que en virtud del principio de supremacía constitucional, recogido en la Constitución Política de la República (artículos 44, tercer párrafo, 175 y 204), todas las leyes deben sujeción a la normativa constitucional, y es por ello precisamente que el constituyente ha ordenado a todos tribunales de justicia que en toda resolución o sentencia observen obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece *sobre cualquier ley o tratado*. Por lo tanto, tan nulas ipso iure son las leyes que violan o tergiversan los mandatos constitucionales como las sentencias o resoluciones que, amedrentando la supremacía constitucional, otorguen primacía a lo establecido por un tratado.
2. En el supuesto de que exista contradicción entre lo preceptuado por un tratado internacional y lo enunciado por la normativa constitucional, si no se reconociese la supremacía de la segunda de estas sobre la primera, se estaría sustituyendo la voluntad del legislador constituyente y, a la postre, frente a una reforma o abrogación de las propias prescripciones constitucionales.
3. El tribunal constitucional (en el caso particular de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad), conociendo en su modalidad concentrada, está llamado por mandato constitucional a defender el orden constitucional. Es en esta dirección que se lo ha dotado del conocimiento y la resolución de las garantías necesarias para alcanzar semejante fin; entre ellas, la inconstitucionalidad de las leyes en forma general o abstracta: remedio preciso para poner freno y expulsar todas aquellas normativas jurídicas "aun los mismos tratados internacionales" que se atrevieran a ponerla en entredicho, al desbordar en sus contenidos las extensiones prescritas por las líneas matrices magnas o supremas.
4. Nada obsta, pues, para afirmar que, frente a un tratado internacional que se tiñe de inconstitucionalidad, jurídicamente (artículos 44 tercer párrafo, 175,

> 204 y 268 de la Constitución Política de la República y artículos 2, 4, 114, 115 y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) no queda otro remedio que su misma expulsión del ordenamiento jurídico a través del ejercicio de la garantía de la inconstitucionalidad general o abstracta, aunque los efectos de dicha declaratoria redunden ineludible y deshonrosamente en el ámbito del derecho internacional y de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Guatemala. Esto último será la paga por semejante atrevimiento, imprudencia y negligencia de los poderes constituidos responsables de la violación. Sin embargo, no significa que el tratado internacional, de conformidad con lo normado por el derecho internacional y las responsabilidades internacionales asumidas por el Estado de Guatemala, deje de ser válido y vinculante hacia este; o, peor aun, que dicha responsabilidad pudiese acusarse de inoperante. Al contrario, únicamente a través de los mecanismos de terminación de los tratados reconocidos internacionalmente —que el poder constituido competente se encontrará ahora obligado a gestionar— se podrá llegar al final del peregrinaje jurídico para su dimisión con carácter absoluto en el plano internacional.

Si lo anterior no es cierto, entonces los tratados internacionales importarían la pérdida de rigidez y fuerza normativa del precepto constitucional.[41] El legislador constituyente se habrá subrogado así del ejercicio soberano de sus funciones y, peor aún, el pueblo mismo hará sido absurdamente traicionado. La Constitución sería entonces, en definitiva, una ridícula y frustrada tentativa de limitar el ejercicio del poder público que a través de otros subterfugios es restringida.

4.2. La resolución del Tribunal Constitucional del 13 de agosto de 2003

Es así que finalmente se llega a la conclusión a la cual indirectamente ya ha arribado también la Corte de Constitucionalidad, conforme la resolución del 13 de agosto del año 2003.[42] La ley ordinaria que incorpora al derecho interno un tratado internacional puede y debe, si así se requiere, ser declarada inconstitucional.

Pero si se concluye que es válido el control constitucional de los tratados internacionales, a través de las leyes aprobatorias que lo incorporan al derecho interno, queda en pie la cuestión —que cada día cobra más efervescencia e indudablemente apareja una interminable discusión, matizada al rigor de dos puntos de vista ciertamente validos desde sus respectivas esferas (internacional y constitucional)— de la viabilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un tratado internacional *con posterioridad* a que esta ya haya sido incorporada válidamente

[41] Sobre todo considerando que, del análisis desprendido en los presentes párrafos, no parece esto haber sido la voluntad del constituyente. De haberlo sido, otras serían las normativas dispuestas; por lo que la soberanía, en dicho supuesto, sí podría virtualizarse desde una perspectiva distinta a la ahora abordada.

[42] Sentencia contenida en los expedientes acumulados 1555-2002 y 1808-2002 (*Gaceta* n.º 69).

al derecho interno estatal. Nos estamos refiriendo, pues, al control represivo de los tratados internacionales.

Aunque algunos respetados tratadistas promueven como solución únicamente el control *previo u oficioso* del máximo tribunal constitucional y entrarán en pánico ante la sola idea de admitir un posible control *represivo* de los tratados internacionales, ello, desde nuestra modesta apreciación, es burdamente insuficiente.[43] Si bien un control previo u oficioso[44] asegura que el tratado internacional no entre en vigor hasta que se asegure su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno "de forma y de fondo",[45] ¿qué pasaría si dicho tratado internacional, al haberse prolongado su vigencia, posteriormente entrase en conflicto con nuevas disposiciones constitucionales, distintas obviamente a las dispuestas en el momento de su suscripción? O bien, ¿qué solución se podría dar en el supuesto —extraño por cierto, pero no imposible— de que el Tribunal Constitucional cambiase determinada interpretación de las disposiciones constitucionales y considerara incompatibles con el tratado internacional algunas que en su jurisprudencia anterior consideró compatibles?

La pregunta en el fondo sigue siendo la misma, solo que ahora con un matiz distinto: ¿Puede declararse, en los supuestos antes mencionados, inconstitucional la ley que incorpora al derecho interno el tratado internacional cuando este ya se ha incorporado a aquel válidamente (control represivo o a *posteriori*)?

Para algunos (indudablemente en su mayoría internacionalistas) la respuesta es una categórica negativa. Ello debido a que, en estos últimos supuestos, la única solución posible debería ser, respectivamente: 1) reformar la Constitución (debido a que el constituyente debió haber advertido el compromiso internacional previamente adquirido

---

[43] Tal es el caso de Humberto Nogueira Alcalá, quien considera que, partiendo de una perspectiva de responsabilidad y coherencia del Estado de Derecho Constitucional y de los propios principios generales del derecho internacional, es obligatorio que los tratados solo puedan "tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas de derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de los tratados". Humberto Nogueira Alcalá: "La soberanía, las constituciones y los tratados internaciones en materia de derechos humanos: América latina y Chile", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, tomo II, México: Porrúa, 2003, p. 1842.

[44] Como es el caso del ordenamiento colombiano, donde el control de constitucionalidad de los tratados internacionales "*es posterior* en cuanto se trata de una ley que ya ha sido sancionada por el Presidente de la República, una vez agotado el trámite en el Congreso, pero es *previo* en cuanto el pronunciamiento de la Corte debe anteceder al perfeccionamiento del instrumento internacional, el cual no puede darse sin que exista el fallo de constitucionalidad correspondiente". Ernesto Rey Cantor: "Derecho procesal constitucional en Colombia", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, tomo II, México: Porrúa, 2003, tomo IV, p. 3006.

[45] En efecto, el examen es de forma, y opera en dos vías: a) en cuanto a la representación y competencia del Estado legalmente ejercida, y b) con relación al procedimiento seguido por el Congreso para la emisión de la ley (*interna corporis*). Y de fondo, en cuanto supone efectuar una comparación entre el ajuste que deben guardar las disposiciones del texto del tratado internacional y los preceptos constitucionales.

y la primacía del derecho internacional), o 2) interpretar las disposiciones del derecho interno de forma armónica, a tal grado que desapareciesen las incompatibilidades entre las disposiciones normativas en conflicto, o 3) simplemente no admitir de llano el control represivo de los tratados internacionales si están válidamente incorporados al derecho interno.

Sin embargo, ninguna de las respuestas anteriores satisface y todas parecen alejadas en cierta manera de la objetiva realidad. Indudablemente, la refutación requiere más precisión.

Permítase apuntar que el control de constitucionalidad automático, oficioso o previo de los tratados internacionales *no asegura en todos los casos* la compatibilidad de las disposiciones normativas contenidas en los tratados internacionales con respecto a las normas constitucionales establecidas. En consecuencia, debe ser admisible el control de constitucionalidad de los tratados internacionales no solo *antes* de que estos entren en vigor (*control preventivo*), sino incluso cuando, *ya* habiéndolo hecho, sobrevenga una causa que los haga inconstitucionales (*control represivo*). De aquí que no se permita afirmar con toda propiedad que el control previo de constitucionalidad de un tratado internacional sea la panacea para la eventual incompatibilidad de un tratado internacional con la normativa constitucional.

En este orden de ideas, y en estrecha relación con lo anterior, de forma obvia se deduce que la inconstitucionalidad de la ley que incorpora al derecho interno un tratado internacional no solo puede ser examinada en el momento previo a que esta incorpore al ordenamiento jurídico interno el tratado internacional, sino que dicho control debe persistir a través del tiempo, aun cuando el tratado ya esté en vigor en el plano del derecho internacional.

Para dar cierre a estas líneas, y como corolario inexorable de todo lo expuesto, resulta adecuado traer a colación los expedientes acumulados 12-2004 y 213-2004 proferidos por la Corte de Constitucionalidad, en virtud de los cuales se admitió la procedencia de un control constitucional represivo de los tratados internacionales y se declaró "inconstitucionales, con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala" cierta dicción y algunos incisos contenidos en los artículos 2 y 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, complementando así la jurisprudencia anterior en esta materia.[46]

[46] Véanse en este sentido las sentencias de la Corte de Constitucionalidad contenidas en los expedientes acumulados 147-90 y 67-90, como asimismo la del expediente 320-90. De la *ratio decidendi* de dicho fallo se extrae el siguiente razonamiento: "Los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala forman parte de su ordenamiento jurídico, sujetos al principio de supremacía constitucional y, por lo mismo, susceptibles del control de constitucionalidad de las normas. Estas afirmaciones aplican respecto de los instrumentos y normas internacionales que Guatemala ha aceptado, salvo lo referente a las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos, que por virtud de los artículos 44, 46 y 149 constitucionales presentan algunas especificidades e implicaciones distintas. De esa cuenta, los instrumentos internacionales convencionales que Guatemala ha aceptado y ratificado, que no regulan materias de derechos humanos, y que puedan presentar alguna incompatibilidad con la Constitución, es pertinente expresar que si bien están sujetos al control de constitucionalidad de las normas, la declaratoria que en tal sentido pueda emitir esta Corte carece de efectos modificatorios o derogatorios del tratado o convenio de que se trate, en el ámbito del Derecho Internacional, pero tiene plenos efectos *erga omnes* respecto del Derecho

Con relación al juicio emitido, el entonces magistrado Mario Guillermo Ruiz Wong, con voto disidente, se opuso fervientemente a dicha resolución, de manera tal que conjuga —desde nuestra particular óptica—, si no todos, al menos la mayoría de los argumentos señalados por la doctrina respecto a la no admisibilidad o procedencia de un control constitucional *represivo* de tratados internacionales. El citado jurista sostiene las siguientes argumentaciones:

1. "Una norma internacional, una vez incorporada válidamente al derecho interno, no puede ser objeto del control represivo de constitucionalidad de las leyes, sin incurrirse en una violación de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados […]. En un régimen como el que se propone en el artículo 149 constitucional encaminado sobre la perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional, y los principios generales del Derecho Internacional, se exige que los tratados solo pueden tener control de constitucionalidad de sus preceptos, en el proceso de su incorporación al derecho interno, quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas de derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno; de manera que no entenderlo así implicaría vulnerar consciente y de mala fe el principio del derecho internacional válidamente incorporado".
2. "El Estado de Guatemala, libremente, en cada una de las etapas de creación del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias Políticas, pudo decidir el suscribirlo o no, o bien el advertir en él contravención a normas de la Constitución Política vigente y formular reservas respecto de la normativa infractora del texto constitucional; y al no haberse realizado reserva alguna e incorporado al ordenamiento jurídico interno dicho tratado por aprobación por parte del Organismo Legislativo y ratificación por el Organismo Ejecutivo, ahora el Estado de Guatemala no podría declarar la inconstitucionalidad de normas de un tratado internacional […] ya que de hacerlo de esa manera, tal actitud implica una marcada violación de los artículos 26 y 27 de la citada Convención, lo cual genera responsabilidad internacional para el Estado de Guatemala".
3. En la sentencia se considera que los tratados internacionales están sujetos al control abstracto de constitucionalidad. Por ello, en caso de que "una regulación de carácter internacional —convencional— aceptada y ratificada por Guatemala, sea declarada inconstitucional por esta Corte, no podrá ser aplicada o invocada dentro del Estado ni por él mismo o sus funcionarios y habitantes". Sin embargo, "[…] tal argumento carece absolutamente de

Interno, por lo que, en caso una regulación de carácter internacional —convencional—, aceptada y ratificada por Guatemala, sea declarada inconstitucional por esta Corte, no podrá ser aplicada o invocada dentro del Estado ni por el mismo o sus funcionarios y habitantes, circunstancia que no afecta su validez en el ámbito internacional ni los efectos e implicaciones que ello conlleve en esa competencia".

sustentación jurídica y no se adecua a los dictados del Derecho Internacional ni del Derecho Constitucional guatemalteco; sobre todo si se toma en cuenta que el artículo 149 de la Constitución Política de la República reconoce la validez de todos aquellos principios, reglas y prácticas de Derecho Internacional. La consideración que contiene la sentencia, no solo es violatoria del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados […] sino además es contradictoria de la propia jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad […]".[47]

4. "Para el caso que existiera un eventual conflicto de aplicación o validez entre normas de un tratado internacional con normas del ordenamiento jurídico interno, se deben respetar los principios imperativos del Derecho Internacional *pacta sunt servanda* y *bonna fide* que exigen cumplir de buena fe aquellas obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Tal aspecto lo determina la denominada 'doctrina de los actos propios', de observancia obligatoria en el Derecho Internacional, que invalida toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente en el ámbito de este Derecho; *de manera que mientras* no se haya obtenido la nulidad por vía del artículo 46 de la, Convención de Viena, *o no se haya procedido a la denuncia del tratado por la vía internacional* y este deje de ser aplicable al Estado parte, *este último estará obligado a su cumplimiento,* y las normas del tratado no pueden dejar de ser aplicadas por los órganos del Estado, como una lógica consecuencia de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la citada Convención". Propone finalmente que "[…] una vez se ha advertido transgresión constitucional en normas de un tratado internacional, *una perspectiva honesta y respetable de un Estado que ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, sería la de denunciar el tratado mismo,* asumiendo todos los costos políticos, económicos y sociales que ello impone, y no declarar su inconstitucionalidad como se hizo en la sentencia de la que razono mi voto disidente".[48]

Antes de intentar dilucidar los raciocinios argüidos, se debe dejar constancia de la amplitud de los párrafos sustraídos por razones de espacio.

El ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad, en su voto disidente, admite la procedencia del control constitucional de los tratados internacionales *antes de que estos se incorporen* al ordenamiento jurídico interno. Sobre ello ya hemos dicho que no cabe la menor duda. Sin embargo, el estudio toral de la problemática surge ahora respecto a la posible inhibición de un control constitucional *posterior* a su incorporación

[47] Ya antes, en la sentencia contenida en el expediente 320-90 (*Gaceta* n.º 19), la Corte de Constitucionalidad había sostenido: "[…] un Estado no puede oponer su legislación interna para incumplir sus obligaciones internacionales válidamente contraídas, situación reconocida en el artículo 149 de la Constitución Política, el caso de infracción a las normas Convencionales de Derecho Internacional Público tiene sus propios mecanismos de reparación, siendo titularidad del reclamo de los Estados partes y ante las instancias apropiadas".

[48] Cursivas añadidas.

valida en el derecho interno. Entender que se puede realizar un control constitucional posterior implica vulnerar conscientemente el principio de buena fe y la regla *pacta sunt servanda*, lo cual será en algunos casos plenamente valido en el ámbito del derecho internacional, mas no así en la esfera del derecho estatal (léase constitucional). El intérprete se coloca así en una confrontación entre dos órdenes jurídicos distintos, los cuales, al no ser factible su íntegra armonía, naturalmente constriñen a la preferencia de uno por sobre el otro.[49]

Sin hipérbole cabe destacar que, en todo caso, lo que se declara inconstitucional es la ley aprobatoria del tratado internacional, nunca el propio tratado. Esto apareja que el Estado permanezca sujeto en un plano internacional hasta tanto no se le ponga fin por las vías admitidas en el derecho internacional. De ahí que la declaratoria de nulidad de la ley aprobatoria no afecte necesariamente al tratado.

No obstante, el citado ex magistrado admite que el Estado denuncie el tratado internacional, y debemos enfatizar que, precisamente, denunciar el tratado internacional será generalmente[50] la natural consecuencia que suceda a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado. Por ello, es "honesto y respetable" (en términos del ex magistrado, para nosotros "legal y justo") admitir, por estas y las razones ya apuntadas, el control *represivo* de los tratados internacionales. Nunca anulándolos directamente, sino a la ley que los incorpora, y, en consecuencia, produciendo tras su denuncia la cesación de sus efectos, válidamente desde el punto de vista del derecho internacional.

Sin embargo, sería torpe y miope de nuestra parte excluir, con estas justificaciones, la responsabilidad internacional que el Estado en estos casos deba asumir.

Regresando a la sentencia que hemos puesto por ejemplo, póngase énfasis en el hecho de que únicamente fueron *dos* las normas internacionales declaradas inconstitucionales. Estas, por su número, no provocaban la inoperatividad o imposibilidad del cumplimiento total del tratado, razón por la cual no dieron mérito a declararlo inconstitucional.

En cambio, cuando los preceptos de dichos instrumentos internacionales íntegramente confrontan el orden constitucional, ¿opera la inconstitucionalidad de la misma forma? En otras palabras y aplicándolo al caso objeto de estudio: ¿Fue válida la actuación de la Corte de Constitucionalidad al percatarse de la existencia únicamente de un vicio de fondo *parcial* y así declararlo (parcialmente inconstitucional)?

En definitiva, no, pero no por las razones aducidas por el ex magistrado Ruiz Wong. A nuestro juicio, el proceder de la Corte de Constitucionalidad no fue el correcto debido a que la declaratoria de inconstitucionalidad nunca estuvo referida al decreto —ley aprobatoria— que incorporó el tratado al orden interno. La Corte, por ende,

[49] En el caso de Guatemala, el choque se materializa en el propio seno de la normativa suprema, no solo al suponer en rigor la sobreposición de la supremacía de su articulado frente a la regla general de respeto al derecho internacional, sino también la posible derogatividad *ilegítima e ilegal* de su propio articulado, en caso de que se prefiera o se quiera estar a lo previsto por la norma convencional contraria al orden constitucional.

[50] Podría también reformar su Constitución.

no declaró inconstitucional dicho decreto *sino el tratado mismo,* si bien "con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala". Existió, pues, confusión entre lo que ya antes se ha denominado *acto aprobatorio* —ley o decreto— y el *acto aprobado* —tratado—. Pese a que la Corte de Constitucionalidad admitió que los efectos de dicha declaratoria (anulabilidad) no se aplicarían sino estrictamente al orden jurídico interno, al no referirse a la ley aprobatoria del tratado careció de una conexión lógica y jurídica que sustentase su inconstitucionalidad —con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala— del propio tratado internacional.

Como se ha venido recalcando, *lo que se puede controlar por vía de la inconstitucionalidad es el acto aprobatorio, no el acto aprobado*. Lo que la Corte de Constitucionalidad provocó, en realidad, fue una denuncia parcial (*de hecho*) del tratado internacional, cuestión que es imposible justificar desde un punto de vista internacional y aun desde la óptica del derecho constitucional. En todo caso, conviene preguntarse cuál fue la justificación que encauzó el actuar de la Corte de Constitucionalidad. Y aunque humanamente es imposible desentrañar un raciocinio que se desconoce, nos atrevemos a realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe recordarse que la ley o el decreto incorporan al orden interno el tratado internacional *de forma íntegra,* sin deslindar a través de un articulado específico cada una de las normas convencionales. Por ello, cuando solo unas cuantas de esas normas chocan con la normativa constitucional, parece difuminarse o ponerse en entredicho la viabilidad de declarar su inconstitucionalidad parcial. De ahí que algunos estimen que el procedimiento debería ser declarar la inconstitucionalidad total del decreto o la ley aprobatoria. Y posteriormente, o bien que la magistratura constitucional señale al poder constituido competente las normas inconstitucionales para que este proceda a su denuncia parcial (siempre que ello sea posible),[51] o bien que se reforme la Constitución para que guarde armonía con la disposición internacional, o bien, en última caso, que se realice la denuncia total del tratado internacional.

El primer supuesto —la denuncia parcial— constituiría, según el derecho de los tratados, una excepción a la regla general, por cuanto un Estado queda siempre obligado y facultado, en principio, a denunciar la totalidad del tratado internacional.[52] De ahí que no parezca la salida más idónea, ya que en la mayoría de los casos, a costa de unas cuantas normas internacionales teñidas de inconstitucionales, se estaría sacrificando el resto de la preceptiva internacional. Además, aun en el supuesto muy lejano de que se pudiese proceder a su denuncia parcial, al ya haberse declarado inconstitucional *totalmente* el decreto que incorpora el tratado al orden interno, ¿cuál podría ser la senda legal para incorporarlo nuevamente? ¿Emitirse un nuevo decreto? ¿Emitirse una nueva sentencia que aclare el panorama? Ninguna parece ser la salida correcta.

Supongamos ahora que la magistratura declarase inconstitucional todo el decreto en mención y se propusiese una reforma a la Constitución. El problema radica aquí en

[51] De conformidad con el artículo 44.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

[52] Procede únicamente cuando las partes así lo hayan dispuesto o el tratado lo permita (artículo 44.1. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

que, aunque dicha reforma se promueva, ello no asegura que será aprobada o uniforme en cuanto al criterio esgrimido. Y aun si lo fuera, en el ínterin (que seguramente no será corto) el tratado internacional conservaría sus efectos jurídicos en el ámbito internacional pero carecería de ellos en el ámbito nacional. Por lo tanto, el remedio no es seguro ni, mucho menos, eficiente.

En la última de las hipótesis, si se declarara inconstitucional totalmente la ley aprobatoria del tratado internacional por unas cuantas normas internacionales que choquen con la normativa constitucional y se debiese denunciar totalmente el tratado —ya que, como se ha dicho, en la mayoría de casos no será admitida la denuncia parcial—, se estaría a la postre, al igual que en el primer supuesto, sacrificando el contenido íntegro de las disposiciones internacionales por unas cuantas normas que a menudo no serán trascendentes en relación con la importancia del tratado en general. Esta última solución, entonces, tampoco parece la más correcta.

Lo más apropiado parecería ser —considerando el carácter *sui generis* del decreto o ley relacionado— la declaratoria de inconstitucionalidad parcial, respecto al artículo específico mediante el cual se dinamiza la incorporación del instrumento internacional al orden estatal. En este caso, la magistratura constitucional debería hacer la salvedad de que todos los artículos aprobados son constitucionalmente válidos, excepto aquellos enunciados al efecto. Esta sería la interpretación a imponer, pero huelga decir que únicamente sería aplicable cuando existiese una inconstitucionalidad parcial del tratado internacional.[53] Así, el tratado sería únicamente inaplicable en el territorio nacional, en orden a aquellas normas que adolecieran de inconstitucionalidad, pero perviviría conforme a las reglas del derecho internacional. Se evitarían así, a nuestro parecer, los males señalados en los supuestos anteriores.

5. Nuestra perspectiva final

Podemos ahora sostener con toda propiedad que —contrario al actuar de la Corte de Constitucionalidad recién expuesto— es solo la ley que aprueba un tratado internacional la que puede y debe ser declarada inconstitucional, tanto si las contradicciones se hubiesen presentado *previa* como *posteriormente* a que aquel haya sido incorporado al orden interno, sea por vicios de *fondo* o de *forma*. La declaración puede ser total o parcial. En el primer caso, el Estado deberá dar fin al tratado internacional por las vías internacionales legalmente reconocidas,[54] sin que la declaratoria redunde en el ámbito de las obligaciones internacionales, y asumiendo el Estado la responsabilidad

[53] No obstante, como se ha dicho, si la inconstitucionalidad parcial se basara en disposiciones del tratado internacional que lo hiciesen inoperable, inútil o vacío de realidad, entonces lo más apropiado sería declarar inconstitucional, de forma total, el decreto o la ley que lo aprueba e incorpora al orden nacional.

[54] En rigor de verdad, es también válido considerar la posibilidad para el Estado de cambiar y adecuar su ordenamiento de modo de no registrar ninguna incompatibilidad. No parece, al contrario, lo más apto considerar que la magistratura constitucional emitiese interpretaciones que armonizarán los choques existentes. Ello sería un paliativo que únicamente disfrazará con

internacional que conllevaría dicho actuar. En caso de que la inconstitucionalidad fuese parcial, la ley aprobatoria se puede declarar inconstitucional pero únicamente de forma parcial, y la magistratura constitucional debe imponer la final interpretación respecto a aquella normativa. Advirtamos que en ambos casos, conforme a la dinámica antes expuesta, el hecho de habilitar al tribunal constitucional el control constitucional de los tratados internacionales —salvo la excepción hecha en materia de derechos humanos— no equivale a un poder omnímodo, sino a una función muy delicada que requiere las más prudente mesura en su ejercicio. La magistratura no debe estar alejada de esta realidad, sino ser consciente de que sobre sus hombros no solo pesa el afán de justicia, sino también el compromiso internacional que inexorablemente deberá asumir el Estado como corolario a su operar.

Por otra parte, aunque ciertas doctrinas del derecho internacional (verbigracia, la doctrina de los actos propios) tengan plena validez en el orden externo, en muchos casos no hacen sino mancillar las reglas matrices constitucionales. Nos oponemos a ello, no porque en todos los casos sean erróneas, sino porque las perspectivas e interpretaciones no han sido las adecuadas. He aquí el trabajo del jurista, he aquí el advenimiento de una deuda y un compromiso, pero no simplemente con la patria, sino principalmente con el raciocinio y la justicia.

cierta estética lo disconforme, generando, en el mayor de los casos, una serie de contradicciones e incoherencias que engarzarían en inseguridad jurídica.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 71-81, ISSN 1510-4974

Matthias Herdegen (Alemania)*

La internacionalización del orden constitucional**

RESUMEN

El impacto de principios del derecho internacional público sobre el orden constitucional es un importante fenómeno del constitucionalismo moderno. El proceso de internacionalización del orden constitucional se alimenta esencialmente de tres fuentes: los derechos humanos, los estándares democráticos y los principios del derecho internacional económico. La absorción de parámetros internacionales por la normatividad constitucional depende de la receptividad de las leyes fundamentales y de la interpretación constitucional para tal proceso. Sería inadecuado considerar esta internacionalización solo como amenaza para la autonomía constitucional de los estados. Más bien, la orientación hacia estándares internacionales facilita la capacidad de reacción de los estados a novedosos desafíos mediante la cooperación internacional y fomenta la legitimidad del Estado a través de los valores esenciales que fundamentan la comunidad internacional en derecho. La normatividad internacional incorporada al orden constitucional contribuye a la realización de *good governance.*

Palabras clave: **derechos humanos, derecho internacional económico, Estado democrático de derecho, ordenamiento jurídico nacional, derecho internacional, tribunales constitucionales, Alemania, América Latina.**

ZUSAMMENFASSUNG

Der Einfluss der Prinzipien des Völkerrechtsechts auf die Verfassungsordnung ist ein wichtiges Phänomen der modernen Verfassungsstaatlichkeit. Der Prozess der Internationalisierung der Verfassungsordnung speist sich im Wesentlichen aus drei Quellen: Menschenrechte, demokratische Standards und die Prinzipien des internationalen Wirtschaftsrechts. Dabei hängt die Aufnahme internationaler Parameter in die Verfassungsnormativität von der Rezeptivität der grundlegenden Gesetze und der Auslegung der Verfassung hinsichtlich dieses Vorgangs ab. Es wäre unangemessen, die Internationalisierung ausschließlich als eine Bedrohung für die verfassungsmäßige Eigenständigkeit der Staaten zu begreifen. Die Ausrichtung auf internationale Standards stärkt vielmehr die Fähigkeit der Staaten, über die internationale Kooperation auf

---

* Director del Instituto de Derecho internacional y del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor honorario de la Pontificia Universidad Javeriana y del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia). Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. ‹luisfever@gmail.com›

**Traducción de Luis Felipe Vergara Peña.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

neuartige Herausforderungen zu reagieren, und fördert die Legitimität des Staates mit Hilfe der wesentlichen Werte, die der internationalen Gemeinschaft als Grundlage dienen. Die in die Verfassungsordnung übernommene internationale Normativität trägt zur Umsetzung der *good governance* bei.

Schlagwörter: Menschenrechte, Internationales Wirtschaftsrecht, demokratischer Rechtsstaat, nationale Rechtsordnung, Völkerrecht, Verfassungsgerichte, Deutschland, Lateinamerika.

ABSTRACT

The impact of the principles of international public law on constitutional order is a significant phenomenon of modern constitutionalism. The internationalization process of constitutional order is essentially fueled by: human rights, democratic standards and the principles of economic international law. The absorption of international standards by constitutional rules depends on the receptivity of fundamental laws and the constitutional interpretation of this process. It would be inappropriate to consider this internationalization only as a threat to the constitutional autonomy of states. Rather, the orientation towards international standards facilitates the states' ability to react to novel challenges through international cooperation, and promotes the legitimacy of the state through the essential values underlying the international legal community. International legislation incorporated into the constitutional order contributes to good governance.

Keywords: human rights, international economic law; democratic rule of law, national legal order, international law, constitutional courts, Germany, Latin America.

1. La influencia de los estándares internacionales en el orden constitucional

Hace mucho tiempo que podemos dar cuenta de cierto proceso de sedimentación dentro del Estado de derecho moderno. Nos referimos a la llamada *constitucionalización del orden jurídico,* entendida como la penetración de contenidos constitucionales en el derecho ordinario. En la actualidad experimentamos, tanto en América Latina como en el Viejo Continente, otro proceso de sedimentación que rebasa sus propias fronteras, a través del cual los estándares provenientes del exterior influyen sobre el orden constitucional. Aquí se presenta la Constitución como objeto de influencia de tales estándares externos. Por otro lado, la Ley Constitucional se presenta como sujeto activo que se abre hacia el exterior para así acoplarse con los estándares de derecho internacional.

De esta manera experimentamos cómo los estándares universales y regionales vigentes influyen de manera diversa sobre el ordenamiento constitucional de los diferentes países. De vez en cuando, el viento de cambio que sopla desde el exterior pone en movimiento posiciones fundamentales de la estatalidad constitucional.

Una mirada general a los más recientes desarrollos pone en claro que ante todo son tres fuerzas del Estado y de la Constitución las que urgen una apertura hacia los estándares internacionales:

- la protección de los derechos humanos,
- el aseguramiento de estándares democráticos y
- los principios jurídicos del orden económico internacional.

Estos estándares internacionales aseguran en su núcleo los elementos esenciales de aquello que en la actualidad denominamos *good governance*.

Las influencias normativas externas sobre las estructuras constitucionales individuales son diversas. Los nuevos desarrollos sobre derechos humanos no solo obligan continuamente a ajustar el derecho ordinario, sino también el derecho constitucional. La crisis actual en Honduras muestra cómo pueden entrelazarse los estándares de derecho internacional y constitucional, y cómo los órganos constitucionales compiten con gremios internacionales por ser los máximos intérpretes de determinados acontecimientos.

En el marco de la relación del ordenamiento constitucional con estándares internacionales se ponderan a menudo intereses de forma diferente, lo cual puede generar tensiones. Un tipo de constitución y una interpretación constitucional elástica, que dotan de permeabilidad al orden jurídico fundamental en pro de los estándares internacionales, tienen mejor capacidad de respuesta frente a estas tensiones.

De otro lado, la Constitución y los estándares de derecho internacional se relacionan a menudo de manera simbiótica. Los derechos humanos fortalecen la protección de los derechos fundamentales en el orden interno. No obstante, también aquí, en el marco de relaciones multipolares, pueden producirse tensiones con el orden nacional de los derechos fundamentales. Los casos de protección de la esfera privada contra intromisiones de terceros o aquellos casos relacionados con la protección de la vida del embrión pueden dar lugar a ponderaciones divergentes de los respectivos intereses individuales.

Estos estándares internacionales apuntan a la conformación de un orden jurídico comprometido con la dignidad y la libertad de la persona, así como con el bienestar de las naciones.

2. La recepción de los principios de derecho internacional en el orden interno

En las últimas décadas se ha manifestado una tendencia de adopción de principios del ordenamiento de derecho internacional en las propias constituciones, o al menos una tendencia a vincular de modo más fuerte el derecho nacional con los estándares internacionales. Muchas constituciones modernas han incorporado reglas del derecho internacional en el orden jurídico interno. La Ley Fundamental Alemana reconoce la preeminencia de "reglas generales del derecho internacional" sobre las leyes ordinarias federales, y a partir de allí derivan inmediatamente derechos y obligaciones del individuo (artículo 25 de la Ley Fundamental Alemana).

Una especial receptividad puede advertirse respecto del núcleo de la costumbre internacional, conformado por las reglas de derecho internacional obligatorio

(*ius cogens*) y los principios básicos constituyentes de la comunidad internacional —como los derechos fundamentales, la prohibición de genocidio o el derecho de autodeterminación de los pueblos—.[1, 2] La revisada Constitución Federal de la Confederación Suiza de 1999 condiciona incluso los cambios constitucionales al respeto del derecho internacional obligatorio.[3] En Alemania, la Ley Fundamental profesa el carácter inviolable e inalienable de los derechos humanos como fundamento de la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo (artículo 1.2). Por mucho tiempo esta cláusula fue interpretada como mera declaración programática,[4] pero actualmente se impone otro punto de vista, según el cual este reconocimiento incorpora el núcleo de derechos fundamentales del orden de derecho internacional en el derecho nacional y lo dota de rango constitucional.[5] Asimismo, la jurisprudencia reciente ha adoptado esta tesis de incorporación que hemos desarrollado.[6]

Las altas cortes de carácter nacional —por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia— cuentan el derecho internacional humanitario como parte de su orden constitucional (bloque de constitucionalidad)[7] y, con ello, hacen de las reglas internacionales una medida para la legislación y en general para la acción estatal. Esta jurisprudencia se asegura de que el Estado, al combatir amenazas internas, se mantenga dentro de los límites del derecho humanitario. El Estado conserva así, en su lucha contra grupos al margen de la ley, su legitimidad interna y externa.

En muchos o quizás en la mayoría de los países del mundo los tratados de derecho internacional adquieren validez interna a través de su ratificación. Sin embargo y desde siempre, la jurisprudencia alemana ha exigido interpretar, en lo posible, el derecho interno en consonancia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con su correspondiente interpretación por la Corte Europea de Derechos Humanos.[8] Esto es válido para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales en el orden interno, así como los principios básicos establecidos en la Ley Fundamental.[9] De esta manera el Convenio Europeo de Derechos Humanos actúa como directriz de interpretación respecto a los contenidos del orden constitucional. Ello significa que los jueces deben interpretar el derecho interno de conformidad con la Constitución,

---

1 Stefan Kadelbach: *Zwingendes Völkerrecht*. Duncker & Humblot, 1992.

2 Véase al respecto el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

3 Vénase al respecto los artículos 193 y 194 de la Constitución suiza.

4 Horst Dreier: "Comentario al Art. 1, Inc. 2, Rn. 11, de la Ley Fundamental", en Horst Dreier (ed.): *Grundgesetz Comentar*, Beck, 2008.

5 Matthias Herdegen: "Comentario al Art. 1, Inc. 2, Rn. 36 ss.", en Maunz y Dürig (eds.): *Kommentar zum Grundgesetz*. Beck, 2009, pp. 19 ss.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 112, 1 (27).

7 Corte Constitucional de Colombia, C-225, 1995.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 78, 354 (358) (370).

9 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 74, 358 (370).

siempre y cuando esto sea metodológicamente posible.[10] Este mandato se hace extensivo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como puede observarse, este modelo, que parte del dualismo entre derecho internacional y derecho constitucional, termina por aproximarse al postulado de primacía de protección de los derechos humanos consagrados en convenciones internacionales.

En muchos países iberoamericanos, la Constitución concede a los tratados internacionales de derechos humanos validez privilegiada en el orden jurídico interno.[11] En este proceso de internacionalización del orden constitucional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha llegado muy lejos al otorgar a los derechos proclamados en la Convención Americana rango supraconstitucional.[12]

3. Estándares de derechos humanos

Las decisiones de las cortes de derechos humanos intervienen de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho nacional. Con fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que ciertas disposiciones constitucionales son violatorias de la Convención.[13] Más aún, la Corte Interamericana ha declarado nulas sentencias de tribunales penales nacionales por violación a las normas del debido proceso y ha despojado ciertas leyes de su vigencia en el orden interno.[14] Aquí se nos revela cierta comprensión monista de la relación entre derecho interno y derecho internacional.

Del mismo modo, la espléndida arquitectura barroca del ordenamiento alemán sobre derechos fundamentales, que quizás sea el bien de exportación más exitoso de la cultura jurídica alemana, está sujeta a los efectos de la Convención Europea y a la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Así pues, el orden constitucional alemán ha tenido que acomodarse a las exigencias de esta Corte en materia de protección (hasta ahora poco desarrollada) de la esfera privada frente a la libertad de prensa. En el caso *Carolina de Hannover contra la República Federal Alemana* entran claramente en conflicto diferentes formas de ponderar la libertad de prensa con la esfera privada. La princesa Carolina de Hannover reclamaba, ante tribunales civiles y posteriormente ante el Tribunal Constitucional alemán, protección

---

[10] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 111, 307 (329).

[11] Véanse al respecto el artículo 46 de la Constitución de Guatemala (supremacía de los tratados de derechos humanos frente al derecho interno); el artículo 11.1.3 de la Constitución de Ecuador (efecto inmediato de las garantías en tratados de derechos humanos); el artículo 424.2 (supremacía) y el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 10.2 de la Constitución española (interpretación de los derechos fundamentales en consonancia con los tratados de derechos humanos).

[12] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentencia 3435, del 11 de noviembre de 1992.

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bustos et al. / Chile,* 5 de febrero de 2001, serie C 73.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chumbipuma Aguillera / Perú*, 30 de noviembre del 2001, serie 87 (International Legal Materials) 41 (2002), pp. 93 ss.

contra continuas intromisiones en su vida privada que, según ella, la perjudicaban. El Tribunal Constitucional concedió en este conflicto una posición privilegiada a la libertad de prensa, en razón de cierto interés público legítimo alrededor de la vida privada de la princesa.[15] La ponderación de la Corte Europea de Derechos Humanos es, sin embargo, muy diferente. Esta observó en las decisiones de los tribunales alemanes una violación del derecho a la vida privada conforme con el artículo 8 de la CEDH, debido a que las informaciones divulgadas en los medios sobre la princesa no se refieren a su rol político o a otro tipo de cuestiones que pudieran generar un interés de la misma índole.[16] Finalmente, muchos procesos ante juzgados civiles y penales, y también ante el Tribunal Constitucional, cuya duración se remonta a años o incluso décadas, han entrado en colisión con la cláusula del derecho a un debido y expedito proceso conforme con el artículo 6 de la CEDH.[17]

Las obligaciones de protección del Estado que impone el derecho internacional son un importante instrumento de mutua aproximación entre el derecho y la realidad jurídica. Tal como lo enfatiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no basta que los Estados proclamen normas para la protección de ciertos bienes jurídicos como la vida. Dichas normas jurídicas deben implementarse también de modo efectivo. Bastante explicativo es el caso proveniente de Turquía, relativo a una mujer que, tras solicitar en vano protección estatal frente a ataques violentos, terminó por perder la vida ante la completa inactividad de los agentes estatales. El Estado de Turquía no pudo alegar aquí el cumplimiento del mandato de protección de la vida (artículo 2 CEDH) a través de la mera existencia de sanciones penales, ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos exige una protección efectiva de la vida en la realidad jurídica concreta.[18]

En Latinoamérica, la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de la interpretación de la Corte Interamericana, tiene mayor injerencia sobre los fundamentos del orden jurídico interno. Un ejemplo actual se ofrece en los casos de protección a la propiedad de las comunidades indígenas o de las comunidades étnicas equiparables sobre sus asentamientos originales, cuyo aprovechamiento es la base de su existencia económica y de su identidad cultural.[19]

Con fundamento en esta idea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha extendido la protección de este derecho de propiedad a los recursos naturales de

---

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 101, 361 (regla 4).

[16] Véase al respecto, en referencia a la relación libertad de prensa y protección a la esfera privada, el caso *Carolina de Hannover / República Federal de Alemania,* en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW),* 2004, pp. 2647 ss.

[17] Corte Europa de Derechos Humanos, caso *Probstmeier ./ Deutschland,* RJD 19-IV, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ),* 1997, p. 405; véase también EGMR, *Voggenreiter ./ Deutschland,* en *EuGRZ,* 2004, p. 150.

[18] Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Opuz v. Turkey,* n.º 33401/02, 9 de junio de 2009.

[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni / Nicaragua*, 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79, § 149.

tradicional explotación que sirven de base para perpetuar la forma de vida tradicional de tales comunidades indígenas o comunidades étnicas equiparables.[20]

A partir de la garantía de propiedad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido condiciones concretas a la explotación de recursos naturales por terceros, a saber: 1) la participación de las comunidades afectadas en la toma de decisiones sobre la explotación de recursos; 2) la participación en los beneficios económicos obtenidos, y 3) el requerimiento de estudios de impacto ecológico y social.[21] Estas condiciones son de trascendental importancia para la explotación de recursos naturales; por ejemplo, en la minería, en la construcción de represas o en el tendido de oleoductos.

4. Estándares democráticos

Los estados participantes en la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) reconocen en la Carta de París, de 1991, la existencia de un núcleo de principios del orden estatal, a saber: los derechos humanos y las libertades fundamentales, el principio de Estado de derecho y el principio de pluralismo.[22] Estos estados reconocen, junto con este núcleo, el principio de solidaridad respecto de gobiernos legítimamente elegidos en los casos de derrocamiento por vías no democráticas.[23]

Conforme con el artículo 9 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Asamblea General de la OEA puede suspender los derechos de participación de los estados miembros, cuando su gobierno configurado democráticamente es depuesto de manera violenta. La Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General de la OEA en el 2001, prevé la suspensión de derechos de participación, cuando en un estado miembro acontece una ruptura del orden democrático (artículo 21).

En el año 2009, tras el derrocamiento del presidente elegido y su deportación forzosa a otro país, la Asamblea General de la OEA suspendió los derechos de participación de Honduras. El caso es bastante complejo: el presidente había perdido su investidura por haber buscado la reelección contrariando una prohibición absoluta de la Constitución de su país, que tiene el carácter de cláusula pétrea. Tanto el Congreso como el más alto tribunal de Honduras se pronunciaron en favor de la pérdida del cargo correspondiente y de la elección de un nuevo presidente por el Congreso. Estas decisiones se basaron en supuestos y en un procedimiento dudoso desde la perspectiva del principio de Estado de derecho. De todas maneras, el caso muestra el modo y la fuerza con que las normas de derecho internacional y de derecho constitucional se encuentran actualmente entrelazadas. También revela el modo como los órganos

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Saramaka / Surinam*, 28 de noviembre de 2007, serie C, n.º 172, § 122.

[21] Ibídem, § 129 ss.

[22] Bull. BReg. 1990, n.º 137, p. 1409; *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ),* 1990, p. 517.

[23] Conferencia sobre la dimensión humana de la Conferencia sobre Seguridad y la Cooperación de 1991, Encuentro de Moscú, documento, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ),* 1991, p. 495.

estatales tienen que compartir con instancias internacionales sus prerrogativas de interpretación relativas a la evaluación de hechos controvertidos.

La importancia y el sentido de la cuestión de una prioridad entre principio democrático o principio de Estado de derecho es discutible, por cuanto las estructuras democráticas y del Estado de derecho se condicionan mutuamente a partir de cierto nivel de desarrollo económico y de protección de los derechos humanos. Al respecto resulta característico el hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos se remita a la perspectiva de una *sociedad democrática* cuando se trata de justificar ciertos ataques en los derechos y libertades por él protegidos.[24] Por lo demás, la experiencia muestra que un orden democrático estable depende siempre de un mínimo nivel de Estado de derecho y de pluralismo.

Corrientes en el mundo occidental urgen una democratización de ciertos países, sin poner atención en la necesidad de crear condiciones suficientes y adicionales para un Estado de derecho y un pluralismo sostenible. Algunas voces provenientes de la ciencia política norteamericana advierten sobre los riesgos de las llamadas *democracias no liberales,* esto es, democracias basadas en la pura ley de mayorías, sin garantías confiables de pluralismo y derechos de minorías, y sin condiciones materiales de una democracia funcional.[25] Con razón, la Corte de Estrasburgo ha recordado que, de acuerdo con una comprensión moderna de los derechos humanos, no puede existir democracia sin pluralismo.[26]

5. Derecho internacional económico

Finalmente, las normas del derecho internacional económico tienen una fuerte injerencia sobre las estructuras fundamentales del orden y de la práctica estatal. La protección a la inversión es, especialmente, un vehículo muy poderoso para asegurar los principios del Estado de derecho. Junto con tales principios, las reglas del comercio internacional determinan las decisiones rectoras en materia económica, recortando considerablemente el rango de opciones políticas. En el campo de la cooperación económica con países en vías de desarrollo, la práctica de muchos estados de Occidente y de la Unión Europea vincula el otorgamiento de estímulos económicos a exigencias de buen gobierno (*good governance*).[27]

Ante todo, las garantías de tratamiento a la inversión extranjera consagradas en tratados especiales de protección a la inversión o en acuerdos de libre comercio, como el NAFTA, hacen un esencial aporte tanto a la seguridad jurídica como a la transparencia

[24] Véanse al respecto los artículos 8.2, 9.2 y 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

[25] Respecto de la relación entre condiciones materiales de vida y la formación de una democracia funcional, véase Fareed Zakaria: *The Future of Freedom,* 2004, pp. 78 ss. y pássim.

[26] Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Refah Partisi / Türkei,* en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ),* 2003, (206), n.º 89.

[27] Véase al respecto Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen y Bernhard Vogel (eds.): *Good Governance*, Herder, 2007.

en la aplicación del derecho. Tales garantías fomentan el desarrollo de la cultura jurídica en los países anfitriones en beneficio de los propios ciudadanos. La obligación contractual de tratamiento justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) a la inversión extranjera desempeña un papel clave.[28] Este principio garantiza consistencia, la claridad y la transparencia en el derecho nacional y en su aplicación.[29]

El comportamiento de un estado en la protección a la inversión es, justamente, un agudo indicador de la actitud asumida frente a ciertas posiciones de propiedad y, en general, frente a la seguridad jurídica. En la República Popular de China, la protección contractual a las operaciones de capital extranjero, así como multiplicidad de acuerdos de protección a la inversión, han precedido a la adopción de la protección del derecho de propiedad en la Constitución. En el marco de la discusión sobre la protección de la propiedad de nacionales chinos, conforme con su propio derecho, la remisión a la posición protegida de la inversión extranjera es un argumento de peso.

La protección contractual a la inversión no solo repercute sobre las estructuras de países en vías de desarrollo o de países con economías emergentes. También los países desarrollados industrializados, como Alemania, experimentan actualmente el modo como su orden jurídico y su práctica administrativa son puestos a prueba con el rasero de los tratados de protección a la inversión. Un ejemplo actual lo brinda la demanda de la empresa sueca de energía *Vattenfall* contra la República Federal Alemana por la imposición de cargas limitantes en el establecimiento y la operación de una planta termoeléctrica de carbón en Hamburgo. Según la demanda, estas limitaciones contrarían ciertos acuerdos previos y expectativas legítimas del inversionista. En este sentido, *Vattenfall* invoca una infracción del Tratado sobre la Carta de Energía, en particular de la cláusula de tratamiento justo y equitativo.[30]

6. Derecho comparado

En el método de derecho comparado se puede encontrar una forma suave de la internacionalización. La perspectiva *comparatista* proporciona una beneficiosa herramienta de interpretación constitucional. Ella integra el proceso de indagación jurídica, en los diferentes *biotopos* jurídicos constituidos por una diversidad de casos concretos. Con ello se ofrece un buen fundamento para la verificación de ciertos supuestos y consecuencias de la interpretación constitucional. Hoy en día, la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en el pasado evidenciaba más bien una comprensión "introvertida" de la Constitución, reconoce el valor hermenéutico de tal perspectiva comparatista.[31] Entre

[28] Véase al respecto Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer: *Principles of International Investment Law*. Oxford, 2008, pp. 119 ss.

[29] International Centre for the Settlement of Investment Disputes (Additional Facility): *Tecmed S.A. v. The United Mexican States,* International Legal Materials 43 (2004), p. 33, § 154.

[30] Caso ARB/09/6, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany,* ICSID, archivado el 17 de abril de 2009.

[31] Casos *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 12, 16, 2003); *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 12, 2002) y *Roper v. Simmons* (U.S. 4, 2005).

los más jóvenes tribunales constitucionales, las cortes de Colombia y de Sudáfrica son un ejemplo sobresaliente de alta sensibilidad frente a conceptos de derecho comparado desarrollados en otros países. Aquí hacemos una mera referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el aborto, que de forma minuciosa se refirió a la jurisprudencia alemana sobre la materia.[32]

7. Apertura a los estándares de derecho internacional: claves para la viabilidad futura de los estados

El derecho internacional moderno fundamenta la comunidad internacional como un orden radicado en elementales principios y valores. La apertura de la Constitución a las obligaciones de derecho internacional determina así la capacidad estatal de interacción con el mundo exterior. La mirada a los estándares internacionales, más que un fuerte vínculo normativo, es una importante reserva de interpretación en favor de una base intersubjetiva e intercultural para la conformación de juicios de valor. Este aporte hermenéutico tiene un gran significado en la concreción de ciertos principios constitucionales indeterminados cuyo contenido es objeto de controversia dentro del Estado. Ese aporte de la normatividad internacional se muestra en los intentos de concreción del principio de dignidad en los ámbitos de la biomedicina y la biotecnología. De este modo, criterios reconocidos, como la proscripción de la clonación reproductiva,[33] proporcionan ayudas de interpretación. Allí donde no existe un consenso mundial general, como es el caso de la investigación con células troncales (madre) embrionarias, el derecho comparado puede ofrecernos al menos una orientación.

8. Constitución como autodeterminación en el campo de fuerzas de la globalización

También hoy, la constitución de cada estado particular como expresión de su autodeterminación es el punto de referencia decisivo del ejercicio limitado de la supremacía territorial. En el marco de los derechos humanos y de los demás vínculos de derecho internacional, la comunidad que se organiza a través de la Constitución es libre de diseñar el sistema político, económico y social según sus preferencias, a la luz de su propia experiencia histórica.[34] La Constitución se convierte así en garante y en tarjeta

[32] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06.

[33] Asamblea General de la ONU: Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana, A/RES/59/280; Conferencia General de la UNESCO: Declaración Universal sobre el Genoma Humano (1997), Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

[34] Corte Internacional de Justicia, caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA),* ICJ Reports, 1986, pp. 14 ss. (n.º 205).

de identidad estatal, a la que también el Tratado de Lisboa rinde tributo en pro de los estados miembros de la Unión Europea.[35]

De esta manera, la búsqueda de un balance entre autonomía y elástica apertura a la normatividad internacional se convierte en tarea constante del orden constitucional. El Estado debe continuamente reasumir esta tarea en aras garantizar un futuro viable de la propia sociedad y de la Constitución como *living instrument*, y también en interés de la comunidad internacional.

[35] Artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea: "La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, 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. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro".

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 83-95, ISSN 1510-4974

Roberto Islas Montes (México)*

El caso distinto: un caso para el juez constitucional**

RESUMEN

Clasificar los casos en fáciles y difíciles no es adecuado porque pretende una aplicación irrestricta de la ley y por ello no reconoce otros elementos que comúnmente son utilizados en la solución de los casos sometidos a la consideración de los jueces. Una clasificación que reconozca como propios los principios da motivo a una clasificación tricásica al incluir el caso distinto, que debe ser resuelto por el juez constitucional. Esta clasificación se justifica en razón de que no siempre todos debemos ser tratados igual, sino que habrá momentos en los que necesitemos ser tratados en forma diferente, y es sobre los principios de trato igual y trato diferente precisamente que lo que cobra importancia es el sujeto.

Palabras clave: derechos fundamentales, aplicación de la ley, sentencia normativa, jurisprudencia comentada, principio de trato justo, Europa.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Einteilung in einfache und schwierige Fälle ist insofern unangemessen, als sie auf der Annahme der uneingeschränkten Anwendung des Gesetzes beruht und daher andere Elemente außer Acht lässt, die normalerweise bei der Lösung der Fälle zur Geltung kommen, die den Richtern zur Entscheidung vorgelegt werden. Dagegen bietet eine Einteilung nach Grundsätzen die Möglichkeit zur Unterscheidung von drei Fällen, indem sie die Kategorie des abweichenden Falls vorsieht, der in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts fällt. Diese Einteilung ist deshalb berechtigt, weil nicht alle Fälle zu jeder Zeit gleich zu behandeln sind, sondern es vielmehr Momente gibt, in denen eine differenzierte Behandlung erforderlich ist. Die Bedeutung des Themas ergibt sich aus den Grundsätzen von Gleichbehandlung und unterschiedlicher Behandlung.

Schlagwörter: Grundrechte, Rechtsanwendung, normierendes Urteil, kommentierte Rechtsprechung, Grundsatz der fairen Behandlung, Europa.

---

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

** Agradezco al doctor Rodolfo Vázquez y al doctor Bernardo Romero Vázquez, así como a la maestra Martha Elena Soto Obregón, sus comentarios. Claro está que los desaciertos en este trabajo de investigación solo son mi responsabilidad.

ABSTRACT

Classifying cases into easy and difficult is not proper because this entails an unrestricted application of the law, and therefore it does not recognize other elements that are commonly resorted to for the solution of the cases submitted to courts. A classification that recognizes principles of its own allows for a three-case classification by including the different case that must be solved by the constitutional judge. This classification is justified because we are not always bound to be treated equally, and there are times in which we need to be treated differently. And it is precisely under the principles of equal and different treatment where the individual becomes important.

Keywords: fundamental rights, law enforcement, rule setting judgment, annotated jurisprudence, principle of fair treatment, Europe.

1. Introducción

Mucho se ha dicho sobre los casos fáciles y los casos difíciles. Dworkin, por ejemplo, señala que cuando un asunto sometido a la consideración de un juez no se puede subsumir claramente en la hipótesis establecida en la ley estaríamos hablando de un caso difícil.[1] El caso fácil será —en otro sentido— aquel que puede ser subsumido claramente en la hipótesis establecida en la ley. Así que, desde esta perspectiva, el punto de referencia es la subsunción a la ley. Se subsume claramente a la ley el caso o no se subsume; de la respuesta que adoptemos dependerá la ubicación del caso como fácil o difícil. Digamos, este punto de vista es, más o menos, el estándar atribuido a los casos fáciles o difíciles. Básicamente en los casos fáciles no hay más que aplicar la ley y en los casos difíciles se requiere hacer algo más.[2]

En este ensayo, mi argumento será que fácil o difícil no es una clasificación adecuada para la identificación de los casos, ya que, si bien pretende dar cuenta del objeto de estudio —esto es, los casos—, ignora otros elementos que pueden o, mejor dicho, deben ser tomados como referente para una clasificación teórica, Así que abandono esta clasificación bicásica y acuño una nueva clasificación tricásica; una clasificación que me permita ubicar los casos no solo en relación con la ley, sino además con los principios. Una clasificación que no tenga como único eje de referencia la subsunción a la ley, sino que reconozca —por lo menos— otro de los elementos que comúnmente son utilizados en la solución de los diferentes casos sometidos a la consideración de los jueces. Me refiero a los principios.

Por supuesto que para justificar la clasificación parto de la premisa de que el derecho es un sistema que no contiene solo leyes, sino que además contiene otros elementos

[1] Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2002, p. 146.

[2] Puede verse Víctor Bazán: "*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 258; ídem: "La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 2008, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 47.

no normativos, otros elementos que están presentes en la solución de los diferentes casos. Dworkin, por ejemplo, habla del derecho como integrado por leyes, principios y directrices:

> […] cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.[3]

Para este trabajo, sin embargo, supondré que el derecho enfrenta un caso mediante la aplicación de leyes, jurisprudencia técnica y principios, aunque otros elementos pudieran estar presentes. Así que, si es así y estos son utilizados de continuo dentro de un sistema para la solución de los casos, entonces, y solo entonces, estaríamos en condiciones de ver que la solución a un caso depende no solo de la aplicación irrestricta de la ley, sino en cierta medida de esta y los principios. Por tal motivo, indicaré en primer lugar cómo llego a la clasificación tricásica. Luego mostraré algunos casos paradigmáticos que me sirvan de ejemplo para evidenciar la necesidad de la clasificación tricásica en razón de que no en todo caso todos debemos ser tratados siempre igual. Esto nos llevará a los principios de trato igual y de trato desigual y la relación de estos con la clasificación que proponemos. Por último, y precisamente porque el sujeto importa, muestro cómo la clasificación tricásica está acorde con otros ideales de los sistemas jurídicos que la clasificación bicásica soslaya.

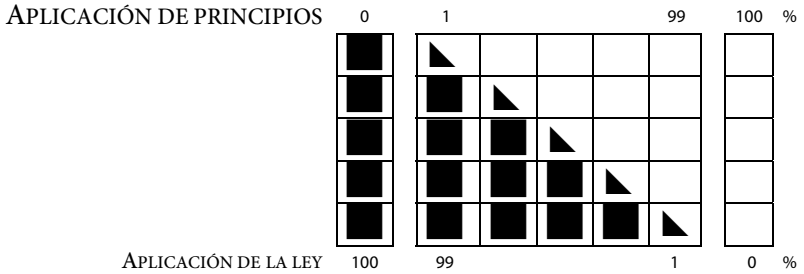
2. Los diferentes tipos de casos

Cuando un juez se encuentra ante un caso de los llamados difíciles y por ende no puede subsumir claramente el caso en la hipótesis legal, no puede esperar la actuación de legislador hasta que este prevea en la ley la solución del caso, porque además ni siquiera sabe si el legislador algún día se interesará en esa hipótesis; el juez simplemente resuelve con otros medios a su disposición. Si el caso ya ha sido tratado, entonces la respuesta que busca la encontrará en la jurisprudencia técnica o en las sentencias de los tribunales superiores, ya que son estos, específicamente los tribunales constitucionales, los que ordinariamente resuelven los casos *más* difíciles tomando en consideración otros elementos distintos de la ley en mayor o menor medida. Pero hasta ahí el juez ordinario solo puede aplicar ley y jurisprudencia técnica; en cierta forma, los casos que puede resolver son aquellos que encuadren en lo ya previsto o en lo ya resuelto.

Para explicitar la gradación de casos que representen estas situaciones, he elaborado un diagrama sencillo que nos muestra de forma esquemática la variación que se presenta entre la aplicación de la ley y la aplicación de principios y en cierta medida

[3] Ibídem, p. 72.

hace evidente por qué los jueces ordinarios —más apegados al principio de legalidad— difieren de los jueces supremos o constitucionales —menos apegados al principio de legalidad—:



Como es visible, he marcado la aplicación de la ley y la aplicación de principios en la solución de todos los casos en porcentaje que va de 0 a 100%, de tal forma que, si la ley se aplicara al 100% en la solución de un caso, los principios jurídicos no se aplicarían (se aplicarían en 0%), y a la inversa, de tal forma que a mayor aplicación de ley menos aplicación de principios y a menor aplicación de la ley mayor aplicación de principios. He utilizado el porcentaje solo para explicar la aplicación y complementación relacional que se da entre ley y principios, porque así se nos muestra la relación inversamente proporcional que existe entre ambos. Por supuesto, debe quedar claro que en realidad esto no es específicamente medible, solo es un referente. Otra cosa que he hecho en el diagrama es separar intencionalmente la aplicación de ley o principios cuando estos son únicos, al 100%. Así que debe notarse en este esquema que existen tres posibles combinaciones (clasificación tricásica):

1. que solo se aplique la ley (100% ley y 0% principios): el caso igual;
2. que se apliquen ley y principios en alguna proporción: el caso diferente (se encuentra en la jurisprudencia técnica), y
3. que solo se apliquen principios (0% ley y 100% principios): el caso distinto (no se encuentra ni en la ley ni en la jurisprudencia técnica).

En la clasificación bicásica tradicional bajo subsunción, un caso es fácil mientras más se adecue a una aplicación de la ley y tanto más difícil cuanto más se aleje de un porcentaje alto de aplicación de la ley, así que fácil es una cierta tendencia a aplicar solo la ley y difícil ya implica involucrar en cierta *medida* una proporción mayor de otros integrantes del derecho: principios, directrices, etcétera.

Desde esta otra perspectiva, creo entonces que no se trata de resolver todo caso simplemente aplicando la ley, no se trata de resolver bajo sistemas bicásicos sino de resolver bajo sistemas trifásicos; esto es, sistemas que reconozcan el *caso distinto,* que —de acuerdo con lo que se ha dicho— no debe ser resuelto por el juez ordinario sino solo por el juez supremo, el juez constitucional, aquel que

puede emplear otros elementos en la solución. Solución que, por supuesto, ya cuando se encuentre en la jurisprudencia técnica o simplemente en la sentencia que se dicte hará del caso distinto un caso diferente, y en el mejor de los desarrollos pasará a formar parte de un texto legal, es decir, llegará a ser un caso igual.

3. Casos distintos paradigmáticos

El 17 de marzo de 2008,[4] la justicia francesa denegó el recurso al suicidio asistido que había solicitado ante los tribunales una paciente aquejada de un tumor incurable, una enfermedad que solo sufren 200 personas en todo el mundo y que había deformado considerablemente su rostro en un proceso horrorosamente doloroso que, además, la sometía a una paulatina ceguera. En su demanda, ella había destacado el carácter "incurable de su mal", el sufrimiento "intenso y permanente" que le producía y el "rechazo a soportar la irreversible degradación de su estado". El Tribunal de Gran Instancia de Dijon rechazó la demanda de Chantal Sébire, una maestra de 52 años y madre de tres hijos, que había apelado a la "humanidad" de los jueces para poner fin, a través de un tratamiento médico letal, al calvario que le causaba el poco común tumor nasal que padecía.

El veredicto estableció que la demanda de Sébire se oponía al código deontológico médico y al código penal francés, ya que lo máximo que le permitía la legislación es que los doctores la medicaran para que cayera en un coma profundo que calmara su dolor y, en ese estado, aguardara la muerte, solución esta que Sébire ya había rechazado anteriormente en pos de una muerte digna, rápida, que la liberara de los "atroces" dolores que le provoca su mal. Ella buscaba una salida más rápida y contundente que la brindada por la ley, una muerte inducida que le permitiera "dormirse con el cariño de sus allegados" y "terminar su vida respetando su dignidad". Chantal tampoco quería suicidarse de manera violenta; consideraba que eso sería una derrota frente a su enfermedad.

Previo a la contestación del tribunal, Sébire ya había asegurado que no apelaría la sentencia y que, en todo caso, centraría sus esfuerzos en encontrar un lugar donde le permitieran morir con dignidad. El país elegido era Suiza, uno de los pocos de Europa donde la ley autoriza el suicidio asistido.

¿Qué es lo que de fondo estaba pidiendo Chantal? Estaba pidiendo *algo* que se encontraba prohibido por la ley, *algo* que en ese sistema normativo específico no estaba permitido. Ella quería morir —como lo dijo— con dignidad; quería que, dadas sus condiciones singulares, se le diera un trato distinto.

De la misma forma, algunos años antes, nos habíamos enterado de otro caso con características similares. La madre de un tetrapléjico de 26 años escribió al presidente francés, Jacques Chirac, para pedir el "derecho a morir" de su hijo Eddy, el cual

[4] Puede consultarse, entre otros, el artículo "Francia niega el 'suicidio asistido' a una mujer con un tumor incurable", publicado el 18 de marzo de 2008, en ‹http://www.diariodenavarra.es› (7/10/2008).

estaba en estado casi vegetativo desde que tuvo un accidente de tránsito.[5] La carta decía: "Señor presidente, usted es mi última oportunidad […] Eddy no merece vivir lo que vive actualmente. Mi hijo era un joven alegre, con futuro y lleno de fuerza. Ahora, ¿qué es su vida? Nada: una cama, una silla de ruedas y el sufrimiento, la humillación y un malestar permanente". Eddy se empotró con su moto contra un tractor el 21 de agosto de 2001, cuando iba a una entrevista de trabajo; ahora "solo se comunica con los ojos". Según su madre, veía en la mirada de su hijo una "súplica" para "acortar sus sufrimientos". La respuesta fue negativa.

¿Qué es lo que estaba pidiendo la madre de Eddy? *Algo* parecido a lo que pidió Chantal, *algo* que se encontraba prohibido por la ley. Ella estimó que el caso de su hijo era distinto y que él tenía "derecho a morir" dada su situación singular.

No son los únicos casos que tenemos registrados en los que, por sus características singulares, los impetrantes solicitan un trato distinto a aquel que la ley dispensa. Hace muchos años ocurrió el famoso caso *Holy Trinity Church vs. United States,*[6] en el cual, a pesar de que la ley consideraba ilegal que una persona asistiera la inmigración de cualquier extranjero a los Estados Unidos mediante acuerdo o contrato efectuado antes de su ingreso a fin de que el extranjero llevara a cabo servicios o trabajos de cualquier clase, la Holy Trinity Church había celebrado un acuerdo con un pastor británico que debía prestar servicio como rector y pastor de la iglesia, para lo cual debía viajar a los Estados Unidos. En este caso la Suprema Corte estimó que el caso se oponía a lo establecido por la ley, pero que al tratarse de una circunstancia relevante debía ser considerado como excepción, una excepción que por supuesto no se encontraba establecida en la ley.

¿Qué es lo que muestran estos casos? Los primeros, hacen evidente que existen sistemas normativos *cerrados* en los que, aparentemente, solo se otorga aquello establecido por la ley y se niega lo que se oponga. Digamos que en estos sistemas la solución se sustenta únicamente en la aplicación de la ley, sin tomar en consideración otros elementos que, como dice Hart, caen en la textura abierta del derecho:

> La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.[7]

El último caso, sin embargo, muestra que existen sistemas normativos *abiertos* en los que se puede otorgar *algo* que se opone a lo establecido por la ley; por supuesto,

---

[5] Puede consultarse, entre otros, el artículo "Una madre pide a Chirac el 'derecho a morir' de su hijo tetrapléjico", publicado el 20 de noviembre de 2004, en ‹http://www.deia.com/es› (9/3/2008).

[6] Puede ser consultado en el US Supreme Court Center, ‹http://supreme.justia.com› (28/10/2008). Información general en: ‹http://en.wikipedia.org/wiki/Holy_Trinity_Church_v._United_States›.

[7] H. L. A. Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (1961), VII/1 p. 168.

cuando exista alguna circunstancia singular que justifique otorgar lo impetrado aun en contra de la ley. Así, a pesar de que la ley es suficiente para los casos que se adecuen a su generalidad y abstracción, es insuficiente para aquellos que por sus características singulares y concretas requieran consideraciones no establecidas en ella para su solución. La ley no prevé solución para estos casos cuyas características particulares y únicas requieren un trato distinto en un sistema normativo concreto, un trato que de entrada se opone a lo establecido por la ley misma. Son casos que requieren una solución no apegada a la ley pero sí apegada al derecho, es decir que no se aplique simplemente la ley sino que se estimen otros elementos jurídicos para su solución.

Por supuesto que el caso que ordinariamente es resuelto por el juzgador, al encontrarse regulado por la ley, solo requiere de la aplicación de la norma general derivada de la ley para la solución individual —subsunción—, o bien de la jurisprudencia técnica —o las sentencias—; o sea, de lo que se trata es de tratar igual a los iguales. El caso igual comprende la situación jurídica o de hecho establecida en la hipótesis normativa. El caso diferente representa una excepción al caso igual por cuestiones que generalmente implican el sexo, la edad, etcétera, que no se encuentra en la ley sino en la jurisprudencia técnica. Se trata de un caso ya resuelto.

4. El principio de trato igual

Alexy, en su libro *Teoría de los derechos fundamentales,* señala que hay que distinguir el "derecho general de igualdad" del "derecho especial de igualdad". Afirma que la "igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no solo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias",[8] por lo que el "principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido".[9] La "igualdad, al igual que la desigualdad, de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Lo mismo vale para los juicios de desigualdad".[10]

De esta forma, asegura que existe una "igualdad esencial si y solo si un tratamiento desigual sería arbitrario" y que "lo esencialmente igual no debe ser tratado arbitrariamente desigual".[11] Continúa indicando que la "asimetría entre la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento tiene como consecuencia que la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si

[8] Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 384.

[9] Ibídem, p. 385.

[10] Ibídem, p. 387.

[11] Ibídem, p. 391-392.

puede ser justificado con razones opuestas".[12] Esto es, para él la desigualdad se justifica si existe una razón que justifique no tratar al sujeto igual y que esta justificación sea opuesta a la que obliga a un trato igualitario. Así:

> La interpretación del concepto de razón suficiente con la ayuda del concepto de arbitrariedad procura que haya casos en los cuales razones suficientes hablan a favor de la permisión pero no de la obligatoriedad de un tratamiento desigual. Una razón es suficiente para la permisión de un tratamiento desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento desigual no es arbitrario. Como lo ha expuesto Leibholz, la arbitrariedad es una versión aumentada de la incorrección. Por lo tanto, un tratamiento desigual no es arbitrario no solo cuando es la solución mejor o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión.[13]

El principio de trato igual implica que, en condiciones de identidad jurídica con respecto a otros, debemos recibir las mismas conformidades. La idea va en el sentido de que ante una misma situación jurídica o de hecho debemos recibir iguales prerrogativas que cualquiera otro. El principio de tratar igual asume que somos diferentes entre nosotros, pero obliga a la autoridad a que ante la ley seamos tratados de la misma manera, es decir, que todos recibamos los mismo derechos subjetivos. De esta forma el principio de trato igual deberá ser aplicado para resolver por medio de la ley el caso igual, el principio de trato desigual deberá ser aplicado para resolver por medio de la ley y la jurisprudencia técnica el caso diferente, y, sin estos, el caso distinto.

Desde esta perspectiva tricásica y no bicásica, damos reconocimiento en el derecho al *caso distinto* para resolver también estos casos tan particulares y no solo los generales contemplados por la ley y la jurisprudencia técnica. Así, a la pregunta ¿por qué el Tribunal de Gran Instancia de Dijon rechazó la demanda de Chantal Sébire?, podríamos aventurar la siguiente respuesta: el caso de Chantal no fue reconocido como caso distinto y por ello se le dio tratamiento ordinario. El problema es que un sistema bicásico no da cabida a resolver el caso distinto. Por esta simple razón el Tribunal de Gran Instancia de Dijon rechazó la petición de Chantal Sébire y en el veredicto le señaló que su demanda se oponía al código deontológico médico y al código penal francés. Simplemente le aplicó la ley.

Este es el problema: la igualdad por medio de la ley solo prevé solución al caso igual o al caso diferente, pero no prevé solución al caso distinto. En cambio, el caso de la iglesia Holy Trinity sí se trató como caso distinto porque se reconocieron sus características de distinción y se resolvió no aplicando la consecuencia jurídica establecida por la ley. Digámoslo de esta forma: el sistema donde se resolvió es un sistema tricásico. Y si bien se resolvió favorablemente, la idea encerrada en el caso distinto no es resolver necesariamente a favor del impetrante, sino dar un trato distinto al caso y resolverlo en el sentido en que deba ser resuelto, ya positivo, ya negativo. En definitiva,

[12] Ibídem, p. 398.
[13] Ibídem, p. 400.

es una cuestión de *trato:* no se trata de resolver favorablemente sino de tratar el caso en forma distinta.

5. El principio de trato desigual

María José Añón, en su libro *Igualdad, diferencias y desigualdades,* se cuestiona sobre qué hacer con aquellas diferencias que generan desigualdades. Examina y propone "argumentos sobre si la realización de la igualdad de oportunidades y la consecución del objetivo fundamental de la igualdad efectiva en derechos justifica lo que se ha denominado un derecho desigual",[14] porque desde su perspectiva no se ha agotado el contenido de la desigualdad. "En este sentido, la incorporación al derecho de criterios de igualdad material y su interpretación concreta ha llevado a afirmar a algunos autores que nos encontramos ante un derecho desigual, que es criticado por cuanto repugnaría —aseguran algunos— la concepción neutra del principio de igualdad".[15] Más adelante señala que el "principio de igualdad […] puede y debe ser entendido como un principio normativo y no como una tesis descriptiva […], como sostiene Bobbio y Ferrajoli, lo decisivo del principio de igualdad en tanto que principio jurídico es que prescribe la igualdad de derechos",[16] pero debe ser real y efectiva no puramente formal.

Afirma la autora que "tanto las diferencias como las desigualdades han de ser tuteladas frente a discriminaciones o privilegios por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales y eliminadas para asegurar niveles mínimos de igualdad material a través de los derechos sociales fundamentales",[17] y que el "principio de igualdad implica que todas las personas que son miembros de una misma comunidad constitucional […] tienen garantizados los mismos derechos constitucionales y, por otra parte, son iguales ante la ley y en la ley, es decir, tienen derecho a una igual protección de la ley",[18] lo que implica que en la misma ley se encuentren las igualdades y las diferencias y que cuando se aplique deban mantenerse la igualdad y la diferenciación.

También dice que "en virtud de este principio sería ilícito tratar de modo desigual o menos favorable a individuos que se encuentran en situaciones análogas, pero es lícito tratar de modo diverso a personas que se encuentran en situaciones diversas, siempre que las situaciones sean comparables, exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido".[19] La afirmación es muy acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que enumera las condiciones que deben darse conjuntamente para calificar una diferencia como objetiva y razonable y que no implique artificialidad en el trato, es decir, que la diferenciación responda a una

[14] María José Añón: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México: Fontamara, 2001, p. 11.
[15] Ibídem, p. 15.
[16] Ibídem, p. 23.
[17] Ibídem, p. 27.
[18] Ibídem, p. 33.
[19] Ibídem, p. 40.

necesidad real y sea necesaria para la realización del objetivo fijado y apropiada a dicho objetivo.

El principio de trato desigual implica que todas las personas que son miembros de una misma comunidad constitucional donde rija el principio de equidad en un sistema normativo determinado tengan garantizado el derecho constitucional, por un lado, a ser tratadas de manera desigual ante la ley si su caso es diferente y sin ella si su caso es distinto. El primer caso implica que se nos trate igual dentro de una subclase legal en la que formalmente ya se hizo la diferencia; el segundo, que cumpliéndose las condiciones particulares se nos trate distinto. Tales condiciones particulares del caso distinto significan que lo que se pretende, si bien se opone a lo establecido por la ley al ubicarse en la hipótesis normativa, y la disposición normativa no establece ninguna distinción que resulte relevante, no entrañará un sacrificio social ni se tratará de una cuestión entre particulares. Además, la pretensión en la forma que se presenta no ha sido resuelta por el sistema normativo donde se somete a consideración, y lo que se solicita es una solución distinta por algunas cuestiones relacionadas con humanidad, la dignidad o la justicia. Incluso debe tomarse en consideración que, al ser conocido el caso por la sociedad, esta considera que debe dársele una solución justa que no será siempre lo establecido por la ley, porque la sociedad es consciente de que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".[20]

Así que, según estas condiciones del caso distinto, sin duda que privar de la vida a Chantal Sébire es homicidio; cualquiera que la ayude a morir se coloca en esta situación, porque privar de la vida a otro es homicidio. Esto establece la ley porque el caso particular de Chantal Sébire se encuentra dentro de la generalidad de la ley y la ley es obligatoria. El caso de Chantal Sébire se encuentra dentro de la igualdad de trato para todos; la ley simplemente expresa el principio de igualdad.

Pero muchos casos como estos han dado pie a diferencias en las actuales leyes y constituciones. Muchos han comenzado como distintos socialmente hablando y ahora son texto de ley. Aun diferencias ya reconocidas por la ley, por cuestiones de género, son ahora ley misma. Por esa razón, por ejemplo, las leyes laborales tratan en forma diferente a las mujeres. No en las cuestiones comunes de la especie humana, donde hombres y mujeres son iguales, pero sí en las cuestiones exclusivas del sexo femenino. Pero esta diferenciación que se hace en la propia ley no es más que una clase (el subconjunto que integra a todas las mujeres) dentro del género (el conjunto que integra a los hombres y las mujeres); hay por tanto igualdad en el género (el conjunto hombres y mujeres) e igualdad dentro de las clases (el conjunto de las mujeres o el conjunto de los hombres).

Todas las mujeres siguen siendo iguales ante la ley aunque existan diferencias de trato para ellas con respecto a los hombres por cuestiones de género; por ejemplo, hombres y mujeres son iguales ante las leyes laborales, pero por cuestión de género se hacen diferencias entre ambos y por ello la ley hace una clase —la clase de las mujeres— y les da un trato diferente en aquellas cuestiones que se consideran relevantes del

[20] Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

sexo femenino. Estas mismas diferencias de trato se pueden presentar con relación al trabajo de los menores, para lo cual se hace una clase —un subconjunto de los menores— con respecto a todos los hombres y mujeres, pero esta diferencia por cuestiones de edad y condición no significa trato distinto.

Así, las diferencias de trato establecidas en la ley, como simples diferencias o como excepciones, al estar en la ley son ley misma y por tanto generales para todos aquellos que se ubiquen en la situación jurídica de excepción o de diferencia, sin que importe siquiera el origen del trato diferenciado, aun si este responde a condiciones de género, movimientos sociales o cualquier otra naturaleza. En este caso la ley simplemente da trato diferente a las clases que contempla, pero a todos los contemplados ya en el subconjunto los trata igual.

Sin embargo, el caso de Chantal, el caso de Eddy y el caso de la iglesia Holy Trinity son distintos. La solución que se requiere no puede provenir de la ley porque la ley no puede contemplar cabalmente a la desigualdad, pero la solución sí debe provenir del derecho, sí debe ser jurídica, es decir, sustentarse en los principios jurídicos. Como dice Añón:

> [Debe ser] lícito tratar de modo diverso a personas que se encuentran en situaciones diversas, siempre que […] exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.[21]

O como dice Alexy:

> Una razón es suficiente para la permisión de un tratamiento desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento desigual no es arbitrario […] un tratamiento desigual no es arbitrario no solo cuando es la solución mejor o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión.[22]

6. Porque el sujeto importa

En su obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Luigi Ferrajoli propone una definición teórica puramente formal o estructural de *derechos fundamentales:*

> [Son] derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la

[21] Añón: o. cit., p. 40.
[22] Alexy: o. cit., p. 400.

> condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.[23]

A partir de esta definición, Ferrajoli aborda otras cuatro tesis que forman el núcleo central de su propuesta. Entre otras cosas señala:

> Los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos universales (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*) […].[24]
>
> Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Estos se acumulan, aquellos permanecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. […].[25]

Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico.[26]

La aportación de Ferrajoli es muy importante porque la maximización de las garantías y los derechos fundamentales se logra cuando estas alcanzan no solo cuestiones meramente individuales sino orden social, que por supuesto implicarán hacer perfectas diferencias entre cuándo dar trato igualitario y cuándo dar trato diferenciado, pero haciendo llegar estos tratos incluso a grupos sociales. El individuo importa por sí mismo y como elemento social, por lo que tendría que pensarse seriamente en darle trato igual y trato desigual aun en aquellas cuestiones que sean de índole social.

Aulis Arvi Aarnio, cuando habla de la meta del Estado de bienestar, afirma que esta es "garantizar la calidad de vida y […] proteger a la parte más débil de la relación social", y que "justicia, razonabilidad, equidad son conceptos clave del sistema del Estado de bienestar y, por tanto, necesariamente también son criterios para las decisiones jurídicas".[27] Desde su perspectiva, las decisiones judiciales no deben estar supeditadas únicamente a la ley, sino que, como afirma Tom Campbell, "también están

---

[23] Luigi Ferrajoli: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 19.
[24] Ibídem, p. 30.
[25] Ibídem, p. 31.
[26] Ibídem, p. 44.
[27] Aulis Arvi Aarnio: "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en *Doxa,* n.º 8, 1990, p. 26.

en parte estrechamente relacionadas con la existencia de las reglas consideraciones de justicia y equidad que capturan las diferencias y similitudes que son determinantes de cómo la gente realmente trata y cómo debe tratar a los demás, y en particular de cómo individuos y grupos son y deben ser tratados por el Estado".[28]

Creo entonces que ya no se trata de resolver simplemente aplicando la ley a todo caso; se trata de resolver aplicando igualdad o desigualdad. Como afirma Jacques Derrida: "La equidad […] no es la igualdad, la proporcionalidad calculada, la distribución equitable o la justicia distributiva, sino la disimetría absoluta",[29] es "tratar igual a los iguales y tratar desigual a los desiguales". Por su parte, Liberio Hierro, refiriéndose a Ángel, afirma: "la vida de cada uno importa, y no es más importante que ninguna otra";[30] por ello en ocasiones el juzgador debe decidir "una controversia de acuerdo a sus propios criterios valorativos sin sujetarse a restricción jurídica alguna […] Es el caso en el que el juez debe decidir en equidad".[31]

No se trata de resolver bajo sistemas bicásicos sino de resolver bajo sistemas tricásicos, sistemas que comprendan el *caso distinto*. En el sistema tradicional, "la justicia de las decisiones judiciales se deriva de la justicia de las normas generales legisladas", dice Carlos E. Alchourrón, pero "en la medida en que la equidad requiere en ciertos casos una solución particular diferente del tratamiento que se otorga a los casos corrientes, no existe lugar para ella dentro de esta teoría". Afirma que el *sistema maestro* (bicásico) fue diseñado "para satisfacer los ideales políticos de seguridad e igualdad, […] pero no puede garantizar otros ideales, tales como la justicia y la equidad".[32]

---

[28] Tom Campbell: "El sentido del positivismo Jurídico", en *Doxa,* n.º 25, 2002, pp. 322-323.

[29] Jacques Derrida: "Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad", en *Doxa,* n.º 11, 1992, p. 148.

[30] Liborio Hierro: "Justicia, igualdad y eficiencia", en *Isonomía,* n.º 9, 1998, p. 142.

[31] Jorge F. Malem Seña: "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en *Doxa,* n.º 24, 2001, p. 399.

[32] Carlos E. Alchourrón: "Sobre derecho y lógica", en *Isonomía,* n.º 13, octubre 2000, p. 16.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 97-108, ISSN 1510-4974

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*

Cultura constitucional y desconstitucionalización**

RESUMEN

Existen distintos niveles y calidades de cultura constitucional, un dato sociológico indispensable para el éxito y la funcionalidad del sistema constitucional. Puede hablarse, en primer lugar, de una cultura constitucional del constituyente, que se manifiesta con indicadores tales como un texto constitucional consensuado, claro, realista, respetuoso de la persona y del derecho internacional, sancionado regularmente y jurídicamente exigible. También existe una cultura constitucional del operador de la constitución, que principia por la voluntad de seguimiento de la constitución y continúa con la sanción de normas respetuosas de ella y con una interpretación honesta y adaptativa del texto a las nuevas realidades. Finalmente, hay un tercer tramo de cultura constitucional que es el de la comunidad a la que va destinada, que demanda también voluntad de seguimiento por ella. Frente a todo esto puede aparecer una contracultura constitucional, cuya faceta más significativa es la desconstitucionalización, fenómeno que implica una suerte de vaciamiento o desmontaje del contenido y de la fuerza normativa de la Constitución, aunque ella permanezca formalmente incólume en su enunciado literal.

Palabras clave: **sistema constitucional, cultura constitucional, ideologías culturales, América Latina.**

ZUSAMMENFASSUNG

Hinsichtlich der *Verfassungskultur* lassen sich mehrere Ebenen und Qualitäten unterscheiden, was eine für den Erfolg und die Funktionalität eines Verfassungssystems unerlässliche soziologische Tatsache darstellt. An erster Stelle ist die Verfassungskultur des Verfassungsgebers zu nennen, die in Indikatoren wie dem Vorhandensein eines auf einem Konsens beruhenden, klaren, realistischen und die Rechte der Person und des internationalen Rechts anerkennenden Verfassungstexts zum Ausdruck kommt, der in einem geregelten Verfahren angenommen wird und vor Gericht eingeklagt werden kann. Daneben existiert eine Verfassungskultur des Verfassungssubjekts, die beim Willen zur Weiterentwicklung der Verfassung beginnt und sich in der

---

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. ‹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.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Verabschiedung von Normen fortsetzt, die diese respektieren und eine ehrliche und an die neuen Realitäten angepasste Interpretation des Textes beinhalten. Schließlich gibt es eine dritte Ebene der Verfassungskultur, nämlich die der Gemeinschaft, für die die Verfassung bestimmt ist und die ebenfalls auf der Kontrolle ihrer Umsetzung besteht. Dem gegenüber kann es zur Herausbildung einer gegen die Verfassung gerichteten Kultur kommen, deren bedeutendste Ausdrucksform die *Entkonstitutionalisierung* darstellt, also ein Phänomen, bei dem es zu einer gewissen Entleerung oder zum Verlust des Inhalts und der normativen Kraft der Verfassung selbst kommt, obwohl diese ihrem Wortlaut nach formal unverändert bleibt.

Schlagwörter: Verfassungssystem, Verfassungskultur, kulturelle Ideologien, Lateinamerika.

ABSTRACT

There are several levels and qualities of constitutional culture, an indispensable sociological fact for the constitutional system to be successful and functional. The first to discuss is the constitutional culture of assembly that produced the Constitution, which is apparent from indicia such as an agreed constitutional text that is clear, realistic, respectful of the individual and of international law, lawfully enacted, and legally enforceable. There also exists a constitutional culture of applying the Constitution.

It begins with the will to follow the Constitution and continues with the enactment of provisions that respect it, with an honest and adaptive interpretation of the text vis-à-vis the new reality. Lastly, there is a third stage of constitutional culture: the community to which the Constitution is addressed, which also must have the will to follow it. Against all this there may appear a constitutional counter-culture, deconstitutionalization being its most significant feature; that is, a phenomenon that implies a kind of depletion or dismantling of constitutional content and normative strength, although it may remain formally unscathed in its literal wording.

Keywords: constitutional system, constitutional culture, cultural ideologies, Latin America.

1. Introducción. Noción de *cultura constitucional*. Sus escenarios

El objeto del presente trabajo será precisar la noción de *cultura constitucional,* determinar su papel en el funcionamiento del sistema constitucional (es decir, en el establecimiento de la constitución y en su fuerza normativa posterior), para relacionarla después con el concepto de *desconstitucionalización.* Como conclusión, se procurará demostrar que un mínimo de cultura constitucional es un presupuesto indispensable para que exista una constitución realmente operativa.

El concepto de cultura constitucional es amplio. En la conocida definición de Peter Häberle, comprende una suma de actitudes, ideas, experiencias subjetivas, valores y expectativas, y de las correspondientes acciones objetivas, tanto en la esfera personal del ciudadano como en la de sus asociaciones, los órganos estatales y cualesquiera otros relacionados con la constitución.[1]

[1] Peter Häberle: *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura,* Madrid: Tecnos, 2000, pp. 36 ss.

La cultura constitucional se vincula con el grado de desarrollo político y jurídico de una comunidad. Al igual que en la economía, en el derecho y en la política hay diferentes cuotas de desarrollo (y de subdesarrollo). Por ejemplo, para Finer, existen cinco tipos de sociedades, en función de su nivel político-cultural: madura, desarrollada, baja, mínima y de cultura *antediluviana.*[2]

Desde otra perspectiva, vale decir, de los partícipes de la vida constitucional, es posible distinguir tres escenarios: a) la cultura constitucional del constituyente, b) la cultura constitucional de los operadores de la constitución, y c) la cultura constitucional de la sociedad.

2. La cultura constitucional del constituyente (I). El contenido de la constitución

La cultura constitucional del constituyente alude a dos rubros principales: el *acierto* de la norma constitucional que sanciona y el *modo* en que la establece. Comenzaremos con el primero.

¿Cuándo una norma constitucional es correcta? La respuesta a este interrogante tiene facetas técnicas e ideológicas. Vamos a las técnicas: una constitución con ambigüedades e incoherencias, redundancias y contradicciones que la tornen poco inteligible y confusa no es, desde el inicio, una constitución "correcta" que invite a ser cumplida. Más todavía: puede ser fuente de controversias entre sus operadores.

Aparte de lo dicho, un vicio que contamina a muchas constituciones es el *utopismo,* que puede ser consciente o inconsciente. En tales casos, la constitución es un cúmulo infinito de promesas que generan los llamados *derechos imposibles.*[3] El constituyente, en tal hipótesis, o no ha medido los costos jurídico-económicos y políticos de sus declaraciones y de las obligaciones que ellas generan, o si los midió no les dio importancia. En ese supuesto, transfiere enormes responsabilidades y cargas a los poderes constituidos que le siguen, los cuales, al no poder cumplirlas debidamente, producen una crisis social de expectativas, con riesgos sistémicos graves. La constitución correcta, en resumen, debe ser sensata, realista y posible. Una constitución que prometa lo imposible es portadora de un fraude constitucional.

En otros casos, la constitución peca de *plagio,* es decir, de la copia fácil y no tamizada de institutos y cláusulas extraídos quizá de las mejores vitrinas del derecho constitucional comparado, pero no por eso transportables sin más a cualquier escenario. Tal importación imprudente tiene también sus secuelas nocivas. Como afirmó con acierto

[2] Cabe recordar, en esta materia, la clasificación de Finer acerca de los distintos *grados de cultura política:* madura, desarrollada, baja, mínima y *antediluviana.* Véase Artemio L. Melo: *Compendio de ciencia política,* Buenos Aires: Depalma, 1979, t. I, pp. 335-336.

[3] Sobre los defectos del constituyente, véase Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución,* Buenos Aires: Astrea, 1.ª reimp., 2007, pp. 252 ss.

Guillermo von Humboldt, "las constituciones políticas no pueden injertarse en los hombres como se injertan los árboles".[4]

De vez en cuando el constituyente confunde sus roles y se mete a legislador ordinario, inflacionando la constitución con un espeso follaje normativo que la ahoga y hace envejecer en poco tiempo. Estamos hablando aquí del *detallismo.* Esas normas, propias del derecho secundario y no del derecho constitucional primario, que es el supremo, perjudican la operatividad y la supervivencia de la constitución.

Desde otra perspectiva, la constitución correcta, técnicamente hablando, es la que guarda razonabilidad en la elección de los medios idóneos para lograr los fines que persigue. La *irrazonabilidad* puede provenir tanto por exceso como por insuficiencia de poder, o por emplearlo inadecuadamente, o por error en la diagramación de los órganos estatales y de sus relaciones entre sí, por ejemplo.

Otro motivo de frustración es la *imprevisión,* si la constitución padece de lagunas significativas o de insuficiencia de reglamentación, en temas en los que olímpicamente guardó silencio, o que no debió dejar en manos de la legislación infraconstitucional.[5]

Paralelamente, la bondad de una constitución es tributaria, por supuesto, de la ideología que la inspira, y de la aceptación social de esa ideología. En este campo, cabe reconocerlo, lo que es bueno para determinada ideología puede ser malo para otra y viceversa: cláusulas constitucionales que resultan vitales para la ideología *A* suelen ser entrevistas como ilegítimas por las ideologías *B* o *C.* Una fórmula aparentemente compatibilizadora sostendría que las normas de la constitución deben inspirarse en el bien común, que es un valor síntesis y que atiende las necesidades de toda la comunidad, globalmente considerada, pero tal afirmación importa también una opción doctrinaria política determinada (la cristiana tradicional, verbigracia). En este ámbito cabe reconocer, con cierta crudeza, que si una sociedad se encuentra fuertemente dividida en el plano ideológico, la constitución será sentida como magnífica por un sector y como perversa por el otro, salvo que se encuentre y consienta por los principales actores (tarea no fácil, por cierto) una fórmula multiideológica o un techo ideológico mixto razonablemente armónico.[6]

Asimismo, la constitución "correcta" debe ser compatible con un derecho internacional cada vez más exigente e impetuoso, que proclama que no puede ser incumplido por el Estado que invoque reglas locales para eximirse de su acatamiento, o que

---

[4] Cit. por Konrad Hesse: *Escritos de derecho constitucional,* trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 69.

[5] En Argentina, por ejemplo, la asamblea constituyente de 1994 no logró ponerse de acuerdo en la integración concreta del Consejo de la Magistratura y dejó el tema en manos de una ley especial que dictó el Congreso, aunque el artículo 114 de la Constitución advirtió que la ley debía establecer un "equilibrio" entre representantes de los jueces, de los abogados y de los poderes electos popularmente (Congreso y presidente), además de prever representantes del ámbito académico y científico. La ley 26080 desvirtuó el mensaje del constituyente, exagerando la presencia en el Consejo de los representantes de la "clase política". Más grave todavía fue la omisión de la Constitución norteamericana de 1787, de no aclarar si los Estados locales podían abandonar la Unión, imprevisión que en parte, años después, provocó la guerra civil de secesión.

[6] Las constituciones con techo ideológico múltiple, a su turno, pueden ser portadoras de esquizofrenias constitucionales que deben ser resueltas por los operadores posteriores de la Constitución. Hemos tratado el tema en Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2.ª ed., 2006, pp. 108 ss.

directamente invalida las normas constitucionales domésticas opuestas a él, en particular en materia de derechos humanos.[7]

Por último: la constitución "adecuada", compatible con un grado cultural básico, es la respetuosa de ciertos valores y derechos imperantes en la conciencia jurídica contemporánea, que quizá puedan resumirse en la idea de respeto a la dignidad de la persona (y sus proyecciones en lo político, en lo económico y en lo social), por un lado, y en un régimen gubernativo moderno que incluya ingredientes esenciales de democracia, publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de las autoridades, acceso a la información pública, alternancia y periodicidad en el ejercicio de los cargos políticos, genuina división de los poderes, control jurisdiccional de constitucionalidad, etcétera.

3. Dos problemas del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo

En los últimos procesos constituyentes de Latinoamérica aparecen dos cuestiones que pueden generar interrogantes acerca de su compatibilidad con lo que podría llamarse la *cultura constitucional contemporánea.*

a. Uno refiere a la cuestión del número de los poderes del Estado. Así, es común que una constitución erija tres poderes (legislativo, ejecutivo, judicial), pero nada impide que pueda adoptar otros más (por ejemplo, electoral, constituyente, municipal) y, desde luego, órganos extrapoder (tribunal constitucional, ministerio público, defensor del pueblo, verbigracia). Pese a que algunas veces sea discutible crear autonómicamente una "función de transparencia y control social", como lo hacen por ejemplo los artículos 204 y siguientes de la nueva constitución de Ecuador (que guarda conexiones con el Poder Ciudadano y el Consejo Moral Republicano del artículo 273 de la constitución de Venezuela), ello es una opción más del constituyente, que no es incompatible con el Estado de derecho. Todo eso, más allá del acierto que pueda tener la programación concreta del organismo en cuestión.

b. Más opinable es que la constitución determine la composición de órganos relevantes del Estado con cuotas de etnias o naciones (entendidas estas en el sentido sociológico del término). La reciente constitución de Bolivia, por ejemplo, diseña un Tribunal Constitucional Plurinacional, precisamente porque debe conformarse "con criterios de plurinacionalidad" (artículo 197). El Poder Legislativo, por las mismas razones, se denomina *Asamblea Legislativa Plurinacional:* para integrarlo, su mapa electoral se divide en circunscripciones, algunas de las cuales son especiales, de tipo indígena originario y campesino (artículo 146, VII). También hay una jurisdicción judicial originaria y campesina, que se fundamenta "en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena" y tiene "ámbitos de vigencia, personal, material y territorial" (artículo 191). Tal jurisdicción aplica "sus

[7] Así el llamado *control de convencionalidad,* establecido en la región por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cf. Néstor Pedro Sagüés: "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales", en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B-761.

principios, valores culturales, normas y procedimientos propios", pero debe respetar los derechos y garantías establecidos en la constitución (artículo 190).

La tesis revolucionaria francesa del ciudadano abstracto, miembro virtual de una nación única e indivisible, no vería con buenos ojos estas estratificaciones que, en algunos aspectos, parecen volver a una suerte de neofeudalización, o a una corporativización de los órganos estatales. Pero, por otro lado, otra visión constitucional más reciente, la del *hombre situado,*[8] como la llamaría Georges Burdeau (propia del constitucionalismo social y de los derechos de segunda y tercera generación), asimila ciertas realidades y regula derechos constitucionales específicos, protectores, por ejemplo, de determinados grupos reputados como vulnerables (las mujeres, los niños y adolescentes, los ancianos, los trabajadores, los discapacitados, las personas por nacer, etcétera), enunciando tales derechos "con nombre y apellido", como se ha dicho, con toda pedagogía, alguna vez.

Un antecedente significativo en la cuestión de la plurinacionalidad fue la constitución de Chipre de 1960, que disponía que el presidente debía ser griego y el vicepresidente turco (artículo 1), y que la Cámara de Representantes tenía que contar con un 70% de sus miembros electos por la comunidad griega y un 30% por la comunidad turca (artículo 62). También había una cámara comunitaria griega y otra cámara comunitaria turca, con ciertos roles legislativos para sus comunidades (artículo 86). El Tribunal Constitucional Supremo, a su turno, se integraba con un magistrado griego, otro turco y un tercero neutral, que lo presidía (artículo 133).

En definitiva, esas integraciones pluriétnicas pueden encontrar justificación —y por ende no importan desconstitucionalización ni olvido de la cultura constitucional— en ciertas condiciones. Una es que respondan a auténticas necesidades políticas cuya satisfacción sea obligada para que exista un Estado legítimo y viable. Dicho de otro modo, son aceptables si resultan indispensables. Otra, que las cuotas de poder que distribuyan entre los grupos del caso sean equitativas. Un tercer recaudo es que los protagonistas de la vida política plurinacional posean un mínimo de *affectio societatis* para trabajar en común, en vez de utilizar las instituciones del caso como campos políticos de batalla para desahogar resentimientos o revanchas históricas. La experiencia puede aconsejar, por lo demás, que se mantengan o que se extingan mediante una reforma constitucional, esto último si, en vez de servir para el diálogo y la integración, los órganos del Estado se fraccionan en trincheras corporativas en permanente lucha, con el consiguiente resultado antisistémico final.

4. La cultura constitucional del constituyente (II). El procedimiento de adopción de la constitución

Para definir el acierto de una constitución cabe preguntarse, además, si fue *impuesta* o *consensuada* por el constituyente, vale decir, si es una "constitución de la discordia" o

[8] Georges Burdeau: *Método de la ciencia política,* trad. de Juan Carlos Puig, Buenos Aires: Depalma, 1964, p. 334.

una "constitución de la concordia". Cuando el grado de rechazo comunitario a la constitución es alto, el hecho de haberse aprobado por una simple mayoría es una victoria a lo Pirro que provoca un serio pronóstico de fragilidad y de vida corta. Ni que decir si esa mayoría relativa se ha obtenido con artimañas o jugarretas, o con agresividad o violencia en las campañas electorales, en los referendos o en la propia asamblea constituyente, episodios que en los casos más agudos pueden desembocar en una especie de "guerra civil constitucional", al fin de la cual medio país (el victorioso) encaja a casi otro medio país (el derrotado) la constitución de la discordia.

Es obvio que en tales hipótesis la minoría vencida, en particular si es numéricamente importante, tendrá la tentación, cuando pueda, de destruir a la constitución "impuesta". Al revés, constituciones "de la concordia", producto del consenso —como fueron por ejemplo las de Bonn de 1949, de Italia de 1946 o de España de 1978—, al resultar constituciones "queridas", contaban ya con un buen antecedente para obtener lo que Konrad Hesse llama *voluntad de constitución*.[9]

Otro dato significativo, en lo que hace a la cultura constitucional en el establecimiento de una constitución, es el respeto al procedimiento de enmienda, o directamente de sanción de una nueva constitución. En el caso latinoamericano es altamente preocupante una serie de reformas constitucionales practicadas en los últimos lustros que infringen el trámite de cambio constitucional programado por la constitución anterior, para lo cual se han utilizado con frecuencia: a) referendos convalidatorios de un llamado a reforma mediante trámites no contemplados por el texto constitucional preexistente, y b) referendos aprobatorios del nuevo documento constitucional así elaborado. Se trata del ejercicio del *poder constituyente irregular,*[10] presuntamente legitimado con el argumento político de la soberanía del pueblo, curalotodo que superaría cualquier objeción jurídica a todos los vicios habidos durante la reforma.

Este recurso, muy efectista y casi siempre exitoso en los hechos, apela a sentimientos más que a razones y es una muestra más del voluntarismo decisionista al estilo de Carl Schmitt. Pero no resulta compatible con el Estado constitucional de derecho, donde en verdad no hay *soberano* alguno (ya que todos están sometidos a la constitución y a la ley), y donde el pueblo debe expresarse en el momento y según los procedimientos establecidos por el orden jurídico.

5. La cultura constitucional de los operadores de la constitución y de la sociedad

Uno de sus componentes clave de la idea de cultura constitucional, nos parece, es la *voluntad de constitución* a la que, como vimos, aludía Konrad Hesse. Es decir, la leal intención de cumplimiento de la ley suprema.

[9] Hesse: o. cit., p. 78.

[10] Néstor Pedro Sagüés: "Notas sobre el poder constituyente irregular", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 151 ss.

La voluntad de constitución es un dato que proviene, fundamentalmente, de la dimensión fáctica o existencial del derecho constitucional, es decir, de la psicología social y de la sociología. Puede darse o darse muy poco. Tiene dos niveles: a) la voluntad de cumplimiento de los operadores oficiales de la constitución (legisladores, altos funcionarios, jueces) y b) la voluntad de los grupos no oficiales (sindicatos, iglesias, movimientos sociales, grupos de presión, el pueblo en general).

Como dato expresivo de orden y de seguridad, un índice alto de voluntad de cumplimiento de la constitución es, *prima facie,* siempre un buen indicador. Referido a una constitución correcta, es desde luego plausible. Sin embargo, cuando una constitución tiene algunas cláusulas gravemente ilegítimas, ellas son impugnables en el caso concreto por *carencia dikelógica o axiológica de normas,*[11] o si se prefiere, y como tesis muy parecida, por aplicación de la *fórmula de Radbruch,* aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán: inaplicarlas por entender que *la injusticia extrema no es derecho.*[12]

6. Contracultura constitucional y desconstitucionalización

El término *desconstitucionalización* es multívoco y alude a diferentes situaciones.[13] Algunas de ellas se vinculan a la inexistencia o la escasa voluntad de cumplimiento de la constitución, sea por los gobernantes, sea por los gobernados o por ambos al mismo tiempo.

Veamos algunas variables de desconstitucionalización.

a. Como déficit de seguimiento de la constitución por sus operadores formales, Werner Kägy menciona, por ejemplo, los casos de *quebrantamiento* de la constitución, que son supuestos de infracciones aisladas so pretexto, verbigracia, del estado de necesidad; el uso frecuente del *derecho de emergencia;* el empleo constante de delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo, o la práctica reiterada de mutaciones constitucionales que implican verdaderas reformas materiales de la constitución, pero consumadas fuera del trámite previsto para las enmiendas formales.[14] Loewenstein, por su parte, alude a la falta consciente de observancia de la constitución (incluso con aprobación comunitaria, como el rearme japonés no obstante los términos de la constitución de 1946) o a los casos de inconstitucionalidad por omisión en la sanción de normas generales que la constitución demanda pero que el legislador no elabora.[15] Luis Sánchez

[11] Véase Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al derecho,* Buenos Aires: Depalma, 4.ª ed., 1973, p. 291.

[12] Rodolfo L. Vigo: *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy),* Buenos Aires: La Ley, 1.ª reimp., 2006, p. 94.

[13] Néstor Pedro Sagüés: "El concepto de desconstitucionalización", en *La Ley,* Buenos Aires, 2007-B-1268.

[14] Werner Kägy: *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional,* trad. de Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 140-141.

[15] Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución,* trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 2.ª ed., 1976, pp. 222 ss.

Agesta, dentro del rubro *falseamiento* o *fraude constitucional,* menciona el abandono de los principios y valores constitucionales,[16] mientras que Maurice Hauriou añade la sanción de leyes inconstitucionales pero no declaradas así por los órganos de control de constitucionalidad,[17] con lo que, de hecho, esas normas espurias triunfan sobre la constitución. Otros autores mencionan también, como capítulo de la desconstitucionalización, la *derogación sociológica* o desuetudo constitucional [18] de ciertos tramos de la constitución. Hemos añadido por nuestra parte los supuestos de interpretación manipulativa de la constitución,[19] que asume múltiples variantes, como dar a las palabras de la constitución un significado absurdo o rebuscado, interpretar un artículo de ella desconectándolo de los restantes, practicar analogías improcedentes, desplegar un razonamiento incongruente, inventar excepciones que la constitución no prevé, subestimar unas cláusulas y exagerar el valor de otras, tergiversarlas, pervertir y desnaturalizar el contenido de ciertos derechos, etcétera.[20]

Otras manifestaciones de la desconstitucionalización se concretan en los *deslizamientos de competencias,* cuando un poder del Estado abdica intencionalmente de sus competencias constitucionales en favor de otro, o deja que este lo invada, sin reprimirlo (el caso más frecuente ha sido el repliegue de las facultades del Poder Legislativo en pro del Ejecutivo), y en las hipótesis de *inconstitucionalidad por omisión,* en particular por la no emisión de normas que motoricen las cláusulas constitucionales meramente programáticas, que así terminan anestesiadas por la negligencia de los operadores renuentes a ponerlas en marcha.

En cualquiera de estas hipótesis, los operadores realizan un verdadero *desmontaje* de la constitución. El edificio constitucional permanece aparentemente incólume, pero tras su fachada, su superficie y contenido ha quedado alterado. Se puede hablar, por ello, de un *vaciamiento* constitucional, aunque en otros casos el problema es de *sustitución* (irregular) de una regla de la constitución por otra, elaborada por sus operadores.

b. Pero la desconstitucionalización también puede plasmarse en la sociedad misma, mediante una suerte de *devaluación sociológica* de la constitución o de erosión de la conciencia constitucional de la comunidad (Karl Loewenstein). Ello ocurre cuando

---

[16] Luis Sánchez Agesta: *Principios de teoría política,* Madrid: Nacional, 3.ª ed., 1970, pp. 341-342.

[17] Maurice Hauriou: *Principios de derecho público y constitucional,* trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid: Reus, 2.ª ed., s/f, pp. 331-332.

[18] En cuanto la *derogación sociológica* de normas, véase por ejemplo Germán J. Bidart Campos: *Filosofía del derecho constitucional,* Buenos Aires: Ediar, 1969, pp. 100, 102.

[19] Sagüés: *La interpretación judicial…,* o. cit., pp. 165 ss.

[20] Conviene aclarar, de todos modos, que una muestra de cultura constitucional alta exige realizar interpretaciones constitucionales dinámicas y renovadoras, en orden a ajustar (pero con sensatez y habilidad, y no con extravagancias o desatinos) la constitución histórica a las nuevas realidades, y que un indicador de cultura constitucional baja es persistir con interpretaciones anacrónicas de la ley suprema, que la contrapongan con el contexto temporal en el que cabe aplicarla. En el sentido de que "si cambia la realidad social, cambia con ella el contenido de la norma" (constitucional), y de que "toda constitución es constitución en el tiempo", véase Conrado Hesse: "Constitución y derecho constitucional", en Ernesto Benda et al.: *Manual de derecho constitucional,* trad. de Antonio López Pina, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 1996, pp. 9-10.

un pueblo no quiere a su constitución, no le importa, simplemente la desconoce o se habitúa a prescindir cotidianamente de ella.

Estos fenómenos acaecen con más frecuencia en sociedades donde impera una tradición de *anomia,* o sea, estados colectivos de vivencia al margen de la ley (en los casos más extremos y frontales, de desprecio a la ley).[21] En tales contraculturas constitucionales, la evasión de la constitución, en vez de un pecado, puede ser valorada como signo de habilidad política, y el respeto fiel a la constitución, a la inversa, una muestra de monotonía y de escasa imaginación del operador de la ley fundamental.

La renuencia en el cumplimiento de los deberes que la constitución impone a los habitantes, o simplemente el ataque a los derechos constitucionales de los demás, son también índices de una deficiente cultura constitucional comunitaria.

7. Evaluación axiológica

La desconstitucionalización se perfila, por lo común, como una infracción a la cultura constitucional. O, si se prefiere, como una muestra de contracultura o anticultura constitucional. Su connotación, desde la estimativa jurídico-política, es, como regla, negativa.

Sin embargo, paradójicamente, ciertas manifestaciones de la desconstitucionalización son rescatables. Por ejemplo, la costumbre derogatoria de reglas constitucionales gravemente ilegítimas. También es explicable que una constitución de las que hemos llamado *impuestas* genere por su mal parto rechazo social, máxime si las normas que contiene no son las mejores. De todos modos, si fue regularmente establecida, lo propio es reformarla mediante el procedimiento pertinente, sin perjuicio del incumplimiento de los preceptos irremediablemente injustos.

8. Conclusiones

Una constitución sin una base cultural constitucional mínima a) en sus autores, b) en sus operadores fundamentales y c) en el pueblo al que va destinada es una constitución destinada al fracaso. En rigor de verdad, esa dosis de cultura constitucional, más que un adorno del sistema, es un presupuesto de su funcionalidad.

Tal cultura constitucional requiere que la constitución cumpla con una cuota indispensable de buena técnica, razonabilidad y consenso. Por ello, no es acertado que sea utópica, copista ni elefantiásica. Su contenido, paralelamente, debe conciliarse con el derecho internacional, respetar los derechos fundamentales de la persona y adoptar una estructura de poder acorde con el actual Estado constitucional de derecho (división de los poderes, control jurisdiccional de constitucionalidad, transparencia de la

[21] Véase Carlos Santiago Nino: *Un país al margen de la ley,* Buenos Aires: Emecé, 1992, pássim; Antonio M. Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo: *Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica,* México: UNAM, 2005, pp. 18 ss.

función pública, responsabilidad de los gobernantes, etcétera). Después, por parte de sus operadores y de la comunidad, debe existir, entre otros factores, una cuota apreciable de voluntad de cumplimiento, otro dato vital para medir el grado de cultura constitucional.

Resumimos, en nota, los datos esenciales de alta y baja cultura constitucional respecto de sus tres protagonistas principales: el constituyente, el operador de la constitución, y la sociedad.[22]

En la etapa de elaboración y de reforma de la constitución, el último constitucionalismo latinoamericano ha incluido, según los casos, dispositivos no tan repetidos en el derecho comparado (aunque hay algunos antecedentes), como la multiplicación de los poderes del Estado y su integración programada como multiétnica o plurinacional. Ambos mecanismos pueden justificarse, pero en ciertas condiciones. En otros supuestos, el poder constituyente se ha ejercido irregularmente, por más que algunos plebiscitos intenten purgar los defectos del procedimiento de reforma. También es

[22] *Indicadores de cultura constitucional*

(Aclaración: en cada caso, la primera alternativa es de alta cultura constitucional; la segunda, de baja cultura.)

I. Cultura constitucional del constituyente:

1. (alta): Constitución consensuada / (baja) constitución impuesta.
2. Constitución contrato (exigible por sus beneficiados) / constitución promesa (no exigible).
3. Constitución posible / constitución utópica.
4. Constitución elaborada / constitución imitada.
5. Constitución clara / constitución ambigua.
6. Constitución coherente / constitución contradictoria.
7. Constitución razonable (relación fines-medios) / constitución irrazonable.
8. Constitución previsora / constitución imprevisora.
9. Constitución esencialista / constitución detallista (constitución "subconstitucional").
10. Constitución personalista / constitución transpersonalista.
11. Constitución internacionalista / constitución autista.

II. Cultura constitucional de los operadores:

1. (alta) "Voluntad de constitución" (seguimiento, compromiso con la constitución) / (baja) desconstitucionalización ("desmontaje", "desmantelamiento", "vaciamiento", infracción, quebrantamiento, mutaciones ilegítimas de la ley suprema).
2. Adaptación sensata de la constitución a las nuevas realidades / interpretación anacrónica de la constitución.
3. Reformas y cambios constitucionales regulares / poder constituyente irregular.
4. Respeto de la división de los poderes / deslizamientos inconstitucionales de competencias.
5. Respeto por los derechos personales / infracción a esos derechos.
6. Cumplimiento de las obligaciones constitucionales / inconstitucionalidad por omisión o por negación.
7. Sanción de leyes y demás normas de conformidad con la constitución / emisión de leyes y demás normas contra la constitución.
8. Declaración de inconstitucionalidad de normas inconstitucionales / convalidación expresa o tácita de normas inconstitucionales.

III. Cultura constitucional de la comunidad.

1. (alta) "Voluntad de constitución" (compromiso con la constitución) / (baja) "desconstitucionalización" (indiferencia, anomia, erosión de la conciencia constitucional).
2. Cumplimiento de los deberes constitucionales / omisión de los deberes constitucionales.
3. Respeto por los derechos constitucionales de los demás / violación de los derechos constitucionales del prójimo.

preocupante —en algunos Estados— el alto índice de confrontación interna entre los partidarios y los enemigos de la reforma constitucional, y el carácter de *constitución impuesta* que en varios países de la región han tenido ciertas enmiendas. Tales episodios pueden fomentar en el futuro casos de inestabilidad sistémica y de baja perdurabilidad de la constitución.

Especial. 60 años de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

- César Landa
  60 años de la Ley Fundamental de Bonn. Significado y aporte al fortalecimiento del Estado democrático

- Rudolf Mellinghoff (Alemania)
  60 años de Ley Fundamental. Incidencia del Tribunal Federal Constitucional en la realidad constitucional

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 111-128, ISSN 1510-4974

César Landa (Perú)*

60 años de la Ley Fundamental de Bonn: significado y aporte al fortalecimiento del Estado democrático**

RESUMEN

Con motivo de los 60 años de la Ley Fundamental de Bonn, se evalúan el significado y la influencia del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, marcado por una fuerte judicialización de los valores democráticos y constitucionales, que cada cierto tiempo es cuestionado acerca de la legitimidad de su activismo judicial en relación con el legislador. La expansión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha convertido en la medida de la validez de la propia Constitución, a través de lo que la doctrina comparada ha denominado el *neoconstitucionalismo jurisprudencial,* el cual en ocasiones entra en tensión y/o integración con los tribunales de Estrasburgo y sobre todo Luxemburgo. Sin embargo, la democracia constitucional militante que postula la justicia constitucional ha servido a la transición democrática constitucional tardía de los países mediterráneos, de los países de América Latina y de Europa de Este, con diferente intensidad.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, Ley Fundamental de Bonn, justicia constitucional, tribunales constitucionales, derechos fundamentales, jurisdicción constitucional, derecho comparado, Unión Europea, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

Aus Anlass des sechzigjährigen Bestehens des Bonner Grundgesetzes werden die Bedeutung und der Einfluss der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts untersucht, für die eine starke Judizialisierung der demokratischen und in der Verfassung niedergelegten Werte kennzeichnend ist und die immer wieder hinsichtlich der Legitimität des gerichtlichen Aktivismus im Verhältnis zum Gesetzgeber kritisch hinterfragt wird. Die Ausweitung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist über den in der vergleichenden Rechtslehre so genannten *Neokonstitutionalismus der Rechtsprechung,* der sich bisweilen in einem Spannungs- und/oder Integrationsverhältnis zu den Gerichtshöfen in Straßburg, vor

---

* Magistrado y ex presidente del Tribunal Constitucional peruano. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ‹clanda@pucp.edu.pe›

** El presente artículo ha sido elaborado sobre la base del texto de la conferencia ofrecida el 25 de mayo de 1999 en el Instituto Goethe de Lima, con motivo de los 50 años de la Ley Fundamental de Bonn.

allem aber in Luxemburg, befindet, zum Maßstab der Gültigkeit der Verfassung selbst geworden. Gleichwohl hat die von der Verfassungsgerichtsbarkeit vertretene militante Verfassungsdemokratie mit jeweils spezifischer Intensität einen Beitrag zum verspäteten Übergang der Mittelmeerländer sowie der Staaten Lateinamerikas und Osteuropas zu einer verfassungsmäßig begründeten Demokratie geleistet.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus, Bonner Grundgesetz, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Grundrechte, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Vergleichendes Recht, Europäische Union, Deutschland.

ABSTRACT

On the occasion of the 60th anniversary of the Fundamental Law of Bonn, the meaning and influence of the judicial development of the Constitutional Court, which has been marked by a strong judicial impact on the democratic and constitutional values, is evaluated. The Constitutional Court has been questioned from time to time about the legitimacy of its judicial activism. The expansion of the Constitutional Court's case law has turned into a measure of the validity of the Constitution itself, through what comparative legal writers have referred to as "jurisprudential neoconstitutionalism." This, in turn at times clashes with and/or provides integration with the Strasbourg and, above all, Luxembourg tribunals. However, militant constitutional democracy postulates that constitutional justice has been useful to the overdue constitutional democratic transition of Mediterranean, Latin-American and Eastern European countries, in different degrees of intensity.

Keywords: neoconstitutionalism, Fundamental Law of Bonn, constitutional justice, constitutional courts, fundamental rights, constitutional jurisdiction, comparative law, European Union, Germany.

1. Significado de la Ley Fundamental de Bonn

El 23 de mayo de 2009, la Ley Fundamental de Bonn cumplió 60 años de vigencia. Como ha señalado recientemente el profesor Josef Isensee, esta ha adquirido en seis decenios tal grado de prestigio, consenso y confianza como ninguna otra Constitución anterior en la historia de Alemania.[1] Es del caso celebrar dicho aniversario por razones que van más allá de las tradicionales consideraciones. Son dos las más evidentes: 1) porque la Ley Fundamental ha constituido el cimiento básico para el establecimiento de una democracia avanzada en Alemania, luego de la noche oscura del III Imperio; 2) porque ha servido de faro que ha iluminado el camino de las transiciones de sociedades cerradas hacia sociedades abiertas, en diferentes latitudes culturales del mundo.

[1] Josef Ícense: "El Federalismo en Alemania: Constitución y realidad". Conferencia pronunciada el 25 de mayo de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con motivo del LX Aniversario de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (trad. de Héctor Fix-Fierro). El texto puede verse en ‹http://www.alemaniaparati.diplo.de/Vertretung/mexikogic/es/04/60_20Aniversario_20Grundgesetz/Conferencia_20Isensee__downloaddatei,property=Daten.pdf›.

La reconstrucción e implementación del Estado de derecho durante los primeros años de la posguerra fue materia de un amplio debate político y jurídico en Alemania, lo cual llevó en términos generales a contradicciones sobre modelos alternativos de reflexión político-constitucional, entre los partidos cristiano-demócratas y los socialistas-comunistas; conflicto que estuvo inmerso en el marco de la confrontación ideológica durante la guerra fría, como quedó evidenciado en el debate sobre la creación de la República Federal de Alemania. En efecto, en la redacción de la Ley Fundamental de Bonn, señaló Schneider:

> No solo fueron determinantes las imposiciones de las fuerzas de ocupación occidentales, las experiencias de la época de Weimar y el régimen de Hitler; así como una concepción jurídico-liberal del Estado, sino que también estuvo presente, sobre todo, el deseo de una delimitación clara frente al sistema político de la zona de ocupación soviética, a fin de evitar desde un principio por medios constitucionales una propagación del *movimiento de frente único* en la RFA.[2]

En ese sentido, el restablecimiento del Estado de derecho en la posguerra tuvo un fuerte componente democrático y constitucional, como las dos columnas básicas de la sociedad civil y sobre todo de la actuación del Estado. De allí que la implementación y el desarrollo del modelo del Estado de la posguerra hayan estado impregnados de un aura iusnaturalista,[3] caracterizada, por un lado, por otorgar a la Constitución un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder y fortalecimiento del proceso político libre y vivo,[4] así como por interpretar la Constitución como ordenación jurídica fundamental del Estado. Por otro lado, por refundarse no solo en el principio de la legalidad y en el principio social, sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de derecho, como quedó consagrado en el paradigmático caso de la Constitución de Alemania (Ley Fundamental del Bonn de 1949).[5]

La Constitución y el sistema legal en adelante, serán los instrumentos de protección de los derechos fundamentales de las personas, así como de limitación y control

---

[2] Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Madrid: CEC, 1991, p. 24: el frente único fue la estrategia de coalición gubernamental o parlamentaria de los partidos de izquierda en la posguerra. Asimismo, Konrad Hesse: "Die Verfassungsentwicklung seit 1945", en E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, W. Heyde (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín y Nueva Cork: Walter de Gruyter, 1994, pp. 40 ss.; Peter Häberle: "Die europäischen Verfassungsrechtlichen Erfahrungen der Nachkriegszeit - das Beispiel Deutschland (1945/49-1996)", en *JÖR* 46, 1998, pp. 81 ss., y Dominique Rousseau: *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1996, pp. 24 ss.

[3] René Marcic: "Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung", en René Marcic e Ilmar Tammelo: *Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung und die Grundprobleme*, Fráncfort: Peter Lang, 1989, pp. 219-243.

[4] Horst Ehmke: "Grenzen der Verfassungsänderung" (1953), en el compendio del autor *Beiträge zur Verfasungstheorie und Verfasungspolitik* (editor P. Häberle), Fráncfort y Bonn: Athenäum, 1981, pp. 91 ss.

[5] Konrad Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995, pp. 58 ss., 83 ss.

del poder. La revalorización de la persona humana y sus derechos supuso también la subordinación de la ley a los principios y valores del nuevo Estado de derecho expresados en la Constitución. En tal sentido, en la posguerra Krüger señalaría con acierto que hasta ese entonces los derechos fundamentales eran válidos solo en el marco de la ley, mientras que en adelante la ley solo sería válida en el marco de los derechos fundamentales.[6]

La universalización de los derechos fundamentales en el orden político nacional mediante la incorporación de la tutela de los derechos humanos en la Ley Fundamental de Bonn, la posguerra, la aprobación de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y regionales, como también en la eficacia de su protección en los juicios de Núremberg contra los ex jerarcas nazis, supuso el uso de normas de derecho natural (*ius cogens*) para el restablecimiento de una cultura de vida civilizada, es decir, se volvió cual mito de Sísifo al eterno retorno a los derechos naturales del hombre, imprescriptibles e inalienables.[7]

Sin embargo, la positivización de los derechos naturales del hombre les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las contituciones.[8] Se presentó así un nuevo dilema sobre el grado de vigencia de los derechos económicos y sociales incorporados en los diferentes textos jurídicos. Si bien la Constitución inicialmente no otorgó a los derechos sociales un carácter constitutivo, sino tan solo declarativo, sí supuso en cambio otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida en que el Estado o incluso los terceros particulares (*Der Drittwirkung der Grundrechte*) completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social, para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Ello supuso, en términos concretos, plantear no sin conflictos los límites de la unidad del derecho positivo y del derecho natural.[9]

Así, pues, en términos generales, en la primera década de la posguerra se atravesó una crisis de refundación del Estado de derecho, que se puso en evidencia en el debate político y jurídico, en torno a los problemas fundamentales de la reconstrucción social de Europa. Así, por un lado, la propia noción de la democracia pluralista del período de la posguerra, que había sido coto de los partidos políticos, se puso en cuestión en tanto, por entonces, se reeditaba lo que Gerhard Leibholz llamó la *dictadura de la*

---

[6] Herbert Krüger: *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Gotinga: Vanden & Ruprecht, 1950, p. 12.

[7] Peter Häberle: "El eterno combate por la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa", en *Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, PUCP-MDC, Lima, 1998, pp. 13-19; Felice Battaglia: *Teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, 1966, pp. 175 ss.; asimismo, Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 65 ss., 125 ss.

[8] Werner Kägi: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Zúrich: Polygraphischer, 1945, pp. 39 ss.; asimismo, Wolfgang Schluchter: *Individuelle Freiheit und soziale Bindung. Vom Nutzen und Nachteil der Institutionen für den Menschen*, Heidelberg: Universitätsverlag C. Winter, 1994, pp. 1-26.

[9] Felix Ermacora, *Allgemeine Staaslehre*, I, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 249 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú: *Curso de Derecho político*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1976, pp. 391 ss.

mayoría parlamentaria en detrimento de las minorías políticas,[10] lo cual arriesgaba convertir la división del poder en una formalidad, de los partidos y los grupos de presión.[11]

Frente a estos desafíos de la naciente democracia moderna alemana, se postuló la armonización del concepto ideal y práctico de la democracia con el de la Constitución;[12] la integración soberana del pueblo (*Herrschaft des Volkes*) en los asuntos de interés público[13] o la superación de la antítesis de la legalidad y la legitimidad, en períodos de estabilidad, mediante la justicia social; es decir, incorporando elementos axiológicos a la teoría del derecho y a la teoría del Estado.[14] Pero la refundación del Estado de derecho adquiriría una de sus mayores expresiones en el rol que ocuparía el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe.

1.1. Judicialización de los valores constitucionales

La afirmación de los nuevos principios del constitucionalismo de la posguerra quedó simbolizada en la incorporación de los valores constitucionales de la libertad, a través de los principios de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes, el Estado de derecho, la descentralización y la economía social de mercado; todos ellos como una fórmula de limitación y control del Estado.[15] Ello se debió a la influencia de los contenidos axiológicos fundamentales de la renovada vida política, social y económica en la Constitución, de clara afirmación neoiusnaturalista.[16] En tal sentido, Höpker-Aschoff, en su discurso inaugural de 28 de septiembre de 1951 como primer presidente del Tribunal Constitucional Federal, señaló que "un hombre de Estado puede aplicar un programa político, pero no un juez. Nosotros solo podremos prometer que honraremos obligatoriamente el juramento prestado, más allá de palabras y escritos, que el derecho será un manantial y la justicia una poderosa corriente".[17]

---

[10] Gerhard Leibholz: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 15 ss.

[11] Max Imboden: "Gewaltentrennung als Grundproblem unsere Zeit", en M. Imboden (ed.): *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaate,* Viena: Herder, 1965, pp. 46 ss.

[12] Kägi: o. cit., pp. 152 ss.; Ernst von Hippel, *Vom Wesen der Demokratie*, Bonn: Schwippert, 1947, pp. 46 ss., 59 ss.

[13] Erich Kaufmann: *Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie*, Múnich: Isar, 1950, pp. 5-28; asimismo, Friedrich Glum: *Krise der Demokratie?*, Múnich: Isar, 1951, pp. 22 ss.

[14] Hans Nawiasky: *Staatslehre*, Zúrich: Benziger, 1956, pp. 118-121; ídem: *Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, Einsiedeln y Köln: Benziger, 1941, pp. 19 ss.

[15] Ulrich Scheuner: *Die Kontrolle der Saatmacht im demokratischen Staat*, Hannover: Niedersächsichen Landeszentrale für Politische Bildung, 1977, pp. 75 ss.; ídem: "Der Nationalsozilismus als Politische Layout der Bundesrepublik Deutschland", en *Der Staat*, t. 28, 1989, pp. 505 ss.

[16] Richard Bäumlin: *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Zúrich: Polygraphischer, 1954, pp. 54 ss.; Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts*…, o. cit., segunda parte, pp. 55-121; Peter Saladin: *Grundrechte im Wandel*, Berna: Stämpfli, 1975, pp. 40 ss.; asimismo, Friedrich Darmstaedter: "Naturrecht und Positives Recht", en *DRiZ*, vol. 7, n.º 30, 1952, pp. 109 ss.

[17] Deutschland Bundesrepublik Bundesverfassungsgericht: *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe: Müller, 1963, p. 4; de esta manera el TCF nacía como una antítesis del positivismo y

En tal sentido, la positivización de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales y económicos en la Ley Fundamental de Bonn, así como el profundo desarrollo de esos derechos por el Tribunal Constitucional Federal, han caracterizado el desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana.[18] Ello ha sido así en virtud de la implementación y extensión del control constitucional a la función política,[19] lo que supuso una comprensión material del derecho constitucional (*Verständnis des Verfassungsrechts*) de los derechos fundamentales, el orden democrático y el principio del Estado social, a través del predominio de la eficacia social y valorativa de la norma constitucional por sobre el método jurídico positivista.

En tal sentido, Weinkauff (otro antiguo presidente del TCF) señaló que "en general el pensamiento del derecho natural ha influido en su contexto las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal".[20] Expresión de este pensamiento jurisprudencial fue la doctrina de la ponderación e integración de los valores, con las famosas sentencias *Lüth* y *Apotheke*, como posteriormente la del *numerus-clausus*, donde se consagra el valor objetivo de los derechos fundamentales que irradia al derecho en su conjunto, incluso al derecho privado,[21] haciéndolos eficaces frente a terceros particulares (*Der Drittwirkung der Grundrechte*).[22]

1.2. Desafíos a la legitimidad constitucional

El Tribunal Constitucional de Karlsruhe ha cumplido un papel clave en la protección de los derechos fundamentales, mediante la interpretación, delimitación y fomento jurisprudencial de los derechos humanos; redescubriendo el contenido valorativo, institucional, funcional y social de los derechos fundamentales y la propia Constitución, a través de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la eficaz protección

de la justicia nazi. Véase Kurt Oppler: "Justiz und Politik", en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, vol. 2, octubre de 1947, pp. 323-327.

[18] Konrad Hesse: "Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit", en *JÖR* n.º 46, 1998, pp. 1 ss.; asimismo, W. Hanel: *Die Bedeutung der Grundrechte in der Sozialen Rechsstaat*, 1957.

[19] Klaus Stern: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik,* Westdeurscher, 1980, pp. 12 ss.; asimismo, Karl Hinkel: *Vefassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Maximilian, 1984, pp. 18 ss.

[20] Hermann Weinkauff: "Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, en Naturrecht oder Rechtspositivismus?", en Werner Maihofer (ed.): *Naturrrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellsachaft, 1981, p. 576.; asimismo, Ernst-Joachim Lampe: *Grenzen des rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung*, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 42 ss.

[21] Peter Häberle: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima: PUCP-MDC, 1997, p. 97 ss.; ídem: "Das Bundesverfassungsgericht im Leistungstaat", en *DÖV*, 1972, pp. 729-740, ahora incluido en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979, pp. 57 y 90; asimismo, Christian Starck: "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte", en *JZ,* 21, 1996, pp. 1033 ss.

[22] Walter Leisner: *Grundrechte und Privatrecht*, Múnich: C. Beck, 1960, pp. 285 ss.; asimismo, para conocer la eficacia de los derechos frente a terceros en la Corte Europea, revísese Michael Jaensch: *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden: Nomos Recht, 1997, pp. 33 ss.

del derecho.[23] Sin embargo, un problema central ha sido el exceso de demandas ciudadanas y el diseño de los límites del ejercicio jurisdiccional en el sistema de división de poderes;[24] también la realidad contemporánea de la liberalización económica y la progresiva privatización de los servicios públicos, que —como ha señalado el profesor Konrad Hesse— han puesto en dilema la vigencia de ciertos derechos fundamentales y el propio principio de Estado social.[25] En virtud de ello se pone en el debate la eficacia de algunas sentencias, sobre los *Crucifijos* (BVerfGE 93,1), *La sentada*, *Los soldados son asesinos* (BVerfGE 93,266), *Marihuana* (BVerfGE 90, 145), *Aborto* (BVerfGE 88, 203), *Misión militar del Ejército Federal en Yugoslavia* (BVerfGE 90, 286). Más recientemente, las sentencias *El mercado del Plátano* (BVerfGE 102, 147), *El velo Ludin* (BVerfGE 108. 282), *La Ley de Parejas de Hecho* (BVerfGE 105, 313), *El espionaje acústico masivo* (BVerfGE 109, 279), *La Ley de Seguridad Aérea* (BVerfGE 115, 118) y *El Tratado de Lisboa* (BVerfG, 2 BvE 2/08), entre otras.[26]

Si bien lo controvertido de algunas de sus decisiones ha llevado a señalar que el TCF pretende materializar un "orden judicial total" en la vida política y social, que no siempre ha recibido confianza institucional o ciudadana, y que las construcciones jurídicas abiertas vienen siendo discutidas por otros tribunales federales, sobre todo debido a que la pérdida de la autovinculación apareja el debilitamiento o la pérdida de la vinculación externa,[27] también es cierto que el TCF sigue gozando del más alto nivel de confianza de la opinión pública alemana.[28]

Otro de los mayores desafíos se presentó en la incorporación de la ex República Democrática Alemana a la República Federal. Aunque desde un punto de vista político

---

[23] Ernst Böckenförde: *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Fráncfort: Suhrkamp, 1991, pp. 124 ss.; ídem: *Escritos sobre derechos fundamentales,* Baden-Baden: Nomos, 1993, pp.95-137; asimismo, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez: "Teoría y realidad constitucional en Alemania", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, primer semestre, UNED, 1998, pp. 197-204.

[24] Hasso Hofmann: "Development and crisis of constitutionalism", en Christian Starck (ed.): *Studies in German Constitutionalism. The German contribution to the Forth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden: Nomos, 1995, pp. 36 ss.; asimismo, Meinhard Schöeder: "Strengthening of constitutional law", en Christian Starck (ed.): *New Challenges to the German Basic Law. The German contribution to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden: Nomos, 1991, pp. 25-41.

[25] Konrad Hesse: "Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit", en *JÖR,* 46, 1998, p. 17; asimismo, Jörn Kämmerer: "Verfassungsstaat auf Diät?", en *JZ,* 1, 1996, pp. 1042 ss.

[26] Jürgen Schwabe: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, México: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 669; asimismo, Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez: *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio del milenio,* Madrid: CEPC, 2008, pp. 1154.

[27] Bernhard Schlink: "Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel", en *Juristen Zeitung,* Tubinga: Mohr Siebeck, 2007, vol. 62, n.º 16, pp. 157-162, asimismo, "Helmut Schulze-Fielitz: "Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists", en *AÖR,* 122, 1997, pp. 4 ss.

[28] Evelyn Haas: "TC Federal: Juridificación de la política - Politización de la justicia". Ponencia presentada en *Triana Deutsch-Lateinamerikanische Juristenvereinigung,* Lima, 28-29 setiembre de 2009; asimismo, revísese la encuesta anual sobre la confianza ciudadana en las instituciones públicas alemanas, donde el Tribunal Constitucional ocupa el primer lugar con el 75% de aprobación, en Spiegel Wissen: *Statistik; Vertrauen in öffentliche Einrichtungen und Institutionen,* 27 de setiembre de 2009, disponible en ‹http://wissen.spiegel.de›.

la reunificación se asume como un éxito, desde el punto de vista económico el costo de la reunificación se viene debatiendo aún hoy, pues se siguen invirtiendo millones de euros en recuperar autopistas, modernizar las telecomunicaciones, eliminar la contaminación ambiental y extender el sistema de seguridad social de la Alemania Federal a la antigua República Democrática Alemana. En este sentido, se afirma que la reunificación alemana no ha sido gratuita.

También constituye un desafío constante la delimitación de las competencias entre el Tribunal Constitucional Federal, encargado de tutelar y desarrollar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn, y las competencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, responsable de la protección y el amparo frente a la violación de los derechos, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos.[29] Así, se ha planteado la necesidad de coordinar las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional con las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, a partir del carácter vinculante y obligatorio,[30] lo que ha venido a esbozar las bases de un derecho constitucional europeo, como la síntesis cualitativa de la evolución humanista de la cultura jurídica europea.[31]

Pero, la tensión se ha hecho evidente a partir del desarrollo del ordenamiento jurídico del Tratado de la Unión Europea, en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo (TCJE) ha entrado a proteger los derechos fundamentales en dialéctica con el Tribunal Constitucional Federal. Debido a que al principio, "monistamente", a juicio del TCJE, cada corte nacional debía aplicar el derecho comunitario en su integridad y proteger los derechos fundamentales, en el supuesto de que el derecho interno entrase en conflicto con aquel debía darse prioridad a la disposición comunitaria.

En efecto, este proceso de paulatina integración competencial adquirió especial relevancia en materia de derechos fundamentales, pues el TCF aceptó la posibilidad de que el ordenamiento jurídico comunitario europeo proteja al individuo por medio de normas de carácter supranacional. Así, en cuanto a la jurisprudencia concerniente a los derechos fundamentales, el Tribunal *prima facie* ha reconocido la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional alemán en sus decisiones recaídas en el caso *Solange I y II*.

Como se deduce del caso *Solange I,* de 1974 (BVerfGE 37, 271), el Tribunal afirma el carácter autónomo del derecho comunitario, en el que establece que la transferencia de poderes que se realiza debe hacerse a la luz del artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn. Si en el ordenamiento supranacional faltaban garantías constitucionales, tal

[29] Christian Pestalozza: *Verfassungsprozesrecht*, Múnich: Beck, 1991, pp. 665-666; asimismo, Hofmann: o. cit., pp. 30 ss.

[30] Jochen Abr. Frowein: *Die europäische Grundrechtsschutz und die nationale gerichtsbarkeit*, Berlín y Nueva York: W. de G., 1983, pp. 24 ss.; asimismo, Gerhard Leibholz: "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte", en *JÖR,* 1982, pp. 23 ss.

[31] Peter Häberle: *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, en *Ethos des Interkulturellen* (editores A. Baruzzi y A. Takeichi), Würzburg: Ergon, 1998, pp. 230 ss.; ídem: *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort: Suhrkamp, 1997, donde reúne doce artículos con sus tesis principales sobre la unidad jurídica europea basada en la cultura.

protección era asumida por el ordenamiento nacional, pues la tutela de los derechos fundamentales es ofrecida como algo irrenunciable a la Constitución alemana. La afirmación de la decisión en favor de la aplicación de los derechos fundamentales nacionales se basa en la idea de su protección subsidiaria por la Constitución nacional, es decir, por un ordenamiento diferente del ordenamiento en el cual el acto normativo en cuestión ha sido adoptado.[32] De allí que el TCF reconozca su competencia para declarar inaplicable una norma del derecho comunitario que entra en conflicto con uno de los derechos fundamentales de la Constitución.

Si bien en el caso *Solange II,* del 22 de octubre de 1986 (BVerfGE 73, 339),[33] el TCF reconoce la competencia atribuida al TJCE para llevar a cabo la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario al servicio de los objetivos de la integración, seguridad jurídica e igualdad en su aplicación, de conformidad con la Ley Fundamental de Bonn, difiere del caso *Solange I* por cuanto excluiría una competencia subsidiaria o general de los tribunales alemanes. Pero, esta autolimitación se ve matizada, pues va aparejada en última instancia con la reserva del TCF de la competencia para controlar los límites constitucionales a esta atribución competencial, no ilimitada del TJCE.[34] Así, resulta en sus consecuencias conforme con lo establecido en *Solange I,* con lo que se confirma una idea de sustitución, en un proceso dinámico, de la protección nacional por la protección supranacional de los derechos fundamentales,[35] en virtud de la cual la garantía comunitaria ha de configurar el parámetro de control de validez del derecho comunitario derivado, que es tomado a su vez como base normativa para la actuación de los tribunales y autoridades alemanas.

Ello se pone en evidencia, sobre todo, a partir de la firma del Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007), por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea,[36] con el objetivo, por un lado, de mejorar el radio de acción de la Unión Europea y, por otro, de fortalecer y mejorar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Aunque se ha previsto que dicho tratado entre en vigor a fin de año (está pendiente su ratificación por Irlanda, Polonia y la República Checa), debe señalarse que fue impugnado ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán. La Segunda Sala, sin embargo, mediante sentencia (BVerfG, 2 BvE 2/08), de 30 de junio de 2009, ha considerado que el Tratado de Lisboa es compatible con la Ley Fundamental de Bonn, pero a condición de que se refuercen los ámbitos de participación del Bundestag y del Bundesrat. Precisamente esto

---

32 Ibídem.

33 Véase asimismo la sentencia recaída en el caso *Eurocontrol II* (BVerfGE 59, 63).

34 Antonio López Castillo: "De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF). Comentario de la Sentencia-Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993 (Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der staatlich verfassten Volkes)", en *REDC*, año 14, n.º 40, Madrid: CEC, 1994, p. 224.

35 Rainer Arnold: "Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán", en *Revista de derecho Constitucional Europeo*, año 1, n.º 1, enero-junio de 2004, disponible en ‹http://www.ugr.es/~redce/›.

36 *Diario Oficial de la Unión Europea,* C 306, de 17 de diciembre de 2007.

parece haberse logrado con la reciente aprobación de las "leyes de acompañamiento" alemanas al Tratado de Lisboa.

Los postulados valorativos de los derechos fundamentales, si bien van a ser protegidos por la organización y el desarrollo de la justicia constitucional de factura kelseniana, en un inicio fueron imposibles de explicar e interpretar totalmente desde una perspectiva jurídica positiva; de allí el gran desarrollo de la *jurisprudencia de los valores* de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina constitucionales. Pero una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional Federal alemán, la tendencia se ha concentrado en desarrollar una doctrina constitucional como un proceso abierto, sin la palanca del derecho natural, dado su carácter prepolítico, de raíz individualista y de escaso consenso, que pueda degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Tyrannei der Werte*).[37] Esta tesis de Häberle será complementada por Saladin, en cuanto contemporáneamente se debe entender el derecho natural más como el derecho de la naturaleza, que es un problema vital para el Estado, como deber de mantener la dignidad del hombre y de las generaciones futuras de acuerdo con el medio ambiente, así como que los fines del Estado sean producto de un consenso intersubjetivo.[38]

En ese sentido, se va a llegar a identificar el desarrollo de la Constitución alemana con el desarrollo de la jurisdicción constitucional, así como, posteriormente, a invertir la relación causal entre ambas, convirtiendo al Tribunal Constitucional Federal en la medida práctica y concreta de validez de la Ley Fundamental de Bonn (claro está, evitando caer en un positivismo jurisprudencial) y transformando las relaciones reales del poder del Estado legislativo a un orden jurisdiccional constitucional y valorativo, propio del Estado de Justicia.[39]

Por ello, se ha llegado a caracterizar la evolución del concepto de Constitución, Estado de derecho y democracia alemanas, a partir del proceso de desarrollo de la jurisdicción constitucional, a tal punto que en algún momento se ha afirmado que "con el Tribunal Constitucional Federal se inicia una nueva época para el derecho constitucional",[40] en la que se perciben las posibilidades y los límites del neopositivismo y del neoiusnaturalismo llevados a la práctica de la justicia constitucional. En efecto, siguiendo la tesis kelseniana según la cual el método crea el objeto de conocimiento

---

[37] Peter Häberle: "Verfassungstheorie ohne Naturrecht", en *AÖR,* n.º 99, 1974, pp. 451 ss.

[38] Peter Saladin: "Verfassungsreform und Verfassungsverständis", en *AÖR,* 104, 1979, pp. 387 ss. Un balance y crítica de dicho debate se puede ver en Pablo Lucas Verdú: *Estimativa y política constitucionales*, Madrid: Universidad de Madrid, 1984, pp. 48 ss., donde plantea que una teoría constitucional sin derecho natural es una teoría de la Constitución sin Constitución.

[39] René Marcia: *Vom Gesetzessaat zum Richterstaat*, Viena: Springer, 1957, pp. 193 ss.; Kurt Eichenberger: *Der Staat der Gegenwart* (edición de Verfassugsrat y Regierungsrat del Kantons Argau), Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1980, pp. 11 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti: *Giudici Legislatori*, Milán: Giuffrè, 1984, pp. 13 ss., donde se plantean algunos límites procesales y sustantivos en la creatividad judicial.

[40] Bernhard Schlink: "Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Der Staat*, t. 28, 1989, pp. 161 ss.; Helmut Simon: "Jurisdicción constitucional", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.): *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: IVAP y Marcial Pons, 1994, pp. 823 ss.; asimismo, Ulrich Haltern: *Verfassungsgerichtsbarkeit. Demokratie und Mißtrauen*, pp. 368 ss.

y su función,[41] el quehacer de la justicia constitucional ha convertido a la Constitución, mediante las técnicas de la interpretación constitucional, en una Carta jurisprudencial de derechos y libertades.[42]

2. Aporte de la Ley Fundamental al desarrollo de los Estados democráticos

Indudablemente la influencia de la Constitución alemana en el mundo del derecho público del siglo XX encuentra sus raíces en el período de entreguerras, con el impacto que creó la Constitución de la República de Weimar de 1919 en el mundo del derecho público. Ello es así por cuanto en torno a ella se concentró lo mejor del pensamiento político-constitucional germánico. Así, Hans Kelsen con su teoría pura del derecho o la creación de la justicia constitucional; Carl Schmitt con sus profundas teorías sobre el derecho público que demolieron las bases del Estado liberal burgués de derecho; Hermman Heller con una teoría política y jurídica del Estado social de derecho que buscaba cerrar la brecha entre el Estado y la sociedad; y Rudolf Smend con su teoría de la integración del Derecho Constitucional, como una profunda forma de armonizar la libertad con la autoridad. Con justa razón, el profesor Peter Häberle, de la Universidad de Bayreuth, ha señalado que los actuales juristas alemanes son enanos que están parados en los hombros de esos gigantes de Weimar; por eso, aunque su obra pueda avizorar nuevos horizontes, eso solo es posible gracias a ellos.[43]

Es en ese profundo marco de referencia jurídico-político, propio de una vigorosa época de brillante creación científica, artística, jurídica y cultural, que se puede entender que la Ley Fundamental de Bonn haya encontrado un manantial de principios e ideas para reelaborar o incorporar, superando las limitaciones conceptuales y sociales de entonces. Solo en ese marco histórico adquiere sentido la afirmación de que, una vez establecida e implementada la democracia constitucional alemana y validados sus logros con la Ley Fundamental de Bonn, rápidamente se haya convertido en un punto de referencia obligado de mayor o menor observación y consulta de las demás democracias occidentales europeas, como Francia, Italia, España, Portugal o Grecia, donde se viene desarrollando el neoconstitucionalismo jurisprudencial, y en particular de aquellos países de Europa del Este y de América Latina que salieron más temprano o

---

[41] Hans Kelsen: "Über Grenzen juristischer und soziologischer Methode" (1911), en *Die Wiener Rechtstheoretischer Schule*, t. 1 (escritos de Hans Kelsen, Adolf Merkl y Alfred Verdross), Viena: Europa, 1968, pp. 3 ss.; asimismo, Werner Krawietz: *Das positive Rechts und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionales Rechtstheorie*, Berlín: Duncker & Humblot, 1967, pp. 18 ss. y 39 ss.; ídem: *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden: Steiner, 1984, pp. 18 ss.

[42] Dominique Rousseau: *Droit du contentieux constitutionnel*, París : Montchrestien, 1990, pp. 305 ss.; ídem: "Les constitutionalistes, les politistes et le "renouveau" de l'idée de constitution", en Jacques Chevalier y otros: *Droit et Politique*, París: CURAPP y Presses Universitaires de France, 1993, pp. 40 ss.

[43] Peter Häberle: "El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos", (entrevista de César Landa), en *Pensamiento Constitucional,* año III, n.º 3, Lima: PUCP-MDC, 1996, p. 288.

más tarde de regímenes dictatoriales, donde se vienen dando procesos de neoconstitucionalismo democrático.

2.1. Neoconstitucionalismo jurisprudencial

El redescubrimiento de la Constitución en términos jurídico-positivos mediante el desarrollo tardío de la jurisdicción constitucional produjo en Francia el fenómeno del *neoconstitucionalismo* o *neopositivismo.*[44] Este fenómeno se desarrolló a partir de 1971-1974, cuando el Consejo Constitucional francés, para proteger los derechos fundamentales, extendió el concepto de Constitución incorporándole la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las disposiciones de la Constitución del Frente Único de 1946. Oficializaba así una idea del derecho que consagró los principios de la economía de mercado, de una democracia política moderada, y creó un espacio vivo y abierto al reconocimiento indefinido de los derechos y libertades, a través de la lógica del trabajo jurisdiccional.[45]

Ello no ha sido óbice para que también se haya entendido que el rol de control del juez constitucional, para ser compatible con el principio democrático, debe fundarse siempre en el derecho positivo dictado por los representantes del pueblo. En este sentido, neopositivista, se ha sostenido que el control de la constitucionalidad de la ley debe ser concebido en último término como análisis de una irregularidad procedimental,[46] porque el Congreso, al legislar un tema o asunto constitucional de manera inconstitucional, está violando una materia de competencia del poder constituyente. Por ello, como señala Rousseau, se ha pretendido que el control constitucional se reduzca a un control de los poderes constituidos y a un control de procedimiento, en el que el juez constitucional no entre a valorar o apreciar el contenido de la moralidad de la ley, que es un asunto de decisión u oportunidad política del legislador.[47]

En el texto constitucional de Italia de 1948, sin lugar a dudas, la positivización de los derechos humanos y de nuevos derechos sociales y económicos ha tenido una impronta en el Estado constitucional nunca antes conocida, que ha puesto en cuestión la perspectiva metodológica formal del derecho de los tribunales ordinarios, distanciada de la vida social. En ese sentido, el establecimiento del Tribunal Constitucional,

---

[44] Yves Poirmeur: "Thèmes et débats autour du constitutionnalisme", en *Droit et politique*…, o. cit., pp. 27 ss.; Louis Favoreu: "Propos d'un 'neo-constitutionaliste'", en Jean-Louis Seurin (ed.): "Introduction" a *Le constitutionnalisme aujourd´hui*, París: Economica, 1984, p. 26; asimismo, Pablo Lucas Verdú: "La Constitución en la encrucijada. Palingenesia iuris politici", en *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, Lima: PUCP-MDC, 1997, pp. 101 ss.

[45] Rousseau: *Une résurrection*…, o. cit., pp. 6 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky: "La doctrine du Droit Vivant", en *AIJC,* vol. II, 1986, pp. 55 ss.

[46] Georges Vedel: "Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la trascendance des droits de l´homme", en *Pouvoirs,* n.º 45, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 149 ss.

[47] Rousseau: *Droit du contentieux*…, o. cit., pp. 376 ss.; asimismo, Bastien François: "Justice constitutionnelle et 'démocratie constitutionnelle'. Critique du discours constitutionnaliste européen", en *Droit et Politique*…, o. cit., pp. 53-64, donde plantea urgentemente un debate sobre los problemas de la representatividad democrática de la justicia constitucional.

dada su nueva forma de asumir la interpretación jurídica, acorde con los principios constitucionales, ha llevado a replantear el derecho jurisprudencial.[48]

En efecto, en el nuevo constitucionalismo de la posguerra, los textos constitucionales no otorgan carácter constitutivo a los derechos humanos, sino en muchos casos tan solo de manera declarativa; en consecuencia, no cierran exclusivamente en la norma positiva, el reconocimiento y la validez de la protección de los derechos fundamentales, como antaño, sino que los incorpora enunciativamente o en normas abiertas a futuro —como la cláusula Lelio Basso del artículo 3 de la Constitución italiana de 1948, sobre la igualdad material—[49] para que en todo tiempo y lugar se pueda defender la dignidad de la persona frente a cualquier sujeto, forma o modo de violación de los derechos humanos.

La transformación de la Constitución y los derechos fundamentales, como clave del ordenamiento del sistema de vida italiana, ha dado lugar a una *judicialización del ordenamiento,* la cual ha encontrado en los derechos sociales-económicos y culturales casos límite para la jurisprudencia y la doctrina del derecho constitucional, debido sobre todo al nuevo rol del juez en la política.[50] De ahí que la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional italiana para los poderes públicos se presente especialmente problemática también en las relaciones con los demás poderes y órganos constitucionales, como fue el caso de la *guerra delle due Corti*[51] o los graves conflictos con el legislador.[52] Sin embargo, ello también ha dado lugar a que la Corte Constitucional haya ganado un importante espacio político que complementa, de manera subsidiaria y excepcional, la labor legislativa, mediante la diversidad de tipos de sentencias de control constitucional de la ley.[53]

---

[48] Achille Battaglia: *I Giudice e la Politica*, Bari : Laterza, 1962, pp. 11 ss.; Mauro Cappelletti: *Giudice legislatore?*, Milán: Giuffrè, 1984, pp. 19 ss.; asimismo, Alessandro Pizzorusso: *Curso de Derecho comparado*, Barcelona: Ariel, 1987, pp. 170 ss.

[49] Fulco Lanchester: "La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente", en Vicenzo Atripaldi: *Costituente e Costituzione (1946-48)*, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, en *Diritto e Cultura*, año VII, n.º 1-2, 1997, pp. 48 ss. Constituyente que reunió a juristas de la talla de Mortati, Ambrosini, Calamandrei, Tosato y Orlando, este último padre de la iuspublicística italiana. Véase Alberto Lucarelli: "Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechsstat e governo parlamentare", en *Diritto e Cultura*, año VII, n.º 1-2, 1997, pp. 505 ss.

[50] Michael Dietrich: *Der italianische Verfassungsgerichtshof, Status und Funktionen*, Berlín: Duncker & Humblot, 1993, pp. 221-227; así como, Otto Kirchheimer: *Politische Justiz*, Fráncfort: Europäische Verlagsanstalt, 1981, pp. 21-48.

[51] Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, Bolonia: Il Mulino, 1977, pp. 355 ss.; asimismo, Nicola Assini: *Lòggeto del giudizio di costituzionalità e la "Guerra delle due Corti"*, Milán: Giuffrè, 1973.

[52] Vezio Crisafulli: *La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. 4: "Miscelania di Diritto Pubblico e Privato, I", Padua: CEDAM, 1958, pp. 274-295; Alessandro Pizzorusso: "La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione", en *Il Foro Italiano,* año CV, n.º 2, Roma, 1980, pp. 118 ss., y Gustavo Zagrebelsky: "La Corte costituzionale e il legislatore", en *Il Foro Italiano,* año CVI, n.º 2, Roma, 1981, pp. 246 ss.

[53] Nicola Occhiocupo: "La Corte costituzionale come giudice di 'opportunità' delle leggi", en N. Occhiocupo (ed.): *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent`anni di attività*, Bolonia: Il Mulino, 1978, pp. 31 ss.; asimismo, Nicola Matteucci: *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bolonia: Il Mulino, 1996, pp. 106 ss.

En el caso español, también se percibe que el Tribunal Constitucional ha logrado incidir en la dirección política del Estado democrático posfranquista mediante su labor de intérprete supremo de la Constitución, que por su contenido político y jurídico ha coadyuvado a completar jurisprudencialmente la unidad política de la nación española, con base en el desarrollo del mandato constitucional de las autonomías sin resentir al Gobierno central, así como ha establecido lineamientos del quehacer institucional público y privado a través del uso del recurso de amparo como proceso de tutela de los derechos fundamentales.[54]

No obstante, el desarrollo de la jurisdicción constitucional española también ha llevado a judicializar importantes asuntos políticos, como los casos *Rumasa, LOAPA,* la Ley Antiterrorista, el amparo electoral de las elecciones de 1989, el juramento de los parlamentarios de Herri Batasuna, entre otros,[55] que han dado claras muestras de una politización de la justicia constitucional acorde con la mayoría parlamentaria transitoria o en sintonía incluso con la representación del gobierno y la oposición. Esto ha provocado cierto vaciamiento de la Constitución por los agentes políticos dominantes, sin que el Tribunal Constitucional haya podido poner término a estas desviaciones,[56] pese al impulso de las teorías de la argumentación racional.[57]

2.2. Neoconstitucionalismo democrático

Este proceso de influencia del constitucionalismo alemán no se ha reducido a los creativos países mediterráneos ávidos de novedades —característica propia del espíritu de la cultura mediterránea—, sino también de la segunda ola de transiciones democráticas acontecidas en Europa del Este que quedaron simbolizadas en el *annus mirabilis* de 1989, con la caída del Muro de Berlín y la pacífica integración de la ex República Democrática Alemana a la República Federal.[58] El pluralismo y el racionalismo crítico

---

[54] Manuel García Pelayo: "*El status del Tribunal Constitucional*", en *REDC,* vol. 1, n.º 1, Madrid: CEC, 1981, pp. 22 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado: "La judicialización del derecho constitucional", en *Revista del Foro,* año LXXXI, n.º 1, enero-junio de 1993, Lima, pp. 112 ss.

[55] Francisco Tomás y Valiente: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid: CEC, 1993, p. 95.

[56] Pedro de Vega: "Problemi e prospetive della giustizia costitizionale in Spagna", en Giorgio Lombardi (ed.): *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna: CISR y Maggiolo, 1985, pp. 127-137; asimismo, Gregorio Peces-Barba: "La Constitución ayer y hoy", en G. Cisneros Laborda, M. Fraga Irribarne, M. Herrero de Miñon. G. Peces-Barba, J. P. Pérez-Llorca, M. Roca i Junyent y J. Solé Tura: *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid: Taurus, 1998, pp. 93-125.

[57] Francisco Rubio Llorente: "Problemas de la interpretación constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* (*El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia*), n.os 3-4, 1998, pp. 40 ss.; asimismo, Marina Gascón Abellán: "La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción", en *REDC,* año 14, n.º 41, CEC, 1994, pp. 63-87.

[58] Konrad Hesse: "Die Vereinigung Deutschland und die gesamtdeutsche Verfassung (1991)", en *JÖR,* 44, 1996, pp. 1-16; asimismo, Pedro Cruz Villalón: "La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario,* n.º 3, Murcia: Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, 1991, pp. 7-28.

como filosofía del nuevo Estado constitucional alemán adquirió carta de ciudadanía en las reformas constitucionales o en la nuevas constituciones de Rusia, Polonia, Hungría, las repúblicas federales Checa y Eslovaca, así como de los nuevos estados nacionales emergentes de la ex Unión Soviética y Yugoslavia.[59]

Más aún, la Constitución de España de 1978, en la cual la impronta constitucional alemana ha quedado reflejada, también ha servido de fuente de inspiración para las nuevas constituciones de la mayoría de los estados latinoamericanos, que en la década de los ochenta dejaron atrás la época de los regímenes militares autoritarios.[60] En ese sentido, por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución del Perú de 1979 consagró: "Los derechos fundamentales reconocidos en este capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". En un proceso inverso de retroalimentación, también ha servido como punto de referencia en las innovaciones creativas de algunas constituciones de Europa Oriental, como bien ha resaltado el profesor Häberle en su carácter de consultor de algunas de las reformas constitucionales antes mencionadas.

Pero este proceso universal e inagotable de afirmación democrática y constitucional en el mundo ha servido de instrumento de integración en la transición democrática de la Sudáfrica de Mandela, como también se observa permanente y atentamente en países orientales como Corea, donde se espera el momento histórico de la reunificación del pueblo coreano —tarea que en el caso alemán supuso una operación constitucional de alta cirugía, por cuanto los intérpretes de la Constitución alemana permitieron una transición pacífica y ordenada, sin mayores costos políticos.[61]

En esa medida se puede afirmar que la fórmula del Estado democrático y social de derecho de origen alemán ha pasado a formar parte del patrimonio constitucional de la humanidad, con los matices que le otorga cada realidad constitucional. Sin embargo, las realidades de los países democráticos emergentes no pueden crear de la noche a la mañana el tipo de Estado constitucional que la comunidad de los estados constitucionales avanzados ha logrado madurar, como es el caso de Alemania a lo largo de 60 años. Por ello, si bien la perspectiva de llegar a estados democráticos constitucionales en términos generales es optimista, también hay procesos políticos contemporáneos pendulares de *corsi e recorsi*, como el peruano.

---

[59] Carlos Flores Juverías (dir.): *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, Madrid y Valencia: CEC, Edicions Alfons el Magnànim y Generalitat Valenciana, 1997.

[60] Larry Diamond, Marc Plattner, Yun-han Chu y Hung-mao Tien (eds.): *Consolidating the third wave democracies. Regional challenges*, Londres: Johns Hopkins University Press, 1997; asimismo, Manuel Alcántara e Ismael Crespo (eds.): *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca: Universidad Salamanca, 1995.

[61] Konrad Hesse: "Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit", en *JÖR,* 46, 1998, p. 17.

3. Balance y perspectivas de la Ley Fundamental de Bonn

No se puede decir que se ha llegado al final de la historia del Estado democrático constitucional en los países avanzados, como el alemán, porque los procesos de desarrollo constitucionales mencionados se encuentran intrínsecamente vinculados a la realidad política y social de su entorno,[62] y ello inevitablemente conduce a que, al alba del tercer milenio, los fenómenos que afectan gravemente a la política y a la sociedad incidan directa o indirectamente en el que hacer de los guardianes de la Constitución. Estos se encuentran sometidos a un poder político creador de una inflación jurídica de normas que atrofia más que posibilita el desarrollo de la sociedad, lo cual es un signo del envejecimiento del Estado de derecho y su ciencia jurídica, que no logra armonizar la vida en sociedad ni garantizar la seguridad jurídica.[63]

Así, las sociedades abiertas con estados democráticos avanzados comienzan a percibir la aparición de movimientos nacionalistas, fundamentalistas, xenófobos, que sumados a los problemas del medio ambiente, del agua, del excesivo poder privado —como el de los medios de comunicación—[64] o las esperanzas y los riesgos de la moderna navegación en el ciberespacio[65] y la desintegración de los valores, han puesto en evidencia que las instituciones jurisdiccionales están en la mira de la corrupción de grandes grupos de presión que se vinculan a través de negocios con el gobierno, como ocurre en Italia, España, Francia o Bélgica.[66] Sería sumamente peligroso que los propios tribunales constitucionales llegaran a convertirse en enemigos de la Constitución —es decir, que se convirtieran en *señores* en vez de *defensores* de la Constitución— o si se encerraran en el método técnico-jurídico, dejando de lado las expectativas de transparencia y participación de la sociedad.[67]

Es un escenario poco alentador para el Estado constitucional, si es que no se reformulan la política, la economía y el derecho con base en la ética de la convicción (*Gesinnungsethisch*) y la ética de la responsabilidad (*Verantowortungsethisch*),[68] que en

---

[62] Christoph Gusy: *Verfassungspolitik zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, —Heidelberg: Decker & Müller, 1983, pp. 15 ss.

[63] Jean-Pierre Henry: "Vers la fin de l'Ètat de Droit?", en *RDP*, 93, París, 1977, pp. 1207 ss.

[64] Karl Popper (entrevistado por Giancarlo Bosetti): *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el Estado democrático*, Buenos Aires: Temas, 1998, pp. 81-97; asimismo, Mona Rishmawi: "The media and judiciary", en *CIJL Yearbook*, Ginebra: Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1995, pp. 75 ss.

[65] José Luis Cebrián: *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, Madrid: Taurus y The Club of Rome, pp. 184 y ss.; este es el informe del Club de Roma de 1997, donde se expone la necesidad de regular el caos del Internet.

[66] Peter Häberle: "Ethik im Verfassungsstaat", en *Neue Züricher Zeitung,* 5 de julio de 1995, p. 15; al respecto, es significativo el proceso de investigación por sobornos millonarios en el caso *Elf*, en el que se encuentra incidentalmente sometido Roland Dumas, presidente del Consejo Constitucional de Francia, motivo por el cual ha tenido que renunciar a dicho cargo; al respecto véase "Le RPR demande la démission de M. Dumas", en *Le Monde,* París, 30 de abril de 1998, pp. 1, 6, 7 y 14.

[67] Pablo Lucas Verdú: *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid: Beramar, 1993, pp. 67 ss.; ídem: *La Constitución en la encrucijada*…, o. cit., pp. 108 ss.

[68] Max Weber: *Politik als Beruf*, Berlín: Duncker & Humblot, 1964, pp. 57 ss.; asimismo, Johannes Messner: *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*. Berlín: Duncker & Humblot, 1984, pp.841 ss.

el ámbito del derecho constitucional suponen intentar recomponer la separación entre el *ser* y el *deber ser,* mediante la rerracionalización del sistema político, en cuanto "el derecho es lo que su contenido quiera que sea. El contenido pertenece necesariamente tanto a la forma, como la forma al contenido. Forma y contenido están separados conceptualmente, pero en los hechos no están divididos, porque siempre se presentan a la vez".[69] Y no en un sentido abstracto e intemporal, sino concreto y presente, mediante la creación o el fortalecimiento de las instituciones democrático-constitucionales.[70]

De lo contrario, el debilitamiento del Estado constitucional y la incredulidad sobre la *res publica,* o el individualismo desintegrador, podría ampliar peligrosamente la brecha entre la sociedad y el Estado, transformando el espacio público en campo propicio para el nihilismo en las sociedades estables, y en la irracionalidad y el arbitrio del poder en las sociedades fraccionadas.[71] Por ello, la alternativa no está entre el pensamiento jurídico positivista y sus variantes,[72] ni en el iusnaturalismo dogmático, sino que, sin negar la importancia histórica de estas grandes corrientes jurídicas, de cara al futuro, se pretende superarlas desde la tesis del pensamiento institucional en el quehacer constitucional, pero sobre nuevas bases teóricas por desarrollar.[73]

En los países en desarrollo con jóvenes y a veces inestables democracias constitucionales, se producen también fenómenos gravitantes, como el renacimiento de los fundamentalismos nacionalistas, los conflictos nacionales o internacionales bajo la bandera de la "intervención humanitaria", el terrorismo nacional e internacional, los problemas del desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente, el narcotráfico, el tráfico de armas, el economicismo del libre mercado, la corrupción, la pobreza, las migraciones económicas o políticas forzadas, el poder de los medios de comunicación, la investigación científica sin una ética humanista. Estos y otros problemas del mundo en desarrollo[74] exigen pensar acerca del fortalecimiento de los estados democráticos constitucionales jóvenes de cara al siglo XXI, a partir de la defensa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de sus instituciones de protección.[75]

En ese proceso, la Ley Fundamental de Bonn, que ha cumplido 60 años, se encuentra bien posicionada para incorporar jurídicamente, mediante la reforma constitucional, las transformaciones sociales que se avecinan, siempre y cuando asegure institucionalmente los logros que el pueblo alemán ha conquistado a lo largo de

---

[69] Dietrich Schindler: *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zúrich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1970, p. 33.

[70] Ralf Dahrendorf: *Law and order*, Londres: Stevens, 1985, pp. 121 ss.

[71] Jürgen Habermas: *Toward a rational society*, Londres: Heinemann, 1980, pp. 31 ss. y 81 ss.

[72] Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut y Michel Trope: "Le positivisme juridique", en *LGDJ,* París, 1992, pp. 159 ss.

[73] Peter Häberle: "Demoktratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens", en *AÖR,* 102 (1977), pp. 27-68; Gustavo Zagreblesky: *EL derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1995, pp. 21-45; Pedro de Vega: "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 1, UNED, 1998, pp. 65-87; asimismo, César Landa: *El rol del tribunal constitucional en el fortalecimiento del Estado constitucional*, Lima, 1999.

[74] César Landa y Julio Faúndez: *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima: PUCP-MDC, Lima, 1996, p. 9 ss.

[75] Dieter Grimm: *Die Zukunft der Verfassung*, Fráncfort: Suhrkampf, 1996, pp. 399 ss.

estas seis décadas: una cultura de los derechos fundamentales, el estatus del Tribunal Constitucional Federal como guardián no solo de los derechos fundamentales, sino también del Estado de bienestar y del establecimiento de una democracia libre y abierta, así como el desarrollo del federalismo, la europeización y la mundialización del Estado Federal de Alemania.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 129-147, ISSN 1510-4974

Rudolf Mellinghoff (Alemania)*

60 años de Ley Fundamental Incidencia del Tribunal Federal Constitucional en la realidad constitucional**

RESUMEN

El Tribunal Federal Constitucional ha incidido de manera decisiva en la realidad constitucional de Alemania por medio de su jurisprudencia. El más alto tribunal alemán hace valer los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado; despeja, en el ámbito de la rama del derecho que regula la organización del Estado, asuntos relativos a la competencia y al poder, y por intermedio de sus sentencias ejerce influencia sobre las relaciones jurídicas en el ámbito europeo y las concernientes al derecho internacional. Las amplias facultades que tiene asignadas generan inevitablemente tensiones con las esferas políticas. No obstante, su posición es hoy por hoy incuestionable. Esto se debe al gran prestigio de este tribunal del ciudadano, al crédito que le da la población, a su fuerza de integración y a la aceptación de sus decisiones, mediante las cuales aspira a convencer a través de una fundamentación coherente y transparente, respetando el espacio de configuración de los demás órganos constitucionales.

Palabras clave: **Ley Fundamental de Bonn, derechos fundamentales, jurisdicción constitucional, justicia constitucional, tribunales constitucionales, protección de datos personales, jurisprudencia comentada, Unión Europea, Alemania.**

ZUSAMMENFASSUNG

Durch seine Rechtsprechung übt das Bundesverfassungsgericht einen entscheidenden Einfluss auf die deutsche Verfassungswirklichkeit aus. Das höchste deutsche Gericht verhilft den Grundrechten der Bürger gegenüber dem Staat zur Geltung; gleichzeitig klärt es Zuständigkeits- und Hoheitsfragen im Bereich des Staatsorganisationsrechts und beeinflusst über seine Urteile die Rechtsbeziehungen im europäischen Raum sowie in Fragen, die das Völkerrecht berühren. Die ihm übertragenen weitgehenden Befugnisse führen unweigerlich zu Spannungen mit der Politik. Gleichwohl wird seine Stellung heutzutage nicht in Frage gestellt. Dies ist vor allem ein Ergebnis des hohen Ansehens dieses Gerichts als Interessenvertreter der Bürgerinnen und Bürger, des Vertrauens, das ihm die Bevölkerung entgegen bringt, seiner Fähigkeit zur Integrationsförderung und der Akzeptanz seiner Entscheidungen, in denen es sich über eine schlüssige

* Juez del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania.

** Conferencia de inauguración del XVI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Cartagena de Indias, setiembre 2009.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

und transparente Begründung darum bemüht zu überzeugen, ohne dabei den Gestaltungsspielraum der übrigen Verfassungsorgane einzuschränken.

Schlagwörter: Bonner Grundgesetz, Grundrechte, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Schutz von personenbezogenen Daten, kommentierte Rechtsprechung, Europäische Union, Deutschland.

ABSTRACT

The Federal Constitutional Court has decisively influenced the constitutional reality of Germany by way of its case law. The highest German court enforces fundamental rights of citizens against the state; in the branch of law regulating the organization of the state, it rules on matters of jurisdiction and power; and through its judgments it influences the country's relations in the European and international legal context. The ample powers attributed to this Court inevitably generate tensions with political spheres. However, the Court's strong position is unquestioned today – its decisions are readily accepted. This is due to the prestige accorded by the citizenry, resulting from the Court's consistent, convincing, and transparent rationales supporting its decisions, which respect the powers and functions of the other constitutional bodies.

Keywords: Fundamental Law of Bonn, fundamental rights, constitutional jurisdiction, constitutional justice, constitutional courts, personal data protection, annotated jurisprudence, European Union, Germany.

1. Introducción

La República Federal de Alemania cumplió en el 2009 60 años. En muchos lugares y con muchos eventos ella celebra el sexagésimo aniversario de la constitución alemana, la Ley Fundamental. Se hace relación a una historia triunfal de 60 años, se elogia la Ley Fundamental como hazaña magnífica de los alemanes, como golpe de fortuna y como constitución modelo; se habla de la mejor constitución de Alemania.

Hace 60 años, al entrar en vigencia, no había certeza alguna de que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania fuera a percibir este entusiasmo y gozar la gran aceptación que experimenta hoy en día, debido a que la Ley Fundamental se había establecido explícitamente con carácter provisional por la falta de soberanía de Alemania en aquel entonces. Pero, una vez cumplido el trigésimo aniversario, Dolf Sternberg marcó el concepto de "patriotismo constitucional"[1] y con él corroboró que los ciudadanos de la República Federal de Alemania se identificaban con los valores fundamentales, las instituciones y los procesos dispuestos en la constitución. En 1989 había consentimiento en considerar la Ley Fundamental como una constitución extraordinaria, fundamento de una democracia y de un Estado de derecho democrático.

[1] Título de un editorial en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 23 de mayo de 1979; véase también Dolf Sternberg: *Schriften X: Verfassungspatriotismus* ('Patriotismo constitucional'), 1990, pp. 3-16.

La Ley Fundamental se convirtió en la constitución modelo de muchos países que se habían liberado de regímenes autoritarios.

Cuando hace 20 años se logró la reunificación alemana, por lógica el pueblo de la antigua RDA (República Democrática Alemana) optó, a través de la adhesión a la República Federal de Alemania, por elegir la Ley Fundamental como constitución de todo el Estado alemán. Aunque la Ley Fundamental ha sido parcialmente sometida a considerables cambios en lo relativo a la organización jurídica del Estado, la esencia de la constitución alemana ha permanecido intacta. La gran mayoría de los ciudadanos en la República Federal de Alemania la avalan hoy en día como la mejor constitución y la de mayor vigencia en Alemania, un golpe de fortuna para la comunidad alemana.

La Ley Fundamental no es un invento de una constitución que se creó en 1949, más bien esta constitución hace parte de la continuidad de una cultura constitucional que se viene forjando hace más de doscientos años. La Ley Fundamental encaja en la evolución constitucional de los Estados Europeos.[2] Ha sido construida esencialmente sobre los cimientos de anteriores e importantes cartas constitucionales. Los principales fundamentos y las numerosas ideas de orden jurídico-estatal y político-constitucional habían sido desarrollados mucho antes de 1949. Aquellas cartas constitucionales de mayor importancia, que dejaron huellas en la Ley Fundamental, también celebran su cumpleaños este año. La Constitución de la Paulskirche de 1849 y la Constitución de Weimar de 1919 ya contienen importantes fundamentos que posteriormente fueron adoptados en la Ley Fundamental. La Ley Fundamental ha sido inmersa, renovada y desarrollada en la continuidad de la percepción europea y alemana sobre lo que es constitución.[3] Por lo tanto, este año no solo celebramos los 60 años de la Ley Fundamental, sino también 160 años de la Constitución de la Paulskirche y 90 años de la Constitución de Weimar.

Si se plantea la pregunta de por qué la Ley Fundamental experimenta tan enorme aprecio y la constitución juega un papel tan importante desde hace décadas en Alemania, esta no encontrará respuesta sin abordar la actuación y la jurisprudencia asumida por el Tribunal Constitucional Federal. La institución del Tribunal Federal Constitucional resulta ser una de las innovaciones de mayor efecto, que distingue la Ley Fundamental de anteriores constituciones alemanas y cuyo aporte ha sido sustancial para el éxito de la Ley Fundamental. Sin la jurisprudencia del más alto tribunal alemán, la Ley Fundamental no hubiese experimentado tan amplia aprobación. La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha ejercido en los últimos 60 años una decisiva influencia sobre la realidad constitucional. En la primera parte se expondrá, con base en unos ejemplos, el grado de influencia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional sobre la realidad constitucional vivida en Alemania.

Aunque el Tribunal Federal Constitucional ha moldeado de manera decisiva la realidad constitucional en Alemania, este no es el único órgano designado a interpretar y aplicar la Ley Fundamental. En un Estado constitucional con división de poderes,

---

[2] Oppermann, en *JZ (Juristenzeitung),* 2009, 481.

[3] Kirchhof, en *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt),* 2009, 541.

todos los poderes estatales están llamados a respetar la constitución, a acatarla durante el ejercicio de sus propias competencias, y así se hace imperiosa su interpretación y aplicación.

Desde el punto de vista teórico, a ningún órgano constitucional se le ha atribuido desde un inicio mayor competencia o capacidad de cognición. Al Tribunal Federal Constitucional le corresponde, en última instancia y de manera vinculante, el poder de interpretar la constitución, al resolver consultas constitucionales que han sido dirigidas a él. La constitución misma es además, y en el sentido específico de la palabra, derecho político, al direccionar a favor del bienestar común la lucha de relevantes actores estatales y sociales y sentar límites.[4] Esto conduce inevitablemente a considerables discrepancias frente a la interpretación de la constitución entre el Tribunal Federal Constitucional y los otros órganos políticos. En una segunda parte se abordará la relación de tensión entre el derecho y la política.

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se ha hecho valer hasta el día de hoy, pese a algunas críticas procedentes de las esferas políticas y científicas, y determina de manera decisiva la vida constitucional y la realidad jurídica en la República Federal de Alemania. Cuando hay divergencia de criterio, la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional es aceptada e implementada por los demás órganos estatales, aun si unos pocos participantes de la vida política la desaprueban. De ahí resulta la interrogante de cómo el único órgano estatal, que no dispone de recursos propios para materializar una ejecución forzosa, ha logrado alcanzar una posición tan fuerte en Alemania. En una tercera parte se indagará la razón por la cual al Tribunal Federal Constitucional se le ha otorgado ese poder a través de la Ley Fundamental, y por qué los demás órganos constitucionales en la República Federal de Alemania suelen acatar las decisiones del máximo tribunal alemán.

2. Incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en la realidad constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha configurado de manera decisiva la realidad constitucional en la República Federal de Alemania. Desde 1951 el Tribunal, mediante más de cinco mil sentencias proferidas en las diferentes salas, que han sido publicadas en el compendio de sentencias que abarca más de 120 volúmenes, ha interpretado la constitución y de esta manera ha influido en el derecho y en la política en Alemania. La marcada incidencia de las decisiones del Tribunal Constitucional se despliega en todas las partes de la constitución. El Tribunal determina con la interpretación de los derechos fundamentales tanto la relación del ciudadano frente al Estado como también las relaciones de los ciudadanos entre sí. En la rama del derecho que regula la organización del Estado, el Tribunal esclarece asuntos relativos a las

[4] Voßkuhle, en Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar* ('Comentario Ley Fundamental'), vol. 3, 5.ª ed., 2005, artículo 93, apartado 32.

competencias y al poder entre los órganos estatales y verifica el cumplimiento de los términos procesales constitucionales. Debido a sus amplias competencias el Tribunal Federal Constitucional ejerce influencia sobre las relaciones jurídicas de la República Federal de Alemania en el ámbito europeo y frente al derecho internacional.

2.1. Derechos fundamentales

Ninguna otra parte de la Ley Fundamental ha tenido tal incidencia en la convivencia de los seres humanos y en la relación del Estado frente a sus ciudadanos como la carta de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Los derechos fundamentales determinan de múltiples formas la vida en la República Federal de Alemania, por medio de sus derechos a la defensa, los derechos sociales y de participación, a través de la garantía de instituciones y de los derechos de protección consagrados en la constitución. Son incalculables los ejemplos que evidencian la repercusión en la realidad constitucional de la República Federal de Alemania.

En sentencia proferida, el Tribunal determinó que el Estado está obligado a proteger la vida en gestación y a prohibir, por principio, la interrupción del embarazo.[5] En su sentencia relativa a la cadena perpetua, el Tribunal exige como requisito para una ejecución humana de la pena que al condenado a cadena perpetua se le conceda en principio la oportunidad de recobrar la libertad.[6]

El Tribunal obligó al Estado a exonerar de impuestos el mínimo vital del contribuyente y el de su familia,[7] y prohibió allanamientos e incautaciones frente a miembros de la prensa, si su exclusivo o especial propósito es investigar la identidad del informante.[8] En relación con la inmigración de extranjeros constató que el matrimonio o una relación familiar con un alemán por sí solos no necesariamente justifican a toda costa el derecho a permanencia.[9] Según el criterio del Tribunal, las reuniones solo podrán ser prohibidas o disueltas bajo la estricta conservación del principio de la proporcionalidad, en razón de que la libertad de reunión pertenece a los elementos imprescindibles de funcionamiento de una comunidad democrática.[10]

La libertad de profesión admite que se restrinja la cantidad de estudiantes principiantes para la admisión, únicamente, si el Estado ha aprovechado las capacidades de formación en toda su amplitud y los aspirantes son escogidos según criterios específicos.[11] La garantía de la propiedad le ofrece al legislador la posibilidad de emitir regulaciones en la ley de arrendamientos, que le permiten al dueño de un inmueble dar por terminado el contrato de arrendamiento, solo en el caso de que exista un interés propio y justificado frente al inquilino.[12] El legislador puede por principio prohibirles

5 BVerfGE (decisión del Tribunal Federal Constitucional) 88, 203 ss.
6 BverfGE 45, 187.
7 Cf. BVerfGE 82, 60, 85; BverfGE 99, 246, 268 ss., 273 ss.
8 BverfGE 117, 244 ss.
9 Cf., por ejemplo, BVerfGE 76, 1, y BVerfGE 80, 81.
10 BVerfGE 69, 315 ss.
11 BverfGE 33, 303 ss.
12 BverfGE 68, 361 ss.

a los propietarios de tiendas y negocios abrir sus negocios los domingos y festivos.[13] El Estado tiene que concederles a los ciudadanos acceso a los expedientes, si del conocimiento de los procesos administrativos depende la concesión de una efectiva protección jurídica.[14] La garantía de protección jurídica finalmente puede limitar la duración de la detención preventiva de sospechosos.[15] Todos estos ejemplos ponen en evidencia que casi no existe un ámbito de la vida que no pueda llegar a ser ponderado por el Tribunal Federal Constitucional.

También existen decisiones que sientan un precedente jurisprudencial (Leitentscheidung) que alcanzan una significativa repercusión y determinan ampliamente la realidad constitucional en sí y numerosos ámbitos de la vida diaria. Prueba especial de ello se evidencia en el ejemplo de la protección de datos. Cuando en 1983 se había previsto realizar en Alemania un censo de la población con la recopilación de amplios datos personales, un nutrido número de ciudadanos se dirigió al Tribunal Federal Constitucional. En sentencia proferida el 15 de diciembre de 1983, el Tribunal dispuso, que el derecho general al libre desarrollo de la personalidad del artículo 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental (GG) brinda protección —en el marco de las condiciones del procesamiento moderno de datos— frente a la irrestricta recolección, almacenamiento, aplicación y circulación de datos de carácter personal. El derecho fundamental garantiza al individuo por principio la facultad de decidir por sí mismo sobre el suministro y uso de sus datos personales. No obstante, el Tribunal permite restricciones al derecho de "autodeterminación informativa", y con ello también a la recopilación de datos en contra de la voluntad del ciudadano. Esto, sin embargo, solo es admisible en caso de prevalecer un interés general. Además de esto se requiere un fundamento jurídico específico y amplio, que satisfaga el principio de la proporcionalidad.[16] Pero el Tribunal Federal Constitucional exige para la protección del ciudadano medidas efectivas que impidan eventualidades de abuso.[17] Con el propósito de establecer medidas procesales de protección, se consagra la obligación de esclarecer, la de informar y la de extinción como mandato constitucional.[18]

Mediante esta jurisprudencia el Tribunal previene con mucha antelación el riesgo de que se materialice un completo registro y catálogo de datos personales y evita con ello también el peligro de que se disponga de un amplio perfil de datos personales de individuos. Aquel que desconoce habitualmente el tipo de información que recopilan sobre él y en qué lugar lo hacen o en dónde deja huellas puede convertirse —en caso

---

[13] BVerfGE 111, 10 ss.

[14] BverfGE 101, 106 ss.

[15] Cf., por ejemplo, BverfGK (decisión de Cámara del Tribunal Federal Constitucional) 6, 119 y 247; BverfGK 7, 21, 421, 426, 427; BVerfGK 8, 1 y 4; BverfGK 9, 340; BVerfGK 10, 295.

[16] BVerfGE 65, 1 ss.

[17] BVerfGE 65, 1 (48).

[18] BVerfGE 65, 1 (46); BverfG (Tribunal Federal Constitucional), resolución del 10.10.2000, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ),* 2001, 185; BverfG, resolución del 14.12.2000, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW),* 2001, 879 (881).

de una recolección sistemática de datos— en un mero objeto de entidades estatales o de empresas económicas privadas.[19]

Desde la sentencia del año 1983 existe en Alemania una marcada sensibilidad en lo relativo a la protección de datos. La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional condujo a la aprobación de leyes en materia de protección de datos y a la creación de encargados de la protección de datos con la responsabilidad de controlar el acatamiento de estas leyes. En la economía privada los encargados de protección de datos tienen que supervisar programas de procesamiento de datos y familiarizar al personal que labora en ese campo con la protección de datos. El derecho fundamental y específico a la protección de datos de carácter personal repercute hoy en día en medidas de investigación estatales, como en las requisas de control, con la finalidad de combatir preventivamente el crimen, en el sistema estatal de videovigilancia, en la revisión de documentos confiscados o al tratarse de sistemas estatales de vigilancia programada.

En numerosas sentencias subsecuentes (*Folgeurteil*) el Tribunal Federal Constitucional ha concretado los requisitos constitucionales. En el marco del rastreo policial y preventivo de personas por computador, con el propósito de combatir el terrorismo, el Tribunal exige un pronóstico de riesgo concreto y basado en hechos, y fija límites a las actividades que en el preámbulo —y todavía sin sospecha alguna— realiza la policía.[20] Prohíbe las pruebas secretas de paternidad y exige una regulación legal para los padres, a efecto de determinar la procedencia biológica del niño.[21] El control por computador de las placas de matrículas de automóviles por parte de la policía, sin motivo alguno o a escala nacional, es desproporcionado y por ende inconstitucional.[22]

Penetrar de manera secreta en un sistema técnico-informativo cuyas memorias se pueden revisar, lo que se denomina *revisión online,* solo es constitucionalmente lícito, si existen reales indicios de un peligro concreto para un bien jurídico de excepcional importancia, y el acceso tiene que ser autorizado por un juez.[23]

La protección de datos se encuentra hoy fuertemente arraigada en la conciencia de los ciudadanos y en la práctica del Estado. Todas las entidades públicas y empresas privadas están obligadas a remitirse en la recolección, utilización y procesamiento de datos a las regulaciones legales existentes. Los parámetros implementados por el Tribunal Federal Constitucional a raíz de su sentencia del año 1983, parámetros que cristalizaron en las sentencias subsecuentes (*Folgeentscheidung*), establecieron hasta el día de hoy el manejo con datos de carácter personal, y con ello marcaron la realidad constitucional, más de lo que hubiesen podido materializar medidas singulares emitidas por el Estado respecto de la regulación del manejo con datos.

---

[19] Cf. Di Fabio, en Maunz y Dürig: *Grundgesetz* ('Ley Fundamental'), artículo 2, § 1, apartado 173.

[20] BverfGE 115, 320 ss.

[21] BVerfGE 117, 202.

[22] BVerfGE 120, 378 ss.

[23] Ibídem, 274 ss.

2.2. Rama del derecho que regula la organización del Estado

A través de su jurisprudencia el Tribunal Federal Constitucional no solo ejerce incidencia sobre la realidad constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales. En la distribución de competencias, en el funcionamiento y en la configuración de los órganos estatales, el Estado también sigue en el ejercicio de sus prácticas las pautas de la jurisprudencia del Tribunal. El Tribunal Federal Constitucional permite cláusulas de barrera (umbral electoral) en el derecho electoral, que tienen en cuenta a los pequeños partidos en la regulación del reparto de mandatos (escaños), cuando su aplicación se hace necesaria para asegurar el funcionamiento de una representación popular.[24]

Al inicio del año en curso el Tribunal Federal Constitucional determinó que el uso de computadoras en las elecciones solo es posible en condiciones especiales.[25] Mientras que en las elecciones convencionales con papeletas electorales, y por las condiciones de marco que crean las disposiciones vigentes, se dificulta incurrir en manipulaciones o fraudes electorales, debido al enorme empeño que esto implica y al amplio riesgo de ser descubierto —que a su vez tiene un efecto preventivo—, es muy difícil detectar en los procesos electorales automatizados los errores de programación en el *sotfware* o los fraudes intencionales a través de la manipulación del *software*. El amplio efecto de posibles errores en los aparatos de votación electrónica o de fraudes electorales cometidos intencionalmente impone medidas especiales de prevención, con el fin de garantizar el precepto de carácter público de las elecciones. El elector mismo tiene que estar en condiciones —sin mayores conocimientos de computación— de comprobar si su voto emitido es registrado en forma auténtica en la base del escrutinio o en todo caso como base de un posterior recuento. Si los resultados de la elección se definen mediante un proceso automatizado de los votos almacenados en una memoria electrónica, entonces no basta que solo se pueda conocer el resultado de los procesos de conteo efectuados en el aparato electrónico de votación. Los computadores que se habían utilizado hasta el presente en los procesos electorales en Alemania no cumplieron con los requisitos constitucionales. Por lo tanto, la próxima elección del Bundestag se realizará sin computadores.

La Ley de Partidos Políticos en la República Federal de Alemania y particularmente la financiación de los partidos[26] ha sido ampliamente influenciada por la jurisprudencia, que le permite al Estado dar respaldo financiero a los partidos, pero consiste únicamente en un financiamiento parcial, pues tiene que predominar la financiación propia de los partidos políticos a través de aportes y donaciones de sus miembros o donantes.[27]

En una democracia parlamentaria los derechos de los diputados, la relación entre mayoría del gobierno y oposición y los derechos del parlamento frente al gobierno adquieren una importancia trascendental. A menudo se desplaza la balanza del poder a

[24] BverfGE 4, 375 ss.; BverfGE 6, 104 ss., BverfGE 82, 322 ss.; BverfGE 95, 408; BverfGE 120.
[25] BVerfG, sentencia del 3.3.2009, 2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07, en *NJW*, 2009, 21.
[26] Asimismo, BverfGE 85, 264 ss.
[27] BVerfGE 85, 264 (283).

favor del ejecutivo, en detrimento de la función de manejo político que tiene el parlamento. Por ello no sorprende que precisamente en relación con este tema se acuda reiteradamente al Tribunal Federal Constitucional, que por medio de su jurisprudencia ejerce influencia sobre la distribución de poder en el Estado constitucional. En este contexto se repite el motivo de fortalecer los derechos de las minorías frente a la mayoría de gobierno en el parlamento y también de concederle al parlamento facultades que le permitan cumplir con su función de control frente al ejecutivo.

Sin embargo, la función central que tiene el parlamento en una democracia representativa no implica que todas las decisiones, sin excepción, tengan que estar en manos del parlamento. En razón de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, se ha reconocido hoy en día en la República Federal de Alemania que todas aquellas interrogantes que son de esencial importancia para la comunidad no pueden ser definidas pasando por alto al parlamento.[28] No solo las intervenciones en el campo de la libertad y de la propiedad le competen al legislador parlamentario, sino todas las decisiones importantes, particularmente aquellas que son relevantes para los derechos fundamentales.[29]

El Tribunal Federal Constitucional ha definido en numerosas decisiones las competencias del parlamento frente al gobierno, fortaleciendo con ello los derechos de la representación popular. En este sentido el Tribunal determinó que es requisito para el Gobierno Federal conseguir por principio y anticipadamente la aprobación constitutiva del Bundestag para el envío y la operación de fuerzas armadas.[30] El parlamento posee frente al gobierno amplios derechos a la información, a los que corresponde al gobierno por obligación dar respuesta. Sin embargo, la obligación de informar está sujeta a límites, como por ejemplo, en caso de afectarse lo que está bajo la exclusiva responsabilidad del ejecutivo, o en el evento de que las informaciones conduzcan a una situación de cogobernación frente a decisiones que competen exclusivamente al gobierno.[31]

Incluso frente a hechos que exigen reserva no existe un derecho absoluto de negación de información del gobierno. O bien se toman las medidas correspondientes a proteger el interés de la reserva fundada, o —en caso de no ser posible— el gobierno se ve obligado a dar, conforme la problemática, la debida y exhaustiva razón de la necesidad de reserva, con el fin de que el parlamento pueda cumplir con su función de control.[32]

---

[28] BVerfGE 68, 1 (108 ss.).

[29] Brenner, en Isensee y Kirchhof: *Handbuch des Staatsrechts* ('Manual de derecho estatal'), vol. III, 3.ª ed., § 44, apartado 28.

[30] BVerfGE 90, 286 ss.

[31] BVerfGE 110, 199 (214 ss.)

[32] BverfG, resolución del 1.7.2009, 2 BvE 5/06; BverfG, resolución del 17.6.2009, 2 BvE 3/07; las dos resoluciones serán publicadas en la recopilación oficial.

2.3. Incorporación internacional

Las repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional no solo se limitan al propio territorio nacional. A causa de sus extensas competencias y en vista de que la República Federal de Alemania pertenece a organizaciones internacionales y supranacionales, sus sentencias influyen en la cooperación internacional y europea. Debido al hecho de que el Tribunal Federal Constitucional también tiene que tomar decisiones que abordan la integración de las reglas generales del derecho internacional en el derecho alemán, está paralelamente ejerciendo influencia sobre las reglas jurídicas internacionales.

De esta manera el Tribunal en los años pasados consideró las posibles consecuencias de la declaración del estado de emergencia nacional en Argentina,[33] en el marco del derecho internacional. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional es únicamente vinculante para los propios órganos del Estado, sus sentencias no dejan de ser relevantes en el ámbito internacional.

La influencia que ejerce la jurisprudencia en instituciones europeas se puede demostrar con base en el ejemplo de la jurisprudencia que aborda la protección de los derechos fundamentales frente a medidas tomadas por la Unión Europea. En una decisión del año 1974 el Tribunal Federal Constitucional se reservó el derecho de verificar el derecho comunitario según los parámetros de la Ley Fundamental, en tanto la Comunidad Europea no formulara un catálogo de derechos fundamentales conforme a la Ley Fundamental. En Alemania aquellas normas del derecho comunitario que no muestren conformidad con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental no podrían llegar a tener efecto en la República Federal de Alemania.[34] El Tribunal de la Comunidad Europea admitió ese reto. A través de múltiples decisiones amplió la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea. Se apoyó en la tradición constitucional que tienen los países de la Unión Europea en común y en la Convención Europea de Derechos Humanos. A través del método de la comparación jurídica valorativa, procedió a elaborar modelos de solución que le parecían adecuados y justos frente a los objetivos del Tratado de la Comunidad. Con la sensación de esta evolución, el Tribunal Federal Constitucional continuó desarrollando su jurisprudencia en 1986. No obstante, no ha renunciado en principio a la pretensión de revisar actas del derecho comunitario en cuanto a su correspondencia con la constitución alemana. El Tribunal Federal Constitucional, sin embargo, logró comprobar, mediante un amplio análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que en la Unión Europea existe una protección a los derechos fundamentales que en la esencia de su concepción, contenido y modo de acción es equiparable con los estándares de la Ley Fundamental. Frente a este desarrollo el Tribunal Federal Constitucional resolvió no ejercer más su jurisdicción y no seguir valorando el derecho comunitario según los parámetros de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. El Tribunal Federal

[33] BVerfGE 117, 141; BverfGE 118, 124.
[34] BVerfGE 37, 271 ss.

Constitucional se remite a la relación de cooperación entre el tribunal constitucional nacional y el tribunal europeo y desiste, desde entonces, de revisar el derecho europeo, en tanto se garantice de manera suficiente la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo.[35]

El Tribunal Federal Constitucional, sin embargo, continúa reservándose la facultad de revisar el derecho europeo, en caso de que el Tribunal de las Comunidades Europeas se aparte, en razón de su jurisprudencia, de manera ostensible, grave y persistente —es decir, no solo en el caso particular— del ordenamiento comunitario, al adoptar decisiones frente a los fundamentos que otorgan competencias para una actuación comunitaria y con relación a la protección a los derechos fundamentales en la comunidad.[36]

3. Crítica frente al Tribunal Federal Constitucional

Cuando las decisiones judiciales trascienden de manera tan diversa en la realidad constitucional de un Estado, no faltan las críticas y el reproche de detentar competencias indebidas. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional suscita controversias tanto en las ciencias jurídicas como en el ámbito político.

3.1. Crítica científica

Desde tiempos atrás el círculo de científicos y catedráticos en el ámbito del derecho del Estado ha criticado la gran cantidad de competencias y la densidad de control que concentra en su institución el Tribunal Federal Constitucional. De manera particular se reclama que, en términos de separación de poderes, existe el riesgo de que el Tribunal Federal Constitucional se extralimite frente a la legislación y se convierta en el legislador sustituto. En numerosas investigaciones científicas se estudian los límites de la jurisdicción constitucional frente a las indicaciones del ordenamiento de funciones fundamentales y a la protección de los ámbitos de competencias de otros órganos estatales, pero no se han logrado soluciones convincentes, ni en sí consistentes.[37] Se intenta definir los límites de la jurisdicción constitucional partiendo de la posición como Tribunal, de la distinción entre configuración y control, así como del contenido regulatorio de algunos enunciados constitucionales. Junto con propuestas de reformas institucionales, se debate si al Tribunal Federal Constitucional se le deben retirar algunos procedimientos o si se debe cambiar la designación del personal del Tribunal.[38]

---

[35] BverfGE 73, 339 ss.; BverfGE 102, 147 ss.

[36] Finalmente, BverfG, sentencia 30.6.2009, 2 BvE (litigios constitucionales entre órganos federales) 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR (recurso de amparo) 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 (Tratado de Lisboa), previstas para publicarse en la recopilación oficial de sentencias.

[37] Voßkuhle, en Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar* ('Comentario a la Ley Fundamental'), vol. 3, 5.ª ed., 2005, artículo 93, apartado 35; Schlaich y Korioth: *Das Bundesverfassungsgericht* ('El Tribunal Federal Constitucional'), 7.ª ed., pp. 279 ss.

[38] Resumiendo: "Wahl" ('Elección'), en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* ('Escrito Conmemorativo 50 Años del Tribunal Federal Constitucional'), vol. 1, pp. 461 ss.

No obstante, la mayoría de los científicos en el ámbito del derecho público se opone a una reforma fundamental de la situación actual del derecho, argumentando, que las propuestas de reforma repetidas veces contienen considerables desventajas o escasamente superan el statu quo. A ello contribuye también que la ciencia y los catedráticos en derecho público mantienen un diálogo permanente e intenso con el Tribunal Constitucional.[39] Ilustres catedráticos, eminentes en derecho público, han participado desde tiempos atrás en los procesos jurídico-constitucionales como representantes procesales y siempre ha habido notables jueces que proceden del área de la docencia del derecho público. El Tribunal incluye en sus decisiones las reflexiones procedentes de la cátedra del derecho público y en sus sentencias analiza en profundidad sus argumentos. Este diálogo es imprescindible para fundamentar científicamente las sentencias. Con ello el Tribunal Federal Constitucional sabe con certeza que cuenta con el seguimiento crítico de la ciencia y la doctrina del derecho público de la República Federal de Alemania.

3.2. Tensiones entre el derecho y la política

Además de la crítica fundada en la ciencia, existen múltiples conflictos entre la Corte Federal Constitucional y la dirigencia política.[40] La relación de tensión entre la jurisdicción constitucional y la política se remonta a la creación de la propia Corte. Reiteradamente aparece el reproche de que la Corte Constitucional Federal está depredando en los campos de la política. Desde entonces, aquellos que critican al Tribunal están convencidos de que el activismo judicial se acrecienta de manera conminante, que la Corte Constitucional Federal excede sus competencias y restringe desmesuradamente el espacio de configuración de la política.

Se habla del "Consejo de los Dioses de Karlsruhe", del "Supralegislador" o del "Guardián moral de la Nación", y entretanto se ha precisado la exigencia de revisar la fidelidad constitucional de los magistrados de Karlsruhe. Los primeros años de actividad de la Corte Constitucional Federal ya se habían caracterizado por fuertes discrepancias entre la política y el Tribunal. El entonces ministro de Justicia atacaba de manera inusualmente fuerte al Tribunal. Le reprochaba que con sus decisiones se había apartado de manera aterradora del camino del derecho, causando por ello una crisis severa;[41] que por un gremio como ese no se podía admitir que Alemania se viniera míseramente abajo. Sus insultos eran manifestación explosiva de la profunda crisis entre el Gobierno Federal de aquel entonces y el Tribunal Constitucional Federal. No obstante, finalmente al ministro de Justicia sus arremetidas le costaron su cargo.

---

[39] Véase Oppermann, en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* ('Escrito Conmemorativo 50 Años del Tribunal Federal Constitucional'), vol. 1, pp. 421 ss.

[40] Instructivo: Häußler: *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* ('El conflicto entre el Tribunal Federal Constitucional y la dirigencia política'), 1993.

[41] Baring: *Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie* ('Política Exterior en la democracia de Adenauer como Canciller'), pp. 251 ss.

Hasta el día de hoy las sentencias del Tribunal dan lugar a fuertes reacciones políticas. En el ámbito del derecho tributario se le reprocha a la Corte llevar a cabo una política fiscal de corte neoliberal.[42] Hace dos años los políticos le reprobaron poner al Gobierno Federal en estado de indefensión frente a ataques terroristas, si llegase a aprobar la prohibición de derribar aviones, que probablemente pudieran transportar terroristas, siempre y cuando se vieran afectados[43] seres humanos ajenos a los delitos a bordo de la nave. En lo que va del año muchos políticos y lobbistas reniegan del Tribunal Federal Constitucional por haber exhortado al Parlamento alemán a una mayor participación en los asuntos jurídicos europeos y por haber autorizado una integración de la República Federal de Alemania en la Unión Europea solo bajo la condición de que el Estado alemán disponga de suficiente espacio para la configuración política de las condiciones de vida en términos económicos, culturales y sociales.[44] Nuevamente se le reprocha al Tribunal hacer política, estar lejos de la realidad y que su único propósito es asegurar su propia pretensión de poder.

4. Acatamiento de las decisiones proferidas por el Tribunal Federal Constitucional

Este escenario da lugar a dos preguntas: Por un lado hay que aclarar por qué una Corte Constitucional está provista de facultades que le permiten controlar al legislador, al gobierno pero también al resto de la jurisdicción y revisar sus medidas en cuanto a su constitucionalidad. Seguidamente surge la interrogante de por qué las decisiones de la Corte Constitucional Federal —a pesar de toda crítica— tienen que ser cumplidas y su posición y renombre en Alemania continúan intachables.

4.1. Legitimación

Debido a que la Constitución es definitiva para cualquier actividad pública, todo poder estatal se ve sometido al control de la jurisdicción constitucional. A través de la jurisdicción constitucional no solamente se somete la administración, sino también el legislador y el gobierno al control de la constitucionalidad de sus quehaceres. Las decisiones de la Corte Constitucional le señalan al legislador cuáles son los límites de su poder de configuración política. El Tribunal Constitucional le fija al Parlamento el marco de su labor legislativa. En este contexto el Tribunal Constitucional puede

[42] Köppe: "Neoliberale Steuerrechtslehre und Bundesverfassungsgericht" ('Doctrina neoliberal del derecho tributario y Tribunal Federal Constitucional'), en *KritJ,* 1999, p. 15 ss.

[43] Cf. sentencia del Tribunal Federal Constitucional relativa a la Ley de Seguridad Aérea: BverfGE (Decisión del Tribunal Federal Constitucional) 115, 118 ss.

[44] Cf. BverfG (Tribunal Federal Constitucional), sentencia del 30.6.2009, 2 BvE (Litigios constitucionales entre órganos federales) 2/08, 2 BvE (Litigios constitucionales entre órganos federales) 5/08, 2 BvR (Recurso de amparo) 1010/08, 2 BvR (Recurso de amparo) 1022/08, 2 BvR (Recurso de amparo) 1259/08, 2 BvR 182/09 (Tratado de Lisboa), para publicado en la recopilación oficial de sentencias.

declarar la inconstitucionalidad de leyes, aun si estas han sido aprobadas por un parlamento elegido democráticamente por abrumadora mayoría o hasta por unanimidad.

¿Por qué se le concede a un Tribunal Constitucional ese poder? Este tema ya había sido abordado durante la Asamblea Constituyente de la constitución alemana. Un renombrado parlamentario alemán —Carl Schmid— había señalado que el problema del poder de disposición de los tribunales sobre los órganos estatales conduce a la esencia de la concepción del Estado, y es la diferencia entre Estado de poder y Estado de derecho. Otros participantes indicaban que, o se reconoce el derecho como el fundamento de la comunidad humana, en ese caso provisto con todas las garantías necesarias para su puesta en práctica, o se lanza la conveniencia política como principio supremo, lo que a su vez conduciría nuevamente hacia los peligrosos dogmas fundamentales de la época pasada.[45] Bajo el impacto de la historia alemana, los creadores de la Ley Fundamental estaban llamados a formular los derechos humanos y los derechos a la libertad no solamente como derechos subjetivos tutelables. Ellos, de manera expresa, vincularon la legislación, la administración y la jurisprudencia directamente a la constitución.

Con una amplia jurisdicción constitucional se ayuda al Estado de derecho a consagrar su reconocimiento. De esta manera se evita, a conciencia, dejar a la libre disposición del legislador los contenidos de una constitución. En la controversia por el derecho conforme la constitución no debe imponerse la mayoría, sino que un órgano constitucional en independencia judicial debe tomar la decisión. Del fundamento de la democracia parlamentaria no se deduce un monismo de poderes, y no existe una primacía amplia del parlamento frente a los otros poderes, sino un principio que se superpone a todas las asignaciones concretas de competencias contenidas en la constitución. Cuando se trata de legalidad o ilegalidad frente a la constitución, el tribunal constitucional es más fuerte que el legislador. El Estado de derecho democrático no convierte la jurisdicción constitucional en prescindible; todo lo contrario: la requiere

Desde que los tribunales constitucionales tienen que revisar las leyes en cuanto a su constitucionalidad, se le puso fin al absolutismo parlamentario. Es el mismo legislador el que tiene que poner la mayor atención en el acatamiento de la constitucionalidad de su procedimiento. La creación de una jurisdicción constitucional de esta índole conduce inevitable e intencionalmente a restricciones en la libertad del actuar político del legislativo y del ejecutivo. El legislativo, el ejecutivo y también la jurisdicción normal tienen que aceptar que la jurisdicción constitucional los corrija a ellos en nombre de la constitución, por razón de que a ella le corresponde, en caso de litigio y para el objeto del litigio, la decisión del litigio y la interpretación vinculante del derecho constitucional.

4.2. Aprobación

Aun si desde el enfoque teórico-constitucional y jurídico-constitucional exponemos la razón por la cual el Tribunal Constitucional tiene la facultad de fijarles límites a los

[45] Palabras del diputado Süsterhenn, durante la segunda sesión del Consejo Parlamentario, el 8.9.1949. Informe taquigráfico del Consejo Parlamentario, 25.

otros órganos constitucionales y por la cual sus decisiones no solo son vinculantes para el ciudadano individual sino también para el parlamento y el gobierno, esto no explica por qué las decisiones del Tribunal Federal Constitucional hasta el día de hoy se consideran vinculantes para todos los órganos y todos los frentes políticos, ni la razón por la cual la realidad constitucional se define en parte más por la jurisdicción del Tribunal que por los órganos políticamente responsables.

En este contexto el punto de partida para el Tribunal Federal Constitucional no es tan beneficioso, aunque, según la ley relativa al Tribunal Federal Constitucional, las decisiones del Tribunal son vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder,* así como para todos los tribunales y entidades. A esto se le suma que en determinados casos las decisiones del Tribunal adquieren fuerza legislativa.

No obstante, el Tribunal no dispone ni de órganos de ejecución forzosa ni de otros medios para imponer sus decisiones frente a los otros órganos estatales, en caso de que estas no sean acatadas. En los *Federalist Papers* Alexander Hamilton precisaba que el Poder Judicial no podía hacer uso ni de la "espada" ni del "bolsillo",[46] a diferencia del Ejecutivo y el Legislativo, ni aplicar fuerza de constreñimiento, ni ejercer influencia a través del poder presupuestario e impedir actuaciones.[47] Al Tribunal se le dificultaría defenderse, en caso de que el legislador llegase a limitar de manera considerable la jurisdicción constitucional y sus competencias por medio de una ley o al no dotarlo con los recursos necesarios para llevar a cabo sus funciones.

A pesar de que el respaldo jurídico y legal es comparativamente débil, no existe actualmente el riesgo de que las decisiones del Tribunal Federal Constitucional no sean reconocidas o implementadas. Esto se debe a varios factores.

4.2.1. Respaldo de la población

Ante todo el Tribunal goza de una extraordinaria confianza de la población. Desde sus inicios el pueblo alemán ha depositado gran confianza en el Tribunal. Desde hace muchos años las encuestas señalan que el nivel de confianza del que goza el Tribunal supera el brindado a casi todo el resto de las instituciones estatales. Un estudio realizado en marzo del 2009, con el propósito de dilucidar el tema de la confianza frente a las instituciones políticas, reveló que el Tribunal Federal Constitucional ocupa con gran ventaja el primer puesto. El 76% de todos los alemanes tienen gran confianza en el Tribunal Federal Constitucional. El Bundestag y el Gobierno Federal escasamente alcanzaron un 50% de los votos de los encuestados y la confianza de la población frente a los medios, a las asociaciones patronales y los partidos políticos no llegó al 30%.[48]

---

[46] Hamilton, Madison y Jay: *Federalist Papers* n.º 78; Rossiter: *The Federalist Pauperised,* Nueva York, 1961, p. 465.

[47] Vorländer: "Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichtgs" ('El poder de la interpretación del Tribunal Federal Constitucional'), en van Ooyen y Möllers: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* ('El Tribunal Federal Constitucional en el sistema político"), 2006, p. 18.

[48] Comunicado de prensa de Infratest-Dimap, 18 de marzo de 2009.

4.2.2. Competencias del Tribunal Federal Constitucional

El gran y sin igual volumen de competencias a cargo del Tribunal Federal Constitucional fue uno de los factores que condujeron de manera notable a su aceptación. El recurso de amparo fortalece de manera especial la posición del Tribunal. El recurso de amparo o tutela se convierte en la "senda del rey" para acceder al Tribunal Federal Constitucional.[49] A través de este recurso legal cualquier persona puede acudir al Tribunal Federal Constitucional en busca de protección, en caso de que se sienta afectado en uno de sus derechos fundamentales a consecuencia de actos protagonizados por el poder estatal. Ese recurso de amparo o tutela le permite al ciudadano defenderse eficazmente frente a actos arbitrarios del Estado. Gracias al espíritu de contradicción de muchos ciudadanos y al hecho de estar a la expectativa, el Tribunal Federal Constitucional puede actuar como guardián de los derechos fundamentales individuales. A este instrumento legal se le debe en gran medida el respaldo otorgado al Tribunal Constitucional, porque el recurso de amparo le abre el espacio al ciudadano común —sin necesidad de ningún apoyo profesional y eventualmente tan solo con un escrito a mano— de interponer su tutela y así experimentar que la Constitución y el Tribunal Federal Constitucional protegen sus derechos. Es poco común no leer un día en la prensa sobre una decisión de la Corte Federal Constitucional que se refiera a un recurso de amparo contra decisiones judiciales, sin importar si la decisión fue favorable o desfavorable para el recurrente. Desde la creación del Tribunal Federal Constitucional se han interpuesto más de 170.000 recursos de amparo y cada año se suman más de 6.000 nuevos procesos. De esta manera la institución del recurso de amparo ha brindado un importante aporte para que la Constitución y el Tribunal Federal Constitucional se hayan arraigado en la conciencia pública como instituciones positivas, importantes para el ciudadano, y su menosprecio no encuentre respaldo en la opinión pública.

4.2.3. Conformidad con la justicia

Otro motivo de la influencia del Tribunal Federal Constitucional radica en que en su condición de Tribunal interpreta la Constitución de manera autoritativa y no toma decisiones políticas a través de un proceso público deliberativo.

El Tribunal Federal Constitucional es en primera instancia un tribunal, y por ello hace parte del poder judicial. Aunque el Tribunal Federal Constitucional profiere sentencias relativas a controversias de contenido altamente político, institucionalmente sigue siendo un tribunal. Jurisdicción sobre materia política no es equivalente a

[49] Häberle: "Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen. Verfassungsgerichtsbarkeit" ('El recurso de amparo en el sistema de la jurisdicción constitucional a nivel de Federación'), en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* ('Anuario del Derecho Público'), vol. 45, 1997, 89 (112).

jurisdicción política.[50] La jurisdicción constitucional interpreta la Constitución, siguiendo el modo y el método judicial de resolver un litigio.

La forma jurídica de tomar una decisión contribuye a la aceptación del Tribunal Federal Constitucional. En general el Tribunal no se conforma con una breve explicación apodíctica frente al resultado hallado, sino que trata de ser convincente mediante una argumentación consistente y transparente. Intenta convencer con pericia, con severidad de conocimiento y precisión argumentativa. Adicionalmente les ofrece a los órganos constitucionales —cuando se trata de decisiones importantes— la oportunidad de participar en el proceso con posicionamientos propios. En procesos con gran impacto, el Tribunal incluye —dentro de lo posible— a aquellos grupos de intereses y asociaciones que se ven ampliamente afectados.

4.2.4. Espacio de configuración del legislador

El Tribunal perdería la aceptación y la influencia que tiene frente a la interpretación de la Constitución al no mostrar discreción concerniente a asuntos políticos y al no respetar el espacio de configuración de los otros órganos constitucionales.

Probablemente el desvelo por la Constitución demande del Tribunal una intervención decidida. El precepto de la discreción judicial frente a asuntos políticos, que se impone el mismo Tribunal Federal Constitucional, no denota una disminución o un debilitamiento de sus competencias, sino la abstención de "hacer política", es decir, abstenerse de intervenir en aquellos espacios de la política que son de libre configuración, creados y ceñidos por la Constitución. El espacio de libre configuración política que garantiza la Constitución para los demás órganos constitucionales tiene que conservarse.[51]

Por ello el Tribunal Federal Constitucional recalca constantemente en su jurisprudencia que no es asunto del Tribunal revisar en cuanto a su conveniencia una solución establecida por el legislador, o verificar si el resultado es el más razonable o el más justo. En principio al legislador le compete un amplio espacio de configuración.[52] No es función del Tribunal Constitucional revisar si el legislador, cuya legitimación es directamente democrática, ha hallado la regulación más justa y más apropiada; en principio le corresponde al mismo legislador concretar modalidad, dimensión y momento de cumplir con las funciones estatales.[53]

Aunque en este contexto también puede ocurrir que el Tribunal se extralimite. En este caso no es suficiente dirigirle al Tribunal Constitucional un reproche en términos generales, aludiendo que su decisión ha sido de índole política. En este caso se

---

[50] Stern, en *Bonner Kommentar zum GG* ('Comentario de Bonn relativo a la Ley Fundamental'), artículo 93, apartado 48.

[51] Ibídem.

[52] BverfGE 71, 66 (77); BverfGE 73, 301 (315); BverfGE 81, 156 (205); BverfGE 91, 346 (363); BverfGE 94, 166 (200); BVerfGE 95, 267 (317); BverfGE 98, 169 (204); BverfGE 99, 341 (352); BVerfGE 99, 367 (396).

[53] Voßkuhle, en v. Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar* ('Comentario a la Ley Fundamental'), vol. 3, 5.ª ed., 2005, artículo 93, apartado 43.

requiere más bien una discusión argumentativa, en la que se exponen las razones que condujeron a la decisión. Los que expresaron su crítica deben formular las razones por las que el Tribunal, de manera improcedente, ha interferido en el espacio de configuración, propio de la política.

4.2.5. Efecto de integración

Finalmente, ha habido otra causa que también ha contribuido a la efectividad de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, y es el que haya logrado que lo perciban como factor de integración, si bien la función de un tribunal constitucional no consiste en fomentar el consenso dentro de una sociedad, sino en la interpretación e implementación de la Constitución.[54] Esto puede conducir a la aprobación o al rechazo del Tribunal. No obstante, hasta el presente el Tribunal ha logrado repetidamente —a través de sus decisiones— actuar con efecto pacificador, en el sentido de conservar y fortalecer el consenso básico en la sociedad.[55] Probablemente esto también se deba a que el Tribunal por principio propende a la consonancia y al equilibrio.[56] Cuando acontecen controversias estatales de índole jurídico-organizativa, a menudo las dos partes se sienten vencedoras, en razón de que el Tribunal establece acuerdos que políticamente no se dieron por falta de tenacidad. Tanto el parlamento como el gobierno agradecen reiteradamente cuando el Tribunal Federal Constitucional adopta sus problemas o da impulso a una legislación que hasta el presente había fracasado. Frente a los demás órganos constitucionales, que muchas veces están incorporados en el sistema gubernamental parlamentario y que son interdependientes, el Tribunal Constitucional exhibe una capacidad decisoria superior.

4.2.6. Característica de la constitución

El éxito de la Ley Fundamental y la aceptación del Tribunal Federal Constitucional se deben finalmente también al hecho de que la Ley Fundamental haya permanecido sin alteración en lo relativo a decisiones fundamentales. La Ley Fundamental contiene una Constitución núcleo que genera estabilidad, razón del éxito incesante de la Constitución alemana.[57] A pesar de que la Ley Fundamental ha sido en parte sometida a amplias revisiones y modificaciones, la continuidad se ha conservado. Los derechos fundamentales han sido sujeto de insignificantes modificaciones. Las instituciones y los fundamentos de la democracia parlamentaria han permanecido intactos. Las regulaciones sustanciales de la Constitución que rigen hoy en día para el Estado y los ciudadanos son las mismas de la Ley Fundamental de 1949. Probablemente esto se

---

[54] Así Dieter Grimm, en una entrevista con la redacción de la *Süddeutsche Zeitung* del 9.12.1995.

[55] Benda, *DöV* ('La Administración Pública') 1983, p. 305 (307).

[56] Schlaich y Korioth: *Das Bundesverfassungsgericht* ('El Tribunal Federal Constitucional'), 7.ª ed., p. 303, apartado 549, con otras pruebas.

[57] Oppermann, en *JZ* 2009, 481 (482).

deba a que el artículo 79, párrafo 3, de la Ley Fundamental, la denominada "garantía de perpetuidad", descarta una modificación fundamental de la Constitución.

Una constitución tiene la función de fijar los contenidos esenciales del ordenamiento fundamental del Estado. Si una constitución se convierte en el instrumento de consecución de propósitos políticos coyunturales, pierde su carácter de ordenamiento fundamental. Ella se convierte en campo de entrenamiento de un accionismo político, comprometido con el instante, razón por la cual es importante que una constitución perdure en su esencia. Esto no excluye modificaciones imperiosas debido a cambios de las condiciones sociales. Pero el fundamento de un Estado no puede ser transformado constantemente y con ello conmocionado.

5. Final

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se redactó en los tiempos arduos posteriores a la Segunda Guerra Mundial; inicialmente se había formulado con carácter provisional y se ha convertido en fundamento estable del Estado democrático de derecho. El Tribunal Federal Constitucional participó desde un principio como vigilante y guardián de la Ley Fundamental en la implementación de la Ley Fundamental. Tras los tiempos de vacío jurídico, el Tribunal procedió inicialmente con cautela y luego fue desplegando de manera cada vez más efectiva los derechos fundamentales y fue conciliando las controversias políticas entre los órganos constitucionales. La Constitución logra hoy en día su vigencia, en la medida en que el Tribunal Federal Constitucional la conduce hacia su validez. Es así como la realidad constitucional es definida considerablemente por la jurisprudencia. La gran eficacia de este Tribunal se debe —sin tener en cuenta las críticas frente a algunas decisiones— al gran renombre, a la confianza que en él deposita la población y a su capacidad de integrar. De mi parte les deseo a las demás cortes constitucionales que de igual manera reciban la aprobación de los ciudadanos de sus países, con el fin de así tener la posibilidad de participar activamente en la configuración de la realidad constitucional en sus países.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

II. Derecho procesal constitucional

- Víctor Bazán (Argentina)
  En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
  El ministro instructor y la suspensión del acto reclamado en la controversia constitucional mexicana

- Aníbal Quiroga León (Perú)
  ¿El control difuso administrativo?

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 151-177, ISSN 1510-4974

Víctor Bazán (Argentina)*

En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas

RESUMEN

El Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico, junto con los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la Constitución, en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado. En línea convergente, la Constitución ostenta fuerza normativa al igual que dichos documentos internacionales, lo que supone la obligación de garantizar su indemnidad frente a ataques por acción o por omisión. Uniendo ambos eslabones, la posibilidad de ejercer control sobre las omisiones inconstitucionales y/o inconvencionales queda debidamente fundamentada y legitimada desde que la vigencia sociológica de la Constitución y del plexo de acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales con jerarquía equivalente es presupuesto de intangibilidad de dichos caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, inconstitucionalidad por omisión, justicia constitucional, protección de los derechos fundamentales, derecho comparado, jurisprudencia comentada, América Latina.

ZUSAMMENFASSUNG

Der heutige Staat ist ein Verfassungsstaat; im Zentrum seines Rechtssystems stehen die Verfassung sowie die grundlegenden Dokumente auf dem Gebiet der Menschenrechte, die in den Ländern, deren Rechtssysteme die Voraussetzungen dafür geschaffen haben, Verfassungsrang genießen. Folgerichtig besitzt die Verfassung ebenso normative Kraft wie die genannten internationalen Dokumente, womit die Verpflichtung zu ihrem Schutz gegen Angriffe aufgrund von Handlungen oder Unterlassungen verbunden ist. Aus der Verbindung beider Glieder ergibt sich eine hinreichende Begründung und Legitimierung für die

* Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público 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. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y director de la sección Derechos Humanos de dicha Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. ‹vicba2002ar@yahoo.com.ar›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Möglichkeit zur Kontrolle von verfassungs- und/oder vertragswidrigen Unterlassungen, zumal die soziologische Gültigkeit der Verfassung und des Geflechts internationaler Grundrechtsabkommen mit vergleichbarem Rang auf der Annahme der Unantastbarkeit der genannten Hauptsäulen von rechtlichem Vorrang und Normativität beruht.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus, Normenkontrolle, Kontrolle der Vertragskonformität, Verfassungswidrigkeit aus Unterlassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechtsschutz, vergleichendes Recht, kommentierte Rechtsprechung, Lateinamerika.

ABSTRACT

Contemporary states are constitutional states, in which the constitution provides the central framework of the legal system. In states which so provide, the primacy of the constitution is shared with basic international instruments regarding human rights, deemed to have equal force as the constitution in those legal systems which have so provided. Like these international instruments, constitutions also have regulatory force, including the obligation of maintaining their effectiveness when attacked either by act or omission. Thus, the possibility to control unconstitutional omissions violating international conventions is grounded and legitimized in the linkage of the sociological foundations of the constitution and the complex network of international agreements on fundamental rights. This concept presupposes the intangible essential characteristics of supremacy and legislation with equal hierarchy.

Keywords: neoconstitutionalism, constitutionality control, conventionality control, unconstitutionality by omission, constitutional justice, fundamental rights protection, comparative law, annotated jurisprudence, Latin America.

1. Preliminar

En el presente aporte subyace el propósito de insistir en la necesidad de dinamizar mecanismos jurisdiccionales que, sin soslayar ni violentar la autoridad democrática del legislador, aseguren la densidad normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ella, preserven su contenido axiológico y resguarden su supremacía, la que puede ser jaqueada no solo por *acción*, sino también por *inercia u omisión*.

Presentado en breves trazos, el recorrido comenzará con la identificación de los rasgos básicos de la inconstitucionalidad por omisión, contextuándola y argumentando por qué consideramos que el control a su respecto es legítimo y necesario como herramienta para proteger y asegurar la primacía y la normatividad de la Ley Fundamental. Asimismo, y para avanzar en la delineación de los perfiles del problema, enfocaremos panorámicamente la tipología de omisiones factibles de ser fiscalizadas en tanto contrarias a aquella.

Seguidamente, exploraremos diversos antecedentes que registra el derecho comparado sobre el instituto que concita nuestra atención, tanto en Europa como en Latinoamérica, desde las vertientes constitucional, subconstitucional y jurisprudencial.

Luego nos centraremos en un elemento analítico que no debe ser marginado y que gira en torno a la insuficiencia del modelo kelseniano de *legislador negativo, vis-à-vis* la creciente complejidad de las actividades y operaciones que los tribunales constitucionales u otros órganos de cierre de la jurisdicción constitucional deben afrontar, la diversificación de los desafíos que sobre ellos se posan y la necesidad de generar técnicas sentenciales *intermedias* o *atípicas,* que por ende escapan del encorsetamiento de la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad (respectivamente, pronunciamientos desestimatorios o estimatorios), entre las que se contabilizan algunas variantes para detectar y salvar las omisiones inconstitucionales.

Nos aproximaremos a continuación a la retroalimentación de los controles de constitucionalidad e inconvencionalidad, dada la creciente y trascendente conexión del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, para verificar la sustentabilidad jurídica del ejercicio del control respecto de la inconvencionalidad omisiva.

Por último, cerraremos este intento propositivo con ciertas reflexiones de recapitulación en torno a la sustentabilidad que en el Estado constitucional de derecho[1] adquieren las herramientas enderezadas a superar las pretericiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente, en orden a salvaguardar su supremacía, su vinculatoriedad para el conjunto de los poderes constituidos y viabilizar la exigibilidad de los derechos y garantías que ellos deparan, aun ante su falta de desarrollo legal o la insuficiente o deficitaria reglamentación a su respecto.

2. Perfiles de la inconstitucionalidad por omisión

2.1. Acercamiento contextual

Estrechamente asociado al Estado constitucional, el neoconstitucionalismo (fenómeno polisémico[2] que lleva a preguntarse si existen uno o varios neoconstitucionalismos), entre otras cosas, ha modificado el marco teórico del derecho constitucional, dando lugar al surgimiento de una nueva dogmática constitucional.

Como *mutatis mutandi* se afirmara, el *constitucionalismo* actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no solo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las

[1] Sobre el tema, puede consultarse la monografía de Víctor Bazán: "Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales", en *Cuadernos Democráticos,* n.º 1. Quito: Fundación Konrad Adenauer Ecuador, 2009.

[2] Véase para ampliar Víctor Bazán: "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", en *Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá: Universidad del Externado, 2007, pp. 121-144.

reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.[3] Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la *democracia*, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades.[4]

Justamente, uno de los episodios que toman cuerpo en la zona tensional entre el constitucionalismo y la democracia es el relativo al control de constitucionalidad en torno a las omisiones anticonstitucionales.

En presentación primaria y hasta rudimentaria del problema, y tomando como premisa liminar que ni democracia ni constitucionalismo son conceptos unívocos, acudimos a Elster, para quien la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio *una persona, un voto*.[5] A su turno, el vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias[6] y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial.[7] Así, y en términos generales, puede relacionarse a la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo; aquella encarna la participación popular, este, las restricciones constitucionales.[8]

En el escenario friccional constitucionalismo-democracia o judicatura-parlamento, Prieto Sanchís entiende que la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representa un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, peligro que juzga "inevitable" si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), el que, como modelo de organización jurídico-política, pretende representar un perfeccionamiento del Estado de derecho, y si un postulado de este es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador.[9]

De allí que, para dicho autor, con el nombre de *neoconstitucionalismo* o *constitucionalismo contemporáneo* se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de derecho como al tipo de teoría del derecho requerido para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mentar la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho.[10]

---

[3] Seguimos aquí la explicación que se formula en la "Presentación" de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho, bajo la dirección de Luis Prieto Sanchís. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

[4] Ídem.

[5] Jon Elster: "Introducción", en Rune Slagstad et al.: *Constitucionalismo y democracia*, México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33.

[6] Ibídem, p. 34.

[7] Ibídem, p. 36.

[8] Ibídem.

[9] Luis Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003, p. 157.

[10] Cf. Luis Prieto Sanchís: voz "Neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de derecho constitucional*. México: Porrúa y UNAM (Instituto de Investigaciones), 2002, p. 420.

Una síntesis del alcance del neoconstitucionalismo viene propuesta por Sastre Ariza,[11] quien se refiere a él expresando que se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de derecho, cuya peculiaridad está dada por las características o funciones de algunas constituciones que aparecen en la segunda posguerra mundial y que se contraponen a las del constitucionalismo antiguo o decimonónico, lo que —en la visión de Fioravanti— supone que aquellas constituciones "representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo".[12]

2.2. Base de legitimación del control de constitucionalidad sobre las pretericiones inconstitucionales

Desplegados los citados insumos contextuales, puede afirmarse que ha existido una profunda transformación en el sistema de relaciones entre judicatura y Parlamento, que "ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios".[13]

Así, el Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto con los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a ella en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado[14]) y ostenta fuerza normativa, lo que supone la imperiosa obligación de garantizar

---

[11] Santiago Sastre Ariza: "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell (ed): *Neoconstitucionalismo(s)*, o. cit., p. 239.

[12] Maurizio Fioravanti: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2001 (2009), p. 163; mencionado por Sastre Ariza, o. cit.

[13] Luis Prieto Sanchís: *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 121.

[14] Por citar un ejemplo, el artículo 75.22, § 2 de la Constitución argentina —de acuerdo con la reforma de 1994— elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado *jerarquía constitucional*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de 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; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido ex post, *con alcurnia homóloga a la Ley Fundamental,* la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio 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 (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la ley 25778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

Sobre el tema en el contexto argentino, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en: "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", en *Estudios Constitucionales,* año 5, n.o 2, 2007. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-183; y en torno al derecho comparado véase, por ejemplo, del mismo autor, "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*,

la *indemnidad de la Constitución*, sea que los ataques en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

Con todo, y para comprender las raíces y los perfiles de la presente indagación, no son insignificantes las palabras de Zagrebelsky, para quien si bien existen en su origen "relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: *Judicial Review* o justicia constitucional; tradiciones de *Common* o *Civil Law*; control abstracto o concreto, preventivo o subsecuente; tutela de los derechos constitucionales o control de las leyes, etcétera, el *Estado de derecho* no siempre es la misma cosa en cuanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La noción de *Estado constitucional*, por consiguiente, no coincide en todas partes. La misma Constitución no es una norma suprema en la misma medida, en donde cambian las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Son diferencias relevantes. Pero justo por eso se destacan las tendencias comunes que se hallan en el 'juzgar en derecho constitucional'. El Estado constitucional, que deriva de las diversas nociones de Estado de derecho, parece convertirse en una perspectiva común".[15]

Por su parte, De Otto explica que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificando que la infracción de lo dispuesto en ella es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de esta serán constitucionales solo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.[16] Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema[17] (énfasis del original).

Inmerso en esta lógica, y con adscripción al Estado constitucional de derecho, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones que resultan lesivas de la Ley Fundamental, en tanto la vigencia sociológica de esta es presupuesto de la intangibilidad de los mencionados caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

2.3. Sobre algunas variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales

La activación del contralor sobre las omisiones inconstitucionales persigue entre otros objetivos recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría

VII Convención Latinoamericana de Derecho, Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007, Lima: Grijley, 2007, pp. 269-307.

[15] Cf. Gustavo Zagrebelsky: "El juez constitucional en el siglo XXI", trad. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, texto escrito de la conferencia pronunciada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Suprema Corte de Justicia de México e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, 14 al 17 de mayo de 2008 (cursivas del original).

[16] Ignacio De Otto: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 5.ª reimp., 1997, pp. 17-18.

[17] Ibídem, p. 18.

quedado momentáneamente marginada por la agresión negativa del órgano omitente.[18] En dirección convergente, debe recordarse que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.[19]

Al respecto, es siempre conveniente reenviar a Wessel[20] cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. En una simplificación taxonómica extrema (pues profundizar en otras variantes tipológicas de preterición excedería el objeto del presente trabajo), nos limitamos a señalar que ellas pueden ser: *absolutas o totales*, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y *relativas o parciales*, cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad (con su presupuesto de no discriminación) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente. En otras palabras, incurre en lo que la doctrina alemana denomina una *exclusión arbitraria de beneficio* contraria a la Constitución.

Avanzando en esa línea argumental, con un punto de toque con la problemática que analizamos, puede incluso plantearse la cuestión vinculada al defecto de *pronóstico* o de *prognosis* del legislador, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habrían sufrido desgaste o desfase, devenido anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas. Ello da lugar al interrogante de si la omisión del legislador en actualizarlas es idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional.

Con todo, es indispensable al menos bosquejar el perímetro y la superficie con que cuenta la magistratura jurisdiccional para analizar el cuadro de situación que le permita descubrir la presencia de pretericiones inconstitucionales y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una *trivialización* de las declaraciones de inconstitucionalidad al ritmo de la insensatez o el apresuramiento.

En esta dinámica reflexiva con que debe actuar el juez para descifrar si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión, no debería prescindirse de un balance cuidadoso y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado

---

[18] Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en general, pueden consultarse —entre otros— los siguientes trabajos de 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, pp. 171-269, y "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en Víctor Bazán (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997, pp. 41-108.

[19] Ignacio Villaverde Menéndez: *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 3.

[20] Wessel: "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión provoca; lapso por el que viene manteniéndose la pasividad del órgano deferente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; y, entre otros aspectos, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Semejante ejercicio jurisdiccional supone naturalmente tener siempre presente la obligación de generar una solución equilibrada que ni signifique una temeraria invasión de sectores de atribuciones propios de otros poderes estatales, ni obture la actuación judicial si el órgano competente mediatiza arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de los mandatos constitucionales o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluye injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad o equivalencia de circunstancias.

3. Relevamiento iuscomparado de algunos antecedentes normativos y jurisprudenciales para corregir las omisiones inconstitucionales

Efectuaremos aquí, simplemente, una reseña del catálogo de soluciones que ofrece el derecho comparado para la corrección de las omisiones inconstitucionales (y en algún caso inconvencionales) por vía de las normativas constitucionales y legales o del empleo de la creatividad jurisprudencial.

De una rápida lectura en perspectiva iuscomparada se percibe que tanto en los dispositivos constitucionales nacionales o estaduales (estos últimos en los sistemas de estructura federal) o infraconstitucionales como en la doctrina judicial existen diversos emprendimientos (con variantes y mayor o menor grado de funcionamiento eficaz en la práctica) para afrontar la pasividad inconstitucional de las autoridades competentes, y que resultan dignos de ser colacionados.

Pasemos entonces, sin más preludios, a formular una referencia enunciativa.[21]

3.1. En los textos constitucionales nacionales

Al respecto, es digno de destacar que el primer antecedente normativo-constitucional expreso se configuró en la antigua *Yugoslavia*, que disciplinaba un supuesto en tal sentido en el artículo 377 de la Constitución de 27 de febrero de 1974 de la denominada (y hoy desaparecida) República Socialista Federativa de Yugoslavia.

[21] Véase para ampliar Víctor Bazán: "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en Miguel Carbonell (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2.ª ed. México: UNAM (IIJ), 2007, pp. 75-270.

A su tiempo, y ya entre las cartas políticas vigentes, podemos ejemplificativamente relevar los siguientes casos:

3.1.1. En Europa, los de *Portugal,* de acuerdo con el artículo 283 constitucional y el artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional; y *Hungría*, en función del artículo 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, verbigracia, leyes XXXI/1989 y XL/1990; ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre.[22]

3.1.2. En Latinoamérica, los supuestos de *Brasil*, en los términos del artículo 103, § 2, de la Constitución Federal de 1988, que incluyó el control sobre la inconstitucionalidad omisiva en la órbita competencial del Supremo Tribunal Federal; *Venezuela,*[23] por imperio del artículo 336, numeral 7, de la Constitución de 1999/2000, emplazando la referida atribución fiscalizatoria en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia;[24] y *Ecuador*, en cuya actual Constitución —aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008— se incluye en el cuadro de competencias de la Corte Constitucional (que reemplaza al Tribunal Constitucional) la atribución de "*[d]eclarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión* inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley".[25]

3.1.3. Por último, y siempre dentro de la línea referencial enunciativa, es posible citar los ejemplos de *Angola* y *Timor*, en África y Asia respectivamente.

3.2. Por vía legislativa

3.2.1. Puede rememorarse el caso de *Costa Rica*, que por medio de la reforma constitucional 7128, de 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* n.º 166, del 1 de setiembre de 1989), creó la jurisdicción constitucional, incluyendo en el artículo 10 de la Constitución que "corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público". Asimismo, se reformaron los

[22] Véase al respecto José Julio Fernández Rodríguez: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 160.

[23] Sobre el tema, cf. Víctor Bazán: "La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, t. I, 2006, pp. 475-506.

[24] Debe recordarse que, en el texto constitucional publicado primigeniamente el 30 de diciembre de 1999, dicho segmento de la norma comenzaba diciendo: "Declarar la inconstitucionalidad *del poder legislativo municipal, estadal o nacional…*", aunque posteriormente la versión incluida en la *Gaceta Oficial* del 24 de marzo de 2000 (se trata de una reimpresión, con correcciones, del texto original, publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 5453, extraordinario, del 24 de marzo de 2000), apareció ya con la lógica corrección en cuanto a que la competencia de la Sala Constitucional en el numeral 7 del artículo 336 consiste en: "Declarar la inconstitucionalidad *de las omisiones* del poder legislativo…" (cursiva agregada en ambos casos).

[25] Artículo 436.10. Cursivas añadidas.

artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional) fue desarrollado por la ley 7135 (de 11 de octubre de 1989), por imperio de cuyo artículo 4 se dispone —en cuanto a lo que aquí interesa— que "la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política". Específicamente, el artículo 73 de la mencionada ley determina los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo en los apartados *a, b* y *f* especificaciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales.

Más allá del plano normativo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense paulatinamente fue abriéndose a la posibilidad de analizar diversos planteos referidos a hipótesis de inconstitucionalidad por omisión, como la que citaremos en los dos párrafos siguientes, aunque —como todo debe decirse— según algunos especialistas de ese país luego de su dictado, que se produjo a mediados de 2005, ha comenzado a replegarse, tal como darían cuenta los fallos 2005-10382, 2005-14522, 2006-3238, 2006-12017, 2007-15831, 2007-011158 y 2008-1739.

Sea como fuera, la sentencia *aperturista* que anunciábamos en el párrafo anterior (resolución 2005-05649) fue emitida en el expediente 04-008653-0007-CO el 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano. En ella, superando una visión negatoria anterior reacia a controlar las *omisiones legislativas* (pues circunscribía el contralor a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado declaró inconstitucional *la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa* en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los artículos 105 y 123 mediante ley 8281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de esta —el cual venció el 20 de junio de 2003—, las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley.

Además, y luego de declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que dictara las referidas leyes. En resumen, y con motivo de este fallo, finalmente la Asamblea Legislativa sancionó la ley 8492, de 9 de marzo de 2006, reglamentaria de aquellos institutos de participación ciudadana.

3.2.2. Aunque por vía mediata, también puede incluirse al caso de *España* en este sector de la nómina.

Es que por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener ahora por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*.

Según se ha advertido, "[e]l hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial no excluye

la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso, supuesto en el que ha de elevarse al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión sobre la constitucionalidad de dicha ley, que será enjuiciada en Sentencia antes de la resolución del proceso de amparo (artículo 55.2 LOTC)",[26] por lo que consecuentemente cabe por esta vía el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que hubiesen dado lugar a omisiones administrativas o judiciales lesivas de derechos fundamentales.[27]

3.3. Por medio de las constituciones estatales en países de estructura federal

Pueden citarse los casos de *Brasil*, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las constituciones de algunos de sus estados, verbigracia, Rio Grande do Sul (artículo 95.XII.*d*), Rio de Janeiro (artículo 162, § 2), São Paulo (artículos 74.VI y 90, § 4) y Santa Catarina (artículo 85, § 3); *México*, donde se advierten ciertos antecedentes en las constituciones de los estados de Veracruz (artículos 64.III y 65.III), Tlaxcala (artículo 81.VI), Chiapas (artículo 56.III), Quintana Roo (artículo 105.III) y Coahuila (artículo 158.II.*f*, aunque no como proceso autónomo sino como una de las hipótesis de la acción de inconstitucionalidad, cuyo radio de acción fue extendido por medio de la reforma constitucional de 2005 incluyendo el control sobre "la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria"); y *Argentina*, donde la figura es receptada explícitamente por la constitución de la provincia de Río Negro (en el artículo 207.2.*d*), emplazándose en la esfera competencial del Superior Tribunal de Justicia local.

3.4. Su instrumentación jurisprudencial

3.4.1. Europa

Es dable contabilizar los casos de *Alemania, Austria, España* e *Italia*, en los que, si bien no existen preceptos específicos en las respectivas leyes fundamentales, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas *relativas o parciales*.

Por ejemplo, y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional —por ejemplo, las "sentencias interpretativas" y, dentro de estas, las "manipulativas"

[26] Cursivas añadidas.

[27] Cf. "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", ponencia del Tribunal Constitucional de España en la XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, mayo de 2008, ‹www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc›.

y, más específicamente, las "aditivas"— y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador —por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las "sentencias de apelación", etcétera—,[28] tema que retomaremos.

3.4.2. Latinoamérica

Entre otros supuestos, también merecen atención los siguientes ejemplos en el contexto latinoamericano:

3.4.2.1. Argentina

El instituto no resulta desconocido por la Corte Suprema de Justicia nacional. Así, y por citar algunos casos recientes, relevaremos brevemente las causas *Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios,*[29] sentencias I[30] y II,[31] respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007, y *Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986,*[32] de 24 de febrero de 2009.

Concretamente, en *Badaro I*[33] *detectó la omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna; se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión;[34] *difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias*.

A su turno, en *Badaro II,*[35] al haber transcurrido un espacio de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el

---

[28] Cf. Francisco J. Díaz Revorio: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 61, enero-abril 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-86.

[29] Causa B.675.XLI.

[30] *Fallos*, 329:3089.

[31] Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 27, emitido más de quince meses después de *Badaro I.*

[32] Causa H.270.XLII.

[33] Omisión que se centraba principalmente en el artículo 14 *bis,* concretamente en la parte referida al derecho a las "jubilaciones y pensiones móviles".

[34] Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

[35] Luego del fallo *Badaro I* el Congreso sancionó la ley 26198 (*B. O.* de 10 de enero de 2007), aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general del 13% con vigencia desde el 1 de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a $ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del decreto 1346/2007 (*B. O.* de 5 de octubre de 2007), que estableció un aumento general del 12,5% a partir del 1 de septiembre de 2007.

Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descritas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en *Badaro I.*

punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante),[36] y añadir que el primer fallo dictado en la causa "fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella",[37] por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del artículo 7.2, de la ley 24463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los $ 1.000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que —*ante la omisión legislativa*— supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de *contenido aditivo*.

A su tiempo, en *Halabi*[38] —por mayoría—, *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las "acciones de clase" y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el cuerpo legisferante, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso.

Para llegar a tal conclusión, y entre otros eslabones argumentales, entendió que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, así como de los derechos de sujetos discriminados.

En ese sentido, y si bien reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Manifestó al respecto que "no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos".[39]

Luego agregó que, "frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida

[36] Cursivas añadidas.

[37] La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

[38] Considerando 12 de la mayoría.

[39] Ibídem, cursivas añadidas.

disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular".[40]

En línea con lo que anticipábamos, paralelamente a detectar la "mora" del legislador y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, formuló algunas precisiones a los efectos de que, ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la "acción colectiva" que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar.[41]

Por tal razón, entendió que "la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos".[42]

3.4.2.2. Bolivia

Se verificó asimismo algún movimiento incipiente para afrontar la inconstitucionalidad por omisión en su Tribunal Constitucional (órgano que ya ha dejado de operar).[43] Nos referimos al formato institucional anterior al diseñado por la nueva Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009, que abroga la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas, y diseña normativamente un Tribunal Constitucional Plurinacional que, tememos, no comenzará a funcionar en breve, sino dentro de un prolongado lapso.

Aquel tribunal emitió en la materia que abordamos, por ejemplo, la declaración constitucional 06/2000 y las sentencias constitucionales 0009/2004 y 0018/2004, efectuando algunas aproximaciones sobre las omisiones inconstitucionales.

---

[40] Considerando 20 de la mayoría.

[41] Ibídem.

[42] Según la página web del Tribunal Constitucional existen 4831 expedientes paralizados "por ausencia de magistrados", lo que lleva a una cantidad de 30.947 personas afectadas (‹www.tribunalconstitucional.gov.bo›, 11.9.2009).

[43] César Astudillo Reyes: "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa", en Víctor Bazán (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo* (2 t.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, en prensa.

3.4.2.3. Colombia

La experiencia colombiana marca que su Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las "omisiones legislativas" y ha acudido a resoluciones "atípicas", por ejemplo, en las sentencias C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-956/99, C-427/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06.

3.4.2.4. México

Como resalta Astudillo Reyes,[44] a finales de 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó doctrina con relación al concepto y la tipología de las omisiones legislativas; así, las controversias constitucionales 46/2002, de 10 de marzo de 2005, y 14/2005, de 3 de octubre de 2005, dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales sumamente relevantes: 9, 10 y 11 de 2006,[45] que establecieron las modalidades tipológicas de las omisiones del legislador.

Colateralmente, y en torno a la viabilidad del control sobre las omisiones por medio de las controversias constitucionales reguladas en la fracción I del artículo 105 constitucional, Cossío Díaz razona que, en punto a la *materia* sobre la que pueden versar aquellas, la Constitución se refiere a *disposiciones generales* y *actos*, lo que abre amplias posibilidades de impugnación, a tal grado que prácticamente puede comprenderse cualquier tipo de norma jurídica o, incluso, que bajo la segunda acepción se lleguen a comprender las actuaciones u *omisiones* de las autoridades correspondientes.[46] [47]

3.4.2.5. Nicaragua

Algún vestigio embrionario al respecto dejó la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, al dictar la sentencia 90, el 22 de abril de 1999, en expediente 1375, recurrente: Dr. Julio Centeno Gómez, recurrido: Dr. Iván Escobar Fornos.

En tal pronunciamiento hizo lugar al amparo por omisión articulado en virtud de haberse constatado que la Asamblea Nacional de la República no había cumplido con las normas constitucionales establecidas en los artículos 113; 138, num. 6; y 150, num. 5; en punto a la obligación constitucional de "conocer, discutir y aprobar el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República para su aprobación".

Ordenó volver las cosas al estado que tenían antes de la violación constitucional por omisión, superando el estado de violación constitucional por la falta de aprobación del Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, y señaló además que era obligación de la Asamblea Nacional cumplir con su atribución constitucional de conocer, discutir y aprobar el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, a efecto de que no persistiera el estado de violación constitucional entonces existente.

---

44 Tituladas respectivamente "Principio de división funcional de poderes. Sus características"; "Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes" y "Omisiones legislativas. sus tipos"; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.ª época, Pleno, t. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527 respectivamente.

45 Cf. *SJF,* 9.ª época, t. X, agosto de 1999, p. 568.

46 Fundamento 39, cursivas añadidas.

47 Fundamento 49, cursivas añadidas.

3.4.2.6. Perú

Vale también colacionar la praxis de su Tribunal Constitucional, que, entre otros casos, muestra que su Sala Primera afrontó el problema en el expediente 2945-2003-AA/TC, *in re* "A.A.M.G"., hipótesis en la que se ventilaba una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/sida, es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral; ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera. Tal amparo fue acogido solo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al Tribunal Constitucional por vía de recurso extraordinario.

En concreto, es interesante la argumentación que este tribunal elabora analizando los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida, para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era "necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión*".[48]

Convergentemente, añadió:

> […] los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de

[48] Concretamente, decidió: "Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Segundo: Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas. […]".

medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.*[49]

3.4.2.7. República Dominicana

Es interesante resaltar la actividad plasmada por su Suprema Corte de Justicia, básicamente en el pronunciamiento de 24 de febrero de 1999 en la causa iniciada por Productos Avon S. A., donde operativizó la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una de fuente internacional; concretamente, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reivindicando su potestad de determinar el procedimiento adecuado al amparo cuando este no se ha establecido "por omisión del legislador"[50] y con sustento en el artículo 29.2 de su Ley de Organización Judicial, n.º 821.

No es irrazonable pensar que la presente fue una hipótesis *premonitoria e intuitiva* de control sobre la *inconvencionalidad por omisión*, esto es, de la violación (por pasividad) del artículo 25.1 de la CADH.

Posteriormente, y a partir del efecto "inductor" de la sentencia, se dictó una normativa específica sobre el "recurso de amparo", concretamente la ley 437/06,[51] cuyo artículo 1 establece que la acción de amparo será admisible contra todo *acto u omisión* de una autoridad pública, o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución.

---

[49] *Gaceta Oficial*, n.º 10.396, de 30 de noviembre de 2006. Precisamente, en uno de los "vistos" de la ley se alude a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 24 de febrero de 1999 (mencionada en el texto), que reglamentó el recurso de amparo.

[50] Concretamente, decidió: "Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Segundo: Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas. […]".

[51] Gaceta Oficial, n.o 10.396, de 30 de noviembre de 2006. Precisamente, en uno de los "vistos" de la ley se alude a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 24 de febrero de 1999 (mencionada en el texto), que reglamentó el recurso de amparo.

4. Un factor analítico adicional para sustentar argumentalmente la viabilidad del control en torno a las inconstitucionalidades omisivas

Luego del recorrido de derecho comparado que acometiéramos, corresponde ahora indicar que, aunque en otro tiempo resultó muy provechoso el simplificado esquema que Kelsen inicialmente manejara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al tribunal constitucional como un mero legislador negativo cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se ha visto desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado constitucional de derecho.[52]

Es posible constatar que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad resulta insuficiente para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que ante aquellos se presentan, lo que ha requerido la generación de posiciones jurisdiccionales activistas para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir.[53]

En esa lógica, principalmente en Europa (como vimos, en los tribunales constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con irradiaciones hacia nuestro continente (verbigracia, en la Corte Constitucional de Colombia, los tribunales constitucionales de Perú y Bolivia, la Corte Suprema de Justicia argentina —que se encuentra en trance de reconfigurar su silueta institucional[54]— y las salas constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue plasmándose la construcción jurisprudencial de "sentencias atípicas o intermedias" que reconocen una raíz primordialmente pragmática.

---

[52] Cf. Ángel Garrorena Morales: "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", en *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 2, Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 1844-1845.

[53] Sobre el punto, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en: "De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires: LexisNexis, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

[54] Al respecto, consultar Víctor Bazán, por ejemplo, en: "Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 8, julio-diciembre de 2007, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Porrúa, pp. 89-112; "La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, enero-junio de 2006, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Porrúa, pp. 257-287; "La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 25-61.

En torno a estas variantes decisorias existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Sin embargo, justo es reconocer que pareciera existir algún consenso en cuanto a que la problemática de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana) mucho tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de estos instrumentos sentenciales. Según Groppi, la idea se inscribe en el marco de la "'minimización' del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico […]. Con las sentencias interpretativas el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución".[55]

Estando las "sentencias interpretativas" estrechamente vinculadas a la *interpretación conforme*, ellas parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende de él. Ligada a tal faceta de la cuestión, una de las numerosas aproximaciones que se han ensayado sobre las sentencias interpretativas —en este caso la surgente de la pluma de Rubio Llorente— las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales de interpretación.[56]

Ilustrativamente, y dentro de la categorización de las "interpretativas", existen por ejemplo las sentencias "manipulativas", que a su vez pueden ser "sustitutivas", "reductoras" o "aditivas". Siguiendo a Gascón, las primeras *sustituyen* una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce de él, pero que resulta acorde con la Constitución; las "reductoras" suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual, y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*; y las "aditivas", que implican la *aceptación de la inconstitucionalidad por omisión*, consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.*[57]

---

[55] Tania Groppi: "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, t. I, o. cit., p. 355.

[56] Francisco Rubio Llorente: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 484.

[57] Cf. Marina Gascón: voz "Interpretación conforme (con la Constitución)", en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, o. cit., p. 318.

En el necesariamente restringido contexto de este muestreo enunciativo, y antes de pasar a las apreciaciones de cierre de este trabajo, no podríamos dejar de incluir a las sentencias que modulan sus efectos, y que en general suponen una interacción entre el tribunal o corte constitucionales con el Poder Legislativo y/o con la magistratura ordinaria; de allí que también se las denomine "sentencias bilaterales" o "multilaterales" si involucran a otro u otros órganos públicos además del Congreso o Parlamento. Entre ellas se puede incluir —como anticipábamos— las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad o de inconstitucionalidad simple; las sentencias apelatorias; las que declaran que la ley "todavía no es inconstitucional"; el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador; las sentencias exhortativas y las "sentencias aditivas de principio" o las "sentencias-delegación".[58]

5. En torno a los controles de constitucionalidad y convencionalidad

No son simples datos anecdóticos el importante grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión) y jurisprudencia (en el de la Corte) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales.

Conviene entonces mantener encendido el botón de alerta en torno a este asunto, ya que en la hora actual los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, acentuándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor de la solidificación del sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia, evitando que este incurra en responsabilidad internacional por acción u omisión; tareas en cuyo despliegue la magistratura jurisdiccional (ordinaria y/o constitucional) asume un rol protagónico.

Por su parte, es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que *retransmite* un claro mensaje a los magistrados internos de los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Se trata del caso *Almonacid Arellano,* en el que se ha pronunciado en los siguientes términos:

[58] Díaz Revorio: o. cit., ídem.

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*.[59]

El Tribunal Interamericano ha ido aún más allá, estableciendo que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. En efecto, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso,* puso de manifiesto:

> […] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes […].[60]

Entre otros argumentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad —que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional— puede explicarse —utilizando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada:

> […] por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores

[59] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 154, § 124 (cursivas añadidas). También lo ha expresado, verbigracia, en el *Caso La Cantuta vs. Perú,* sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 162, § 173.

[60] Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,* sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 158, § 128.

jurídicos se considera la "piedra de toque" del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal.[61]

En definitiva, la Corte IDH impone a los poderes judiciales de los estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que de él ha realizado el Tribunal Interamericano, que, como se sabe, es el intérprete último de aquel. Realza, así, la operatividad de la pauta de *interpretación conforme a la CADH* como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por los órganos jurisdiccionales vernáculos (incluso de oficio), dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Solo por traer a colación un ejemplo, en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad,*[62] de 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia argentina —por mayoría—[63] aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el considerando 31 de la moción mayoritaria). Para conformar tal matriz argumental ha receptado expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el § 124 de la sentencia recaída en *Almonacid Arellano,* siendo al efecto particularmente relevante el considerando 21 de la posición triunfante de nuestro máximo tribunal en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que —añadimos por nuestra parte— significa discernir si una norma interna es o no "convencional".

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el caso *Boyce y otros,* ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si esta también es "convencional", o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.[64]

Enlazando tales cuestiones con lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH cuando claramente subraya el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno*, en el sentido de que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, ibídem (o sea, los reconocidos en la Convención), no estuvieran ya garantizados por disposiciones

[61] Luis Jimena Quesada: "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 495-544. Para su afirmación, tal autor se apoya en Benedetto Conforti (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: "Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces".

[62] *Fallos*, 330:3248.

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

[64] Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados,* sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 169, § 78.

legislativas o de otro carácter, *los estados partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos*; no parece irrazonable pensar que el preceptivo control de convencionalidad a cargo de la jurisdicción deba llevarse adelante para enfrentar no solo acciones o normas lesivas de la CADH sino también a *omisiones estatales que resulten contrarias a esta*.

Y aquella obligación jurisdiccional de los jueces nacionales de aplicar el derecho internacional, marcada y subrayada por la Corte IDH, lejos está de ser una entelequia. Es realidad tangible para la magistratura jurisdiccional, en cuyo arsenal de insumos analíticos con que cuenta para dar vida a la argumentación de sus sentencias no puede estar ausente la letra de la CADH —ni las del resto de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus juris* básico en materia de protección de los derechos humanos—;[65] como tampoco sería válido prescindir de la lectura que del texto y el espíritu de tal pacto ha realizado el nombrado Tribunal Interamericano.[66]

En la dinámica de interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento por esta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Clara explicación de ello nos brinda García Ramírez, para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte IDH,

> […] no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el "criterio de interpretación y aplicación", este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a

[65] En esa línea, el doctor Sergio García Ramírez ha señalado en su voto razonado a la sentencia de la Corte IDH *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,* cit., su criterio en punto a que al referirse al control de convencionalidad, si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH, tal función se despliega "en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera" (§ 2).

[66] Véase para ampliar Víctor Bazán, por ejemplo, en "Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria", en *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 10 de agosto de 2009, pp. 39-52.

decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.[67]

6. Reflexiones finales

1. El modelo jurídico-político representativo del Estado constitucional de derecho, nutre a las constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden reparar la ruptura entre democracia y constitucionalismo.

Precisamente, la discusión acerca de las posibilidades de sustentación de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión configura un pliegue más de la tensión entre aquellos elementos: democracia-constitucionalismo.

Sobre el punto, no puede negarse la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento o Congreso y tribunal constitucional o judicatura, ha favorecido el advenimiento de una Constitución concebida como norma jurídica —por tanto, dotada de riqueza y potencia normativas—, impregnada de valores y principios, y presente en todos los espacios jurídicos y conflictos mínimamente significativos.

Tal como verifica Carrillo, en Europa (aunque con irradiaciones hacia el espacio latinoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Ley Fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda de que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquella ordena el sistema político y los tribunales constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado.[68]

Ello supone que, en palabras de Pérez Tremps, ha quedado superada la visión de la Constitución como norma meramente organizativa y, en cierto sentido, emplazada "en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material", siendo tal concepción sustituida por otra que entiende a la Ley Fundamental como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva.[69]

2. Las relaciones tensionales entre el Parlamento o Congreso y el tribunal constitucional o el Poder Judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos

---

[67] Cit. en nota 55, § 8.

[68] Marc Carrillo: "La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno", en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, Madrid: UNAM (IIJ) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 1472.

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

sistemas de contralor de constitucionalidad) deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debe ser impulsada ni entendida en un plano confrontativo o de puja de poder, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de clausura de la jurisdicción constitucional en punto a mantener inalterada la vigencia normativa suprema de la Constitución, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y la libertad de configuración política de este.

En este como en todos los ámbitos jurídicos relevantes, la labor de la judicatura (constitucional u ordinaria) al respecto deberá estar recorrida axiológicamente por la pauta de "razonabilidad", cuya forma de ser percibida y concebida ha mudado, pasando —en palabras de Zagrebelsky— de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho.*[70]

Es todavía posible añadir, con Gómez Puente, que si bien el control de la inactividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control, y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto como de hacerlo sobre una omisión legislativa.[71]

3. El examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Europa y Latinoamérica (estas corporizadas en la generación de modalidades sentenciales "atípicas" o "intermedias") pone al descubierto el creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretorianamente, diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales para aportar a favor de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia real de los derechos y la consolidación del Estado constitucional de derecho.

4. Las omisiones inconstitucionales no pueden quedar inatacadas solo porque el órgano legislativo inoperante no diseñe los dispositivos procedimentales idóneos para combatirlas, porque paradójicamente en tal hipótesis el remedio contra aquellas quedaría en manos de uno de los principales responsables de tal incumplimiento.

Además, no es difícil imaginar que la implementación de mecanismos de contralor por el cuerpo parlamentario, que lo tenga justamente como principal destinatario de semejante fiscalización, muy probablemente no despertará euforia o hiperactivismo entre sus filas. Por consiguiente, recaerá en la magistratura jurisdiccional la faena de trazar tales vías procesal-constitucionales si aquel dejara de realizarlo.

5. Nada se descubre al recordar que en la hora actual se multiplican los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incrementándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes

[70] Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 3.ª ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 147.

[71] Marcos Gómez Puente: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 270.

mediante su retroalimentación y complementariedad a favor del fortalecimiento del sistema general de derechos, procurando que el Estado cumpla los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y evitar, así, incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión.

Y si las constituciones diagraman (al menos desde la letra) generosas cláusulas de apertura internacional; si la propia CADH destaca en su artículo 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, ibídem, no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; si el control de convencionalidad por la magistratura jurisdiccional (incluso *ex officio*) es una obligación que debe ser observada; no es irrazonable concluir que existe suficiente base legitimante para que el radio de cobertura de tal contralor de convencionalidad alcance también a las *omisiones estatales que resulten contrarias a la CADH* y a otros documentos internacionales que integran el *corpus juris* básico en la materia.

Respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de estos. Y ello queda inmerso en un escenario axiológico particular descripto claramente por la Corte IDH, que ha subrayado que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyo objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes*; por el contrario, cuando los estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros estados.[72]

6. La Constitución es contenido normativo y axiológico con vocación de operatividad. Y aunque no pueda dejar de reconocerse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad y de la inconvencionalidad por omisión significa incursionar en terrenos *inhóspitos* del control de constitucionalidad y de convencionalidad, ya que enlaza con arduos problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales e internacionales* y toca puntos conflictivos al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *invadidas* en espacios que consideran de su exclusiva discrecionalidad o *limitadas antidemocráticamente,* el esfuerzo en tal sentido vale la pena.

---

[72] Cf. Corte IDH, OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)", 24 de septiembre de 1982, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, § 29, p. 44.

Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en Víctor Bazán: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, t. I, 2000, pp. 91-165.

En esa lógica, el control sobre las omisiones inconstitucionales e inconvencionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de aproximar los extremos de la brecha erigida entre el discurso normológico y las concreciones pragmáticas de los contenidos de la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales con equivalente cotización jurídica.

Finalmente, y en la dinámica interactiva entre aquellas fuentes jurídicas, siempre debe tenerse presente que la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto delinea la Corte IDH, conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos humanos, que son el reflejo directo de la dignidad de la persona*.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 179-203, ISSN 1510-4974

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)*

El ministro instructor y la suspensión del acto reclamado en la controversia constitucional mexicana**

RESUMEN

La suspensión del acto reclamado en el proceso de controversia constitucional mexicano (conflictos competenciales entre órganos del Estado) ha sido poco estudiada, a pesar de la abundante bibliografía sobre esta figura en el centenario juicio de amparo. Su funcionalidad como institución procesal resulta importante, al constituir una tutela fundamental para la efectividad del objeto mismo del proceso. La finalidad del presente trabajo consiste en analizar esta medida o providencia cautelar a la luz de los poderes del juez constitucional, especialmente de las atribuciones del ministro instructor. Así se examinan el marco jurídico de la institución, sus características generales, las vías de tramitación, sea de oficio o a instancia de parte, el resultado de la decisión cautelar y los presupuestos materiales que la rigen, como son la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y la adecuación de la medida.

Palabras clave: proceso constitucional, justicia constitucional, garantías constitucionales, suspensión en controversia constitucional, medidas cautelares, jurisprudencia comentada, México.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Aussetzung eines angefochtenen Rechtsaktes im mexikanischen Normenkontrollverfahren (Kompetenzkonflikte zwischen Staatsorganen) wurde bisher trotz der umfangreichen Literatur zu dieser Figur in der hundertjährigen Geschichte des Verfassungsbeschwerdeverfahrens wenig untersucht. Seine Funktion als Verfahrensinstitution ist insofern von Bedeutung, als sie einen wesentlichen Schutz für die effektive Entscheidung des eigentlichen Verfahrensgegenstands bietet. Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, diese schützende Maßnahme oder Entscheidung unter Berücksichtigung der Zuständigkeiten des Verfassungsrichters, vor allem aber mit Blick auf die Befugnisse des ermittelnden Richters zu analysieren. Dazu wird neben den rechtlichen Grundlagen dieser Institution auch auf ihre allgemeinen Charakteristika, die

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. ‹eferrerm@servidor.unam.mx›. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ‹www.iidpc.org›. Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**El presente trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Cancún, 2008). Ahora se presenta en versión actualizada y resumida para el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Instanzenwege bei einem Vorgehen von Amts wegen bzw. auf Antrag einer interessierten Partei, das Ergebnis der Schutzmaßnahme und die ihr zugrunde liegenden inhaltlichen Annahmen des Anscheins der Ordnungsmäßigkeit, der Gefahr im Verzug und der Angemessenheit der Maßnahme eingegangen.

Schlagwörter: Verfassungsprozess, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgarantien, Aussetzung im Normenkontrollverfahren, Schutzmaßnahmen, kommentierte Rechtsprechung, Mexiko.

ABSTRACT

The suspension of an *acto reclamado (*a challenged act) during a Mexican constitutional dispute relating to conflicts of jurisdiction between government departments has not been studied much, despite an ample bibliography regarding the subject in the century-old *amparo* (writ of protection) proceedings regarding constitutional guarantees. The suspension, as a procedural instrument, is important because it serves as a fundamental protection for the effectiveness of the process' object: actual relief for the complainant rather than an illusory judgment. The purpose of this paper is to discuss this suspension course of action in light of the powers of constitutional judges, particularly those of the examining justice. Thus, the paper examines the general characteristics of a suspension of an *acto reclamado*, as well as the process involved (either *ex officio* or *ex parte*), the results of the protective decision and the prerequisites which must be complied with, such as *fumus boni iuris, periculum in mora,* and the adequacy of the measure.

Keywords: constitutional process, constitutional justice, constitutional safeguards, constitutional dispute suspension, precautionary measures, annotated jurisprudence, Mexico.

1. Introducción

Hace tres lustros se aprobaron en México las reformas constitucionales en materia judicial más importantes de la segunda mitad del siglo pasado. La trascendental reforma de 31 de diciembre de 1994 tuvo como eje fundamental el convertir materialmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un tribunal constitucional.[1]

Por una parte, se incorpora la *acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales* y, por otra, se amplían los supuestos de las *controversias constitucionales* (conflictos de atribuciones entre órganos del Estado),[2] de tal manera que en algunos supuestos las sentencias pueden tener efectos generales hacia el futuro (salvo en materia penal), y la propia Corte posee amplias facultades para determinar las demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte.

Es cierto que la sentencia constitucional representa la máxima expresión de los poderes del juez constitucional. Es el corazón de la jurisdicción constitucional, la

[1] Cf. nuestro reciente trabajo sobre "La Corte Suprema di Giustizia del Messico quale Tribunale Costituzionale", en Luca Mezzetti (coord.): *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale,* Padua: Cedam, 2009, pp. 587-622.

[2] El más reciente y completo estudio sobre este proceso constitucional corresponde a José Ramón Díaz Cossío: *La controversia constitucional,* México: Porrúa, 2008.

actuación jurisdiccional por excelencia, al resolver la cuestión constitucional planteada con repercusiones jurídicas (políticas y sociales también) de la mayor importancia en un determinado sistema jurídico. Sin embargo, no todos los actos jurisdiccionales dentro de un proceso constitucional constituyen *resoluciones* y menos aun *sentencias*.[3] Es más, no todas las manifestaciones de los poderes del juez constitucional se encuentran contenidas, en estricto rigor, en las actuaciones jurisdiccionales,[4] si bien es en estas donde alcanzan su mayor expresión y particularmente en las *resoluciones* que dicta.

Es frecuente que algunas resoluciones dentro del procedimiento constitucional sean de tal importancia que se convierten en una tutela fundamental para la efectividad del objeto mismo del proceso. Se constituye una *garantía de la garantía*, al mantener viva la materia y objeto del proceso, a tal extremo que en ocasiones resulta necesario anticipar los alcances de la sentencia definitiva para que la pretensión logre su cometido. De ahí que los poderes del juez constitucional se manifiestan durante todo el procedimiento y no solo al resolver la cuestión de mérito a través del acto jurisdiccional conocido como *sentencia*. Una de las manifestaciones más claras de estos poderes del juzgador constitucional precisamente se encuentran en las medidas o providencias cautelares, que constituyen un tipo de *resolución* dentro del proceso constitucional.

Nuestro objetivo es brindar algunas notas sobre la suspensión del acto reclamado en controversia constitucional a la luz de las atribuciones del ministro instructor, sin ningún ánimo de exhaustividad.

2. Atribuciones del ministro instructor y marco jurídico

Una primera aproximación a la importancia de la figura del ministro instructor en los procesos de controversia constitucional (y también en acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales) se advierte si se tiene en consideración que es mencionado en 36 ocasiones en 24 diversos preceptos de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional (en adelante LR 105), es decir, en casi en un tercio del total de los artículos que la integran.

En materia de controversias, específicamente se le otorgan *facultades trascendentales de decisión*: admitir o desechar de plano la demanda; prevenir a los promoventes para que subsanen las irregularidades; emplazar a la parte demandada y dar vista a las demás partes; señalar fecha y celebrar la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, pudiendo desechar de plano las que no guarden relación con la controversia

[3] Esto se advierte con mayor claridad en las acciones abstractas de inconstitucionalidad de normas generales, donde es frecuente una pluralidad de impugnaciones (litigios atomizados), que den lugar a diversos pronunciamientos contenidos en una sola sentencia. Un análisis de esta compleja situación, puede verse en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil: *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido del caso "Ley de Medios"*, México: UNAM, 2009.

[4] En el sistema jurídico mexicano, así sucede, por ejemplo, con la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prevista en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Federal.

o no influyan en la sentencia definitiva; designar al perito o peritos que estime conveniente; decretar pruebas para mejor proveer; requerir a las partes para que proporcionen los informes o aclaraciones que estime necesarios para la mejor resolución del asunto; resolver sobre los diversos incidentes nominados e innominados; y elaborar el proyecto de resolución para someterlo al Tribunal Pleno, entre otras. Dentro de estas amplísimas facultades se encuentran también las relativas a *otorgar, negar, modificar o revocar la suspensión del acto impugnado.*

Todas estas facultades no se encuentran en disposición constitucional alguna. El artículo 105 constitucional, que regula en su fracción I las controversias constitucionales, remite a la ley reglamentaria, contrariamente a lo que sucede en el juicio de amparo. Si bien pudiera pensarse que tiene aplicabilidad en materia de controversias lo dispuesto en la fracción X del artículo 107 constitucional, que regula la suspensión en materia de amparo, no es así, ya que se trata de un diverso proceso constitucional y no existe remisión alguna a este dispositivo constitucional, ni referencia similar en la LR 105.[5]

Esto último resulta importante, ya que el primer párrafo de la fracción X del citado precepto establece previsiones que el juez constitucional debe considerar para el otorgamiento de la suspensión del acto, a saber: "[…] la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público". Si bien estos elementos pueden considerarse en el incidente de suspensión en controversia constitucional, creemos que no es por aplicación del artículo 107 constitucional que no le resulta aplicable, sino más bien por ser coincidentes con los parámetros de las medidas cautelares en general y con las particularidades propias que se derivan de la LR 105 y de la jurisprudencial constitucional.

La regulación de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista de manera precisa en la LR 105, en los artículos 14 a 18, que integran la sección segunda: "De la suspensión", del capítulo segundo, relativo a "Los incidentes"*;* mientras que el artículo 12 se refiere a la oportunidad en la resolución del incidente de suspensión, que deberá realizarse antes del dictado de la sentencia definitiva; y el artículo 35 complementa la posibilidad de que el ministro instructor pueda decretar pruebas para mejor proveer y requerir a las partes informes o aclaraciones necesarios para resolver sobre la suspensión (por remisión del primer párrafo del artículo 14 de la misma ley, que señala la aplicabilidad del referido artículo 35), posibilidad que se considera una facultad que puede utilizar el ministro instructor para resolver sobre la suspensión, sin que implique una obligación.[6] Asimismo, deben tenerse en consideración los artículos

[5] Véase la tesis CXVII/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es: "Suspensión. Es inaplicable lo preceptuado en la fracción X del artículo 107 de la carta magna, tratándose de controversias constitucionales" (*SJFG,* t. XII, septiembre de 2000, p. 588).

[6] Cf. la tesis 15/97, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultad, pero no obligación, de recabar pruebas, previamente a la decisión sobre la suspensión" (*SJFG,* t. V, febrero de 1997, p. 509). En sentido contrario, Castro y Castro considera que, al no preverse en la LR 105 la substanciación del incidente de suspensión, debe acudirse, en términos del artículo 1 de la misma ley reglamentaria, a los artículos 358 a 364 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señalan la tramitación de los incidentes que no tengan

51.IV y 55.I de la LR 105, relativos a los recursos de reclamación y queja, en aspectos relacionados con la suspensión.

En estos preceptos queda regulada la materia de la suspensión en controversia constitucional, sin que sea necesario recurrir al Código Federal de Procedimientos Civiles de manera supletoria.[7]

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que la suspensión del acto en controversia constitucional es parte del *debido proceso* regulado en el artículo 14,[8] en relación con el 17 constitucional;[9] de tal suerte que el ministro instructor debe tener presente siempre que se cumpla con este derecho fundamental de carácter instrumental, ya que cualquier medida cautelar constituye, como ha señalado Calamandrei, el "instrumento del instrumento" en cuanto a la finalidad última de la función jurisdiccional.[10] En palabras del inolvidable profesor florentino:

> Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son […] en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.[11]

Así lo deja ver García de Enterría en otra clásica obra, si bien en materia contencioso-administrativa, al señalar que el Tribunal Constitucional español ha proclamado

---

precisada una tramitación especial. Cf. Juventino V. Castro y Castro: *El artículo 105 constitucional,* 3.ª ed., México: Porrúa, 2000, p. 210.

7 Cf. la tesis jurisprudencial 14/97 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Controversias constitucionales. Interés jurídico en materia suspensional, no es supletorio el código federal de procedimientos civiles" (*SJFG*, t. V, febrero de 1997, p. 579).

8 Sobre los alcances de este precepto, véase Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor: "Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones,* México: Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

9 Incluso se ha considerado como fundamento constitucional de las medidas cautelares en general, el contenido del artículo 17 constitucional al señalar, en la parte conducente, que "Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales *y la plena ejecución de sus resoluciones*". Cf. Héctor González Chévez: *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México: Porrúa, 2006, pp. 158-160.

10 Así, por ejemplo, lo ha estimado el Tribunal Constitucional español, al considerar las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva. En general, sobre las medidas cautelares en España, véase Manuel Ortells Ramos: *Las medidas cautelares,* Madrid: La Ley, 2000; en cuanto a los procesos constitucionales, véanse Javier Cifuentes: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional,* Madrid: Colex, 1993; Carmen Chinchilla Marín: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa,* Madrid: Civitas, 1991; Eduardo García de Enterría: *Las batallas por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español,* 3.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2006; y Miguel Ángel Montañés Pardo: *La suspensión cautelar en el recurso de amparo. Prontuario de jurisprudencia constitucional,* Pamplona: Aranzadi, 2001.

11 Piero Calamandrei: *Introducción al estudio sistemática de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45. La obra original en italiano fue publicada en 1936, con el título *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari,* Padua: Cedam.

"que existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar" y que concretamente ha definido el contenido de ese derecho "como todo lo que exija la efectividad de la tutela en las situaciones particulares de que se trate, lo cual incluye, necesariamente, medidas positivas de protección, y no solo suspensiones de actos administrativos".[12]

De ahí que el ministro instructor deba cuidar el equilibrio entre las partes al otorgar la medida cautelar, lo que no significa que deba siempre otorgarse *audiatur et altera pars,* como veremos más adelante.

3. Características generales de la suspensión en controversia constitucional

El incidente de suspensión del acto en controversia constitucional culmina con una resolución judicial del ministro instructor en forma de auto. Sus *características generales* coinciden con las de cualquier medida cautelar al compartir su misma naturaleza y de cierto modo resultan concomitantes.

a. *Instrumentalidad.* Esta característica constituye "la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares", como lo dejó ver Calamandrei desde aquel luminoso estudio de 1936 que marcó el futuro del estudio de la institución cautelar.[13] A partir de entonces se ha venido estudiando las medidas cautelares con este carácter. Sin embargo, desarrollos posteriores en la doctrina procesal han cuestionado su instrumentalidad a la luz de nuevas instituciones, que pretenden ser englobadas en una concepción amplia denominada *justicia cautelar*. Estos nuevos desarrollos, como las "medidas autosatisfactivas", la "prueba anticipada", la "ejecución provisional", conjuntamente con los denominados "procesos urgentes", si bien tienen similitudes con las (auténticas) medidas cautelares, carecen de aquella característica fundamental de *instrumentalidad* advertida hace más de seis décadas por el discípulo de Chiovenda.

Tratándose de la suspensión del acto en controversia constitucional resulta clara su *instrumentalidad* o, si se prefiere, *subsidiariedad* con relación al proceso principal del cual depende. Implica la medida cautelar un "nexo necesario" con el proceso principal.[14] Puede ocurrir que no exista decisión cautelar alguna durante el procedimiento constitucional, sea porque la suspensión no se haya pedido, o habiéndose solicitado

[12] Eduardo García de Enterría: *Las batallas por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español,* 3.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 15. En varios tribunales constitucionales se ha venido aceptando a las medidas cautelares como parte de la tutela judicial efectiva.

[13] Calamandrei: o. cit., p. 44. Su contemporáneo, Francesco Carnellutti, en un principio, consideró que las medidas cautelares constituían un proceso autónomo, de tal suerte que representaban un *tertium genus,* al lado de los procesos de cognición y de ejecución, criterio que con posterioridad cambiara para adherirse a la tesis de la instrumentalidad de las medidas cautelares; cf. de este autor, *Instituciones de derecho procesal civil,* trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1989, t. 1, pp. 327-328.

[14] Cf. Ignacio Díez-Picazo Giménez: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres), 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Arce, 2002, p. 67.

no se otorgó, o porque no se hubiese decretado de oficio. Y aun existiendo, su finalidad no puede identificarse con la del proceso constitucional, dado que su función consiste en conservar la materia del objeto de la litis y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad por la demora del procedimiento, es decir, constituye como lo advierte Calamandrei "instrumento del instrumento". Esta *instrumentalidad cualificada* solo se explica en razón del proceso principal que pretende asegurar, ya que "nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente".[15]

El hecho de que en ocasiones se anticipen los contenidos de la sentencia en la medida cautelar (al prejuzgar sobre la inconstitucionalidad del acto) no significa que desaparezca su *carácter instrumental*, toda vez que siempre se otorga en función del proceso que pretende garantizar, sea para evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, sea para mantener viva la litis principal y lograr la eficacia del proceso como institución de interés público, siendo esta *funcionalidad* propia de las medidas cautelares, que se vincula con su segunda característica relativa a su autonomía.

b. *Autonomía.* Es común que se afirme que este rasgo de las medidas cautelares aparece por el procedimiento especial que se sigue, que en general se tramitan por vía incidental, es decir, en cuaderno separado del principal.

Sin embargo, la *autonomía,* como rasgo característico de la suspensión del acto en controversia constitucional, no se constituye por el procedimiento seguido para la decisión cautelar, sino por su *funcionalidad*, esto es, por su "autonomía funcional" como institución procesal. La finalidad de la suspensión en controversia constitucional, como lo ha definido la jurisprudencia de la Suprema Corte, consiste en permitir conservar la materia del litigio, de tal suerte que se asegure provisionalmente la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate para que la sentencia que se dicte eventualmente declare el derecho del actor y pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente; y, por otra parte, su finalidad consiste en evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso constitucional.[16]

De esta manera su objeto es común al de las medidas o providencias cautelares en general, que difieren del objeto del proceso principal y que nunca pueden coincidir en su objetivo debido al carácter instrumental en los términos precisados y en su rasgo de provisionalidad que ahora pasamos a analizar.

c. *Provisionalidad.* Al otorgarse la suspensión del acto impugnado en controversia constitucional, sus efectos siempre resultan *temporales*, es decir, limitados en el tiempo. Lo son por la finalidad misma de su naturaleza, que no pretenden resolver

[15] Calamandrei: o. cit., p. 44.

[16] Cf. la tesis aislada L/2005 de la Primera Sala, cuyo rubro es "Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y características" (*SJFG,* t. XXI, junio de 2005, p. 649).

sobre la pretensión planteada, por lo que no recaen sus efectos en la relación jurídica principal y, por lo tanto, carecen del atributo de la autoridad de cosa juzgada.[17]

Esta característica se deriva del artículo 16 de la LR 105, que establece que "podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva", ya que por su propia naturaleza la decisión cautelar no puede prolongarse más allá de la sentencia definitiva. Aquí conviene distinguir entre el "momento de solicitud" de la medida o "del momento de otorgamiento de oficio", que en todo caso tiene que ser antes del dictado de la sentencia, de aquel otro "momento en que los efectos de la suspensión del acto dejan de producirse". Lo anterior lo consideramos importante, ya que en términos del artículo 45 de la LR 105 la sentencia definitiva produce sus efectos a partir de la fecha que la propia Suprema Corte determine, razón por la cual creemos que la eficacia de la medida cautelar debe prolongarse hasta que entren en vigor los efectos del fallo definitivo. De lo contrario, podrían causarse daños irreversibles a las partes (en algunas ocasiones incluso por mala fe) en el lapso que medie entre la emisión de la sentencia y la fecha en que se produzcan sus efectos.

El carácter provisional de la suspensión del acto implica, por consiguiente, su condición de *resolución provisional*, que está por esencia condenada a desaparecer. Se agota la medida cautelar por naturaleza, sea por terminación del proceso en cualquiera de sus formas o incluso por revocación o modificación de la medida cautelar debido al carácter siempre *flexible* que tienen, que define su última característica.

d. *Mutabilidad.* Mientras que las tres características anteriores, *instrumentalidad*, *autonomía* y *provisionalidad,* constituyen características que siempre están presentes en la suspensión del acto reclamado en controversia constitucional, la *mutabilidad* representa un atributo de la decisión cautelar referida a su *variabilidad*, por lo que en ocasiones no se da este supuesto. Esta característica no debe confundirse con la *provisionalidad,* que atiende al carácter no definitivo de la medida; en cambio, la *mutabilidad* se refiere al carácter flexible, sea por decisión del propio ministro instructor al cambiar ciertas circunstancias fácticas que la motivaron (hecho nuevo o superveniente) o bien por ser impugnables ante el pleno o las salas de la Suprema Corte (de conformidad con los acuerdos plenarios 5/2001 y 3/2008).

[17] Somos conscientes de que no es pacífica en la doctrina la cuestión de si la decisión en una medida cautelar adquiere la calidad de cosa juzgada. Algunos consideran incluso que se trata de una *cosa juzgada provisional,* que también se distingue de la *cosa juzgada asegurativa* y de la *cosa juzgada anticipatorio,* como lo hace ver el procesalista argentino Adolfo Rivas, si bien matiza cuando se refiere al amparo; cf. su trabajo "La satisfacción anticipada de la pretensión", en Jaime Greif (coord.): *Medidas cautelares,* Buenos Aires-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 223-265. Nosotros nos inclinamos por considerar que la cosa juzgada solo resulta de la sentencia definitiva y no de las medidas cautelares, que por naturaleza son temporales y flexibles.

4. Suspensión de oficio y a petición de parte

Dependiendo de las finalidades de cada medida cautelar existen diversos procedimientos de cognición.[18] En el procedimiento cautelar en materia de amparo se advierte con claridad, teniendo en cuenta la precisión que Fix-Zamudio formula según sea la vía indirecta (ante juez de distrito) o directa (ante un tribunal colegiado de circuito).[19]

En el proceso constitucional de amparo, por una parte existe la *suspensión de oficio*, que se otorga de plano, sin una substanciación especial y sin audiencia de las partes, por lo que no se requiere abrir un cuaderno paralelo al principal; generalmente se concede en el mismo auto de admisión de la demanda (aunque puede ser con posterioridad). En cambio, en la *suspensión a petición de parte* necesariamente existe una substanciación en vía incidental, con audiencia de partes y que por regla general consta de dos fases: una primera cognición sumarísima (sin audiencia de partes) donde se resuelve sobre la *suspensión provisional* como *decisión interina* en el procedimiento cautelar debido a la necesidad de urgencia de la medida, y otra fase posterior de cognición ordinaria, con plena audiencia de las partes y donde rige el principio de contradicción, a manera de etapa de convalidación de aquella primera medida, para resolver sobre la *suspensión definitiva.*

En realidad las suspensiones "provisional" y "definitiva" son ambas *provisionales* en cuanto a que las dos duran hasta que acontece un hecho o acto que las agota. Aquí cobra relevancia la advertencia de Calamandrei, sobre este aparente juego de palabras, dado que "el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de *interinidad*) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; *provisiorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisioriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*. En este sentido, *provisorio* equivale a *interino*; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo *intermedio* que precede al evento esperado".[20]

Además de esta provisoriedad tanto de la suspensión denominada "provisional" como la "definitiva", tienen ambas la característica de la *mutabilidad,* ya que pueden ser impugnadas a través de los recursos de revisión y queja (artículos 95.XI y 83.II de la Ley de Amparo).

Ahora bien, ¿cuáles son los tipos de suspensión que pueden existir en las controversias constitucionales? El ministro instructor podrá otorgar la suspensión del acto

[18] Sobre estos procedimientos de cognición de las medidas cautelares atendiendo a sus especiales finalidades asegurativas, véase Calamandrei: o. cit., pp. 79-84.

[19] Esta precisión resulta importante para comprender los dos sectores en que opera la suspensión del acto reclamado en materia de amparo, ya que, dependiendo de su tramitación en la vía indirecta o directa, existen reglas precisas sobre la suspensión de oficio y de instancia de parte. Cf. las clásicas obras Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo,* 41.ª ed., México: Porrúa, 2005, pp. 720-818; Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre el derecho de amparo,* 3.ª ed., México: Porrúa-UNAM, 2003, pp. 59-65; y Alfonso Noriega: *Lecciones de Amparo,* 3.ª ed., México: Porrúa, 1991, pp. 1070-1105.

[20] Calamandrei: o. cit., p. 36.

1) *de oficio,* o 2) a *petición de parte,* conforme lo establece el artículo 14 de la LR 105. Sin embargo, no existe claridad en el procedimiento a seguir para ambos tipos de suspensión, a diferencia de lo que ocurre en materia de amparo, cuya regulación es precisa.

Esto ha motivado ciertas dudas de la doctrina. El hoy ministro jubilado de la Suprema Corte Juventino Castro y Castro ha considerado que en realidad no existe *la suspensión de oficio* en la controversia constitucional. Considera que este tipo de suspensión que se da en materia de amparo, en ciertos casos "precede al juicio principal que *probablemente* se abrirá, pero que también no se asegura que existirá. Así esta suspensión es *autónoma*; es decir es una cautela emergente que tiene vida por sí misma. El procedimiento que se instaura *no es un incidente.* Todo esto que demuestra una autonomía de la providencia cautelar, puede ocurrir en el juicio de amparo. No es ese el caso de las controversias constitucionales. En estos procedimientos *no hay suspensión de oficio;* por lo tanto, en ellas no cabe pensar en una suspensión autónoma del principal. *En todo momento es un incidente*. Así lo dice el artículo 16 de la Ley: "La suspensión se tramitará por vía incidental y *podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva*".[21]

Pareciera que existe confusión sobre lo que debemos entender por *autonomía,* que como hemos visto constituye una característica de la suspensión en controversia constitucional, que resulta común a cualquier medida cautelar; son autónomas, no por el procedimiento por el cual se ventilan (en general se tramitan por vía incidental), sino por su finalidad como institución procesal, es decir, por tratarse de una categoría procesal que persigue en sí misma un objeto distinto al juicio principal. En este sentido, la autonomía es vista desde su *funcionalidad,* como medio que garantiza la eficacia del proceso.

Por lo anterior estimamos que la *suspensión de oficio* en el juicio de amparo no deja de ser una medida cautelar de naturaleza instrumental al juicio principal, por el simple hecho de no tramitarse en vía incidental, toda vez que en ningún caso adquiere la suspensión independencia del juicio principal. Tanto es así, que no podría otorgarse la suspensión de oficio sin que se presente una demanda de amparo debido al principio de instancia de parte agraviada, de conformidad con la fracción I del artículo 107 constitucional, ni tiene definitividad la decisión cautelar al estar supeditada su temporalidad a la duración del proceso principal, inclusive a la admisión de la demanda en los supuestos en que se hubiera otorgado la medida cautelar previamente.

La procedencia *de oficio* de la suspensión en controversia constitucional se encuentra prevista expresamente en el artículo 14 de la LR 105. Su tramitación difiere de la que se prevé en materia de amparo, que debe otorgarse de plano. En la controversia constitucional, en cambio, siempre tendrá que ser en vía incidental en términos del artículo 16 de la LR 105, como bien lo señala Castro y Castro; y además, teniendo en consideración que la regulación específica "De la suspensión" constituye una sección especial del capítulo II, "De los incidentes", se infiere que la suspensión, sea de oficio

[21] Castro y Castro: o. cit., pp. 205-206.

o a petición de parte, deberá tramitarse vía incidental, sin que ello sea obstáculo para que bajo esta forma se otorgue la suspensión de oficio.

¿Qué sucedería si las partes no solicitan la suspensión y el ministro instructor advierte que debe otorgarse al considerar afectación al interés público con inminente daño a la sociedad? Si la propia ley permite que "el ministro instructor, *de oficio* o a petición de parte, podrá conceder la suspensión del acto", no advertimos obstáculo alguno para que pueda el ministro otorgarla en vía incidental, ya que el citado artículo 16 claramente señala que "la suspensión se tramitará por vía incidental", debiendo tenerse en cuenta para concederla "los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor" (artículo 14 de la LR 105) y atendiendo además la regla general prevista en el artículo 18 de la LR 105, relativa a que "deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional".[22]

No creemos que el citado artículo 16 se refiera exclusivamente a la suspensión a petición de parte, ya que la primera parte de dicho precepto es categórica al señalar que "la suspensión" (sin distinguir si es de oficio o a petición de parte) "se tramitará por vía incidental", lo cual se corrobora además con el artículo 12 de la misma ley, donde le otorga el carácter de incidente a la suspensión, cuestión lógica si se advierte que precisamente la suspensión del acto se encuentra regulada dentro del capítulo "De los incidentes".

Pudiera pensarse que si en el amparo la suspensión de oficio se otorga de plano, implica una mayor celeridad en la decisión cautelar. Lo anterior no es del todo exacto, ya que si bien este tipo de suspensión en controversia constitucional debe tramitarse por la vía incidental, es decir, debe abrirse un cuaderno por separado, nada impide que el ministro instructor decida sobre la medida de inmediato en el incidente respectivo (que incluso no vemos inconveniente, si bien no es lo ortodoxo, que sea antes de admitirse la demanda si así se amerita, como sucede en amparo), en casos extremos de notoria urgencia; de lo contrario, la dilación podría ocasionar daños irreparables a la sociedad, mermando en todo o en parte la eficacia del proceso constitucional.

La urgencia de la medida implica, por lo tanto, que sea *inaudita altera parte,* sin que ello represente violación al debido proceso, ya que no debe perderse de vista que el *principio de audiencia* se respetaría en una fase posterior, dado el carácter *flexible* de la medida adoptada, al poder ser modificada o revocada por el propio ministro instructor (por hechos supervenientes o nuevos que lo fundamenten) o a través del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 51.IV, de la LR 105, que pudiera conducir a revocar o modificar la medida. Además, como hemos visto, la medida siempre resulta *provisional*, por lo que en ningún caso puede *resultar irreversible*, puesto que ello constituiría una situación jurídica inmodificable, lo que iría en contra de la finalidad de la suspensión.

[22] Los ministros instructores han otorgado la suspensión de oficio en el incidente correspondiente, por ejemplo, en la controversia 8/2001.

La segunda parte del artículo 14 de la LR 105, al establecer que la suspensión "se concederá con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor en términos del artículo 35, en aquello que resulte aplicable", no significa que necesariamente se deba realizar una cognición amplia en el procedimiento incidental. Por una parte, en cuanto al segundo supuesto, la propia Suprema Corte ha entendido que el ministro instructor no tiene *obligación* de recabar pruebas de las partes previamente a determinar sobre la medida suspensional, "sino que representa una *facultad* para hacerlo, que no tiene que ejercitar cuando, a su juicio, cuenta con los elementos necesarios para proveer lo relativo al respecto".[23] Y en cuanto a la primera parte del precepto, dada la urgencia de la medida que debe adoptarse, debe resolverse conforme los elementos que hasta ese momento hubieran sido proporcionados, incluso en la propia demanda o, en su caso, en la contestación,[24] de tal suerte que opere el principio de celeridad atendiendo a la urgencia del caso, dadas las características particulares de la controversia constitucional en trámite.

Así, cuando el ministro instructor conceda *la suspensión de oficio*, debe ser en vía incidental, lo cual difiere de lo previsto en materia de amparo, que se otorga de plano sin abrir incidente alguno. Cuestión distinta es que la LR 105 no establezca los supuestos en que debe proceder, como se prevé en amparo, en el que se otorga de oficio cuando importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, o cuando se trate de algún otro acto que de consumarse sería irreparable, o cuando se trata de los núcleos de población ejidal o comunal (artículos 124 y 233 de la Ley de Amparo).

En el caso de la controversia constitucional, el otorgamiento de *la suspensión de oficio* debe motivarse en la decisión cautelar correspondiente, y si bien no existen los supuestos específicos en que debe operar, creemos que siempre debe gravitar para su otorgamiento algún elemento que implique la urgencia de la medida para evitar daños irreparables y garantizar la eficacia del proceso, de tal suerte que de no otorgarse se afectaría de alguna manera el interés de la sociedad; en este sentido podrían utilizarse los supuestos previstos en el artículo 15 de la LR 105, que, si bien son hipótesis para negar la suspensión, operarían a la inversa para otorgar la suspensión de oficio.[25]

La *suspensión a petición de parte* también debe tramitarse por la vía incidental y puede solicitarse en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva. Dado que la ley guarda silencio respecto de la substanciación del incidente, resulta

---

[23] Cf. la tesis jurisprudencial 15/97 del Tribunal Pleno, o. cit.

[24] Cabe precisar que en el incidente de suspensión puede obrar copia certificada de la totalidad de las constancias que integran el expediente principal.

[25] Así sucedió en la controversia constitucional 8/2001, promovida por el Ejecutivo Federal en contra del decreto por el que el jefe de Gobierno del Distrito Federal determinó que se conservara en esa entidad el *huso horario* vigente. En este caso se concedió la "suspensión de oficio" en el incidente respectivo, al considerar el ministro instructor que de no otorgarse tal medida se afectaría la vida de los habitantes de dicha entidad federativa con repercusiones nacionales e internacionales, poniendo en peligro "la seguridad y economía de la sociedad", elemento este último que aparece entre las hipótesis del artículo 15 de la LR 105 como prohibición para negar la suspensión.

interesante establecer si debe aplicarse la regla general de tramitación de los incidentes nominados de especial pronunciamiento,[26] a que se refiere el tercer párrafo del artículo 13 de la LR 105, que señala: "Los incidentes se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda".[27]

Esta "audiencia incidental" está regida por el principio de contradicción, donde se prevé audiencia a las partes y existe concentración procesal. Sin embargo, este procedimiento no es aplicable para la suspensión del acto, toda vez que existe una sección especial que regula el incidente de suspensión, por lo que no necesariamente debe seguirse *audiatur et altera pars*, en los términos antes señalados. De esta manera, al igual que en la suspensión de oficio, creemos que no existe obstáculo alguno para que el ministro instructor *pueda resolver de manera inmediata,* si cuenta con los elementos suficientes para ello (proporcionados por las partes) y *dadas las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional* sobre la que se esté resolviendo, en términos del artículo 18 de la LR 105. En caso de que no cuente con estos elementos que le otorguen convicción para resolver sobre la suspensión, puede discrecionalmente decretar pruebas para mejor proveer o requerir a las partes que proporcionen las aclaraciones e informes necesarios para poder decidir (artículo 35 en relación con el 14, de la LR 105).

También conviene precisar que en la suspensión a petición de parte en controversia constitucional no se prevé, como sucede en amparo, una posible doble etapa sucesiva regulada en ley: *la suspensión provisional* (si hubiera peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso), que se otorga con vigencia *interina* hasta tanto se realiza una convalidación a través de la *suspensión definitiva*, con una cognición con plena audiencia de las partes, en los términos ya precisados. Situación que no opera en la controversia constitucional, como de manera correcta recientemente lo ha entendido el Pleno de la Suprema Corte.[28]

---

[26] El artículo 12 de la LR 105 se refiere a tres incidentes de especial pronunciamiento: nulidad de notificaciones, de reposición de autos y el de falsedad de documentos, y precisa que cualquier otro incidente que surja en el juicio, con excepción del de suspensión, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

[27] Esta "audiencia incidental", no debe confundirse con la diversa "audiencia" del proceso principal, relativa al ofrecimiento y desahogo de pruebas a que se refiere el artículo 29 de la LR 105, ya que ambas tienen finalidades diversas.

[28] Este criterio puede verse en el recurso de reclamación 30/2008-CA, derivado de la controversia constitucional 86/2007 y su incidente de suspensión, resuelto el 19 de mayo de 2008, con la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz. Resulta interesante el considerando quinto, que en la parte conducente señala: "De acuerdo con el Capítulo II, 'De los incidentes', Sección I, 'De los incidentes en general', 'De la suspensión', artículos 14 a 18, de la Ley Reglamentaria de la materia, la modalidad de la suspensión en la controversia constitucional es única, se resuelve sobre ella otorgando de manera definitiva —con posibilidad de modificación o revocación, según el contenido del numeral 17 del ordenamiento en cita— es decir, el ministro instructor no tiene posibilidad de otorgar la suspensión de manera temporal o previa, lo que es propio de otros medios de control, como lo es el juicio de amparo. En esas circunstancias, la denominación utilizada en el auto recurrido no es correcta, pues la Ley Reglamentaria de la materia no contempla la figura de la suspensión provisional, por lo que es oportuno precisar que tampoco es procedente conceder en una controversia constitucional la medida cautelar con los alcances o méritos propios de la

5. Resultado de la decisión cautelar

En cuanto al *resultado* de la decisión cautelar, el ministro instructor puede *conceder* o *negar* la suspensión del acto.

1. Se puede *conceder* la suspensión del acto parcial o totalmente, así como de sus efectos y consecuencias,[29] en cualquier momento durante el procedimiento principal, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva. A diferencia de lo que ocurre en materia de amparo, donde existen principios constitucionales (artículo 107.X) y reglas aplicables en la materia (artículos 123 y 124), no se establecen en las controversias constitucionales presupuestos para otorgar la suspensión. La LR 105 solo señala que se concederá "con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor" (artículos 14 y 35, de la LR 105) y debiendo tener en cuenta "las circunstancias y características particulares de la controversia" (artículo 18 LR 105).[30]

Pareciera que el legislador le ha otorgado al ministro instructor amplios poderes discrecionales, por lo que en esta materia debería reforzarse la motivación de su decisión. Es la jurisprudencia de la Suprema Corte la que ha venido estableciendo ciertos parámetros y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la suspensión y determinar lo que es propiamente materia de esta.[31] Debe destacarse que la suspensión en controversia constitucional (como así se ha reconocido desde hace tiempo por la mejor doctrina en amparo) "es una especie del género de las medidas cautelares", de tal suerte que, en principio, "le son aplicables las reglas generales de tales medidas".

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido que operan excepcionalmente los siguientes presupuestos: a) la apariencia del buen derecho, y b) el peligro en la demora,[32] a lo cual habría que agregar c) la adecuación de la medida, como veremos en su oportunidad.

---

suspensión provisional que contemplan otros ordenamientos jurídicos" (página 30 de la resolución). Asimismo, véanse las críticas del ministro José Ramón Cossío en casos en los que se ha otorgado la suspensión de oficio cuando existe solicitud de la medida cautelar (Cossío: o. cit., p. 377).

[29] Cf. las tesis I/2003 y LI/2005, de la Segunda y Primera Sala, respectivamente, cuyos rubros son "Suspensión en controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultades para decretarla no solo respecto del acto cuya invalidez se demande, sino también respecto de sus efectos y consecuencias" (SJFG, t. XVII, febrero de 2003, p. 762); y "Suspensión en controversia en contra del procedimiento de juicio político. No procede el otorgamiento de ésta, tratándose de la sustanciación de dicho procedimiento, pero sí respecto de sus efectos y consecuencias" (*SJFG,* t. XXI, junio de 2005, p. 648).

[30] Resulta interesante el planteamiento de José Ramón Cossío, al señalar que la regla general es la dación de la suspensión y la negativa de la medida cautelar debe ser cuando claramente no procede por tratarse de los supuestos a que se refiere el artículo 15 de la LR 105; cf. Cossío: o. cit., p. 354.

[31] Así, por ejemplo, se ha determinado que la legitimación no puede estudiarse en el incidente de suspensión. Cf. la tesis LXXXVI/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. no es materia de análisis la legitimación procesal activa del promovente" (*SJFG,* t. II, octubre de 1995, p. 165).

[32] Cf. la tesis jurisprudencial 109/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es: "Suspensión en controversias constitucionales. Para resolver sobre ella es factible hacer una apreciación anticipada

2. El ministro instructor puede negar la suspensión del acto cuando se trate de una *situación jurídica no cautelable,* es decir, cuando se impugnen determinados actos que por su propia naturaleza o por sus efectos no son susceptibles de suspensión, o bien en los supuestos prohibidos por ley.

3. La suspensión en controversia constitucional no procede cuando se impugnen *normas de carácter general,* que alcanza también a los artículos transitorios por interpretación del artículo 14, segundo párrafo, de la LR 105.[33] En este supuesto, basta con analizar la naturaleza material de la impugnación para determinar si estamos en presencia de una *norma general*, de tal suerte que constituya una *situación jurídica no cautelable* atendiendo a la naturaleza propia de la impugnación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha ido precisando lo que debemos entender por normas generales.[34] En general son aquellas que materialmente tengan los atributos de "generalidad, impersonalidad y abstracción", sin que sea necesario que formalmente emanen de un órgano legislativo. De tal suerte que en cada caso se tendrá que analizar la *naturaleza de la impugnación* con independencia del *nomen iuris* que formalmente reciba, debiendo el juez constitucional, por consiguiente, atender a su *contenido material*.[35]

Así sucede con los reglamentos federales y locales que constituyen normas generales a pesar de que formalmente no provengan de un órgano legislativo,[36] o incluso con ciertos *decretos* que, si bien formalmente se emiten con base en la fracción I del artículo 89 constitucional, materialmente reúnen las características aludidas de los reglamentos, como sucedió en la controversia constitucional 5/2001, respecto del decreto emitido por el ejecutivo federal para establecer los husos horarios en el país, toda vez que dicho decreto no se limitó "a establecer una norma individual sobre una especie particular de la administración pública, como es propio del decreto administrativo", sino que, refiriéndose a la aplicación de los husos horarios que corresponden

---

de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado (apariencia del buen derecho y peligro en la demora)" (*SJFG,* t. XX, octubre de 2004, p. 1849).

[33] Cf. la tesis XXXI/2005, de la Segunda Sala, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos" (*SJFG,* t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

[34] Dentro de esta concepción se comprenden los tratados internacionales, las leyes nacionales, federales y locales, las constituciones de las entidades federativas, los reglamentos federales y locales, así como ciertos decretos o acuerdos que tengan los atributos de ser abstractos, generales e impersonales.

[35] Para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado las diferencias entre la ley y el acto administrativo. La ley refiere un número indeterminado e indeterminable de casos y va dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. El acto administrativo, en cambio, crea situaciones jurídicas particulares y concretas, y no posee los elementos de generalidad, abstracción e impersonalidad de las que goza la ley; cf. la tesis jurisprudencial 23/99, del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Acción de inconstitucionalidad. Para determinar su procedencia en contra de la ley o decreto, no basta con atender la designación que se le haya dado al momento de su creación, sino a su contenido material que lo defina como norma de carácter general" (*SJFG,* t. IX, abril de 1999, p. 256)

[36] Cf. la tesis aislada CXVI/2000, de la Segunda Sala, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. Es improcedente tratándose de reglamentos" (*SJFG,* t. XII, septiembre de 2000, p. 588)

a la República, establece *normas generales* para el inicio y la terminación del "horario de verano".[37] Lo mismo sucede con determinados acuerdos emitidos por el jefe de Gobierno del Distrito Federal, que si bien formalmente son actos administrativos en razón del órgano del que emanan, materialmente pueden constituir normas de carácter general.[38]

El ministro instructor (o en su caso la Sala o el Pleno) deben, en todo caso, atender a la naturaleza del acto combatido a la luz de los atributos de la generalidad, abstracción e impersonalidad que poseen las normas generales (que incluyen también los artículos transitorios y sus efectos),[39] características que en ocasiones no son tan claras.[40]

Asimismo, tampoco son susceptibles de suspensión aquellos actos cuyos efectos no lo permiten, como sucede con los actos consumados, toda vez que, como ocurre en el amparo, "equivaldría a darle a la medida cautelar efectos restitutorios que ni siquiera son propios de la sentencia de fondo, ya que por disposición expresa del artículo 105, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (disposición que se reproduce en el numeral 45, segundo párrafo, de la ley reglamentaria del precepto constitucional citado), la declaración de invalidez de las sentencias no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. Por tanto, si la sentencia de fondo que se dicte en ese juicio constitucional no tiene efectos retroactivos, menos podría tenerlos la resolución que se pronuncie en el incidente cautelar, máxime que el objeto de este es impedir la realización de ciertos actos, lo que lógicamente solo puede evitarse cuando no se han materializado".[41]

4. La propia ley establece prohibiciones que atienden a los efectos derivados de la suspensión, que debe también tener en consideración el ministro instructor para negar la suspensión. Estas *situaciones jurídicas no cautelables* se encuentran previstas en el artículo 15 de la LR 105, a saber: a) se ponga en peligro la seguridad o economía nacionales; b) se pongan en peligro las instituciones fundamentales del orden jurídico

---

[37] Cf. la tesis jurisprudencial 102/2001 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Horario de verano. El decreto presidencial que lo estableció, del treinta de enero de dos mil uno, publicado en el diario oficial de la federación el primero de febrero del mismo año, es un reglamento desde el punto de vista material" (*SJFG,* t. XIV, septiembre de 2001, p.1023)

[38] Cf. la tesis jurisprudencial 41/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. Es improcedente decretarla cuando se impugne un acuerdo expedido por el jefe de gobierno del distrito federal, que reúna las características de generalidad, abstracción y obligatoriedad propias de una norma de carácter general" (*SJFG,* t. XVI, octubre de 2002, p. 997)

[39] Cf. la tesis XXXII/2005 de la Segunda Sala, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos" (*SJFG*, t. XXI, marzo de 2005, p. 910).

[40] Así sucedió en el recurso de reclamación 371/2004, respecto de la controversia constitucional relativa al veto al presupuesto de egresos de la federación. Un análisis detallado de este asunto, así como del análisis de la naturaleza del acto reclamado para otorgar la suspensión, puede consultarse en la obra de Genaro Góngora Pimentel: *El veto al presupuesto de egresos de la Federación,* México: Porrúa, 2005.

[41] Cf. la tesis LXVII/2000 de la Segunda Sala, cuyo rubro es "Controversias constitucionales. No procede el otorgamiento de la suspensión en contra de actos consumados" (*SJFG,* t. XII, julio de 2000, p. 573.

mexicano, y c) pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor que los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante.

Las prohibiciones ahí establecidas obligan al ministro instructor a negar la suspensión solicitada, con independencia de los "fines loables y de buena fe" que se persiguieran con la suspensión.[42] Al representar conceptos abiertos, se otorga una discrecionalidad interpretativa al juez constitucional, lo que ha dado lugar a que se fueran estableciendo sus connotaciones vía jurisprudencial. Así, en cuanto al primer supuesto, se ha considerado por el tribunal pleno de la Suprema Corte que *economía nacional* "se identifica con la organización de las actividades económicas establecidas por el Estado mexicano conforme a los lineamientos de la Ley Fundamental en beneficio de todos sus gobernados, que es el fin último del Estado". En este sentido, la prohibición solo operará "en caso de concederse dicha suspensión, se lesionaran *intereses de la sociedad en general* y no en forma particularizada de un determinado número de sus miembros".[43]

Un sector de la doctrina ha señalado un cierto grado de prelación de los intereses federales en detrimento de los locales, al establecerse esta prohibición para otorgar la suspensión cuando "se ponga en peligro la seguridad o economía nacional", lo cual no es acorde a la naturaleza que hoy tienen las controversias constitucionales.[44]

En cuanto al segundo supuesto, por *instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano* se entienden aquellas que derivan de los principios básicos de la Constitución federal, que tienen objeto construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones constitucionales; de tal suerte que otorgan estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, al regir su vida política, social y económica. Así se han considerado, en forma enunciativa, los principios del régimen federal, de división de poderes, del sistema representativo y democrático de gobierno, de separación Iglesia-Estado, de las garantías individuales, del sistema de justicia constitucional, del dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, así como el de rectoría económica del Estado.[45]

---

[42] Cf. la tesis LXXXVII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. Debe negarse cuando se actualice uno de los supuestos previstos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 de la constitución federal, aunque se alegue violación a la soberanía de un estado" (*SJFG*, t. II, octubre de 1995, p. 164).

[43] Cf. la tesis jurisprudencial 45/99 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. Concepto de "economía nacional" para efectos de su otorgamiento (interpretación del artículo 15 de la ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 constitucional)" (*SJFG*, t. IX, junio de 1999, p. 660). El ministro José Ramón Cossío, en su obra *La controversia constitucional* (o. cit., pp. 354-360), advierte de las distintas connotaciones que el Poder Judicial ha dado a la expresión *seguridad nacional* y precisa problemáticas que hay que considerar derivadas de su ámbito material, espacial y temporal.

[44] Cf. Elisur Arteaga Nava: *Derecho constitucional,* México: Oxford, 1999, p. 840 ss.; Ydalia Pérez Fernández Ceja: *La suspensión en controversia constitucional y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* México: Porrúa-UNAM, 2006, pp. 69-71.

[45] Cf. la tesis jurisprudencial 21/2002 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en los juicios regidos por la ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. "Instituciones fundamentales del orden jurídico superior mexicano" para efectos de su otorgamiento" (*SJFG,* t. XV, abril de 2002, p. 950). Asimismo, véase la tesis XIV de la Primera Sala, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales,

Por lo que hace al tercer supuesto de prohibición de la medida cautelar, el juez constitucional deberá ponderar en cada caso particular si la afectación grave de la sociedad es de tal importancia que resulte "en una proporción mayor a los beneficios" que con la suspensión pudiera obtener el solicitante de la medida. Así, por ejemplo, el Pleno ha considerado que estamos en este supuesto cuando, de concederse la suspensión, se afecte la facultad del ministerio público federal prevista en los artículos 21 y 102 constitucionales, relativa a la persecución de los delitos y la vigilancia para que los procesos penales se sigan con regularidad; de tal suerte que en este supuesto de prohibición se encuentran cuando la suspensión se pide contra actos como la continuación y el trámite de las averiguaciones previas, ya que "lesionaría la seguridad social de perseguir los delitos, afectando el interés público de la colectividad que le ha encomendado de manera exclusiva esa función impersonal de investigar y comprobar la verdad de las conductas delictivas, lo que afecta gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante".[46]

Con base en estas definiciones conceptuales del contenido del artículo 15 de la LR 105, de manera casuística se han venido resolviendo las medidas cautelares, debiendo considerarse en su conjunto las prohibiciones aludidas.

Así, por ejemplo, lo ha realizado la Segunda Sala, al estimar que *la suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento en las carreteras* no puede considerarse dentro de las prohibiciones del citado precepto "ya que las carreteras no pueden ser consideradas como un principio básico de la estructura política del país o de protección y efectividad de las disposiciones constitucionales que dé estabilidad y permanencia a la nación mexicana, ni la concesión de la medida cautelar suspensional implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante, pues mientras que con la suspensión de la obra referida se deja de beneficiar a los usuarios del tramo carretero relativo y se preserva la materia de la controversia, con la negativa a otorgarla se presenta el riesgo de que cesen los efectos del acto cuya invalidez se demanda y, por tanto, que queden fuera de control actuaciones autoritarias contrarias al orden constitucional".[47]

---

concepto de instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano para los efectos del incidente de (interpretación del artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia)" (*SJFG,* t. XII, octubre de 2000, p. 1091). Sobre lo que debe entenderse por "instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano", véanse las advertencias formuladas por Cossío Díaz en su obra *La controversia constitucional,* o. cit., pp. 364- 370.

[46] Cf. la tesis LXXXVIII/95 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en controversias constitucionales. Debe negarse cuando se afecta la facultad del ministerio público federal de perseguir los delitos y vigilar que los procesos penales se sigan con toda regularidad, porque se afectaría gravemente a la sociedad" (*SJFG,* t. II, octubre de 1995, p. 164). Asimismo, véanse los casos en que se ha pronunciado el Pleno y la Comisión de Receso referidos por Cossío Díaz, así como la propuesta metodológica que plantea, en su obra *La controversia constitucional,* o. cit., pp. 370- 375.

[47] Cf. la tesis II/2003 de la Segunda Sala, cuyo rubro es "Suspensión de las obras de ampliación y mejoramiento de un tramo carretero. Su otorgamiento no pone en peligro a las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, ni implica una afectación grave a la sociedad en proporción mayhor a los beneficios que pudiera obtener el solicitante" (*SJFG,* tomo XVII, febrero de 2003, p. 737).

Por último, creemos que también el ministro instructor puede negar la suspensión solicitada cuando estime, dada las características particulares de la controversia constitucional, que no se satisfacen los presupuestos materiales relativos a la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora; elementos que deben contemplarse para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos y condiciones precisados por la propia Suprema Corte y que ahora pasamos a analizar.

6. Presupuestos materiales

6.1. Apariencia del buen derecho

La apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris)* fue reconocida por los tribunales federales en materia de amparo hasta la última década del siglo pasado, al realizarse una nueva interpretación del artículo 107.X constitucional. El parteaguas de esta mutación constitucional lo constituye el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resuelto el 21 de octubre de 1993, por mayoría de votos, cuyo ponente fue el entonces magistrado Genaro David Góngora Pimentel.[48]

Este criterio aislado entró en confrontación directa con la doctrina tradicional que habían seguido los tribunales federales, que estimaban que con la suspensión no podía haber pronunciamiento alguno sobre el fondo y que sus efectos tenían necesariamente que ser conservativos.

En la actual novena época, se resolvieron en 1996 las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95,[49] acogiendo la esencia de aquella pionera resolución de 1993, cuyo ponente ya integraba la Suprema Corte como ministro. En las ejecutorias, hoy precedentes obligatorios, se concluye que:

a. La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.
b. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.

[48] Recurso de revisión RA- 2233/93, relativo al incidente de suspensión del juicio de amparo número 237/93, promovido por Juan Manuel Íniguez Rueda. La tesis aislada que se originó de este asunto, lleva por rubro el siguiente: "Suspensión de los actos. Procede concederla, si el juzgador de amparo sin dejar de observar los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, considera que los actos son aparentemente inconstitucionales" (*SJF,* t. XIII, marzo de 1994, p. 473).

[49] Cf. las tesis jurisprudenciales 15 y 16/96, del Tribunal Pleno, cuyos rubros son: "Suspensión. Para resolver sobre ella es factible, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado"; y "Suspensión. Procedencia en los casos de clausura ejecutada por tiempo indefinido" (*SJFG,* t. III, abril de 1996, pp.16 y 36, respectivamente).

c. Dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que para la concesión de la medida se requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de tal modo que según un cálculo de probabilidades sea posible anticipar que en el amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.
d. El examen de la aparente inconstitucionalidad del acto reclamado encuentra además su fundamento en el artículo 107.X constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensional deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, "la naturaleza de la violación alegada", lo que implica que debe atenderse al derecho subjetivo que se dice violado.
e. En todo caso, tal examen debe realizarse sin prejuzgar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, que solo puede determinarse en la sentencia de amparo, con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que solo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia del derecho.
f. Dicho examen deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor que los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público del interés de la sociedad está por encima del interés particular afectado. Con este proceder se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.

El principio *fumus boni iuris,* adoptado por la jurisprudencia en materia de amparo, también fue reconocido en época reciente por la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional.[50]

Se parte también de la idea fundamental de que "la suspensión es una especie del género de las medidas cautelares",[51] por lo que, si bien sus características se perfilan de manera singular y concreta, le son aplicables las reglas generales de tales medidas en lo que no se oponga a su específica naturaleza. De esta manera se acepta que "son dos los extremos que deben actualizarse para obtener la medida cautelar, a saber: 1) la apariencia del buen derecho, y 2) el peligro en la demora".[52]

En cuanto al primer presupuesto, la "apariencia" es, como lo predica el adagio latino, solo un "humo" de buen derecho, que como todo "humo" en ocasiones aparece nebuloso y puede incluso desaparecer cuando en el proceso principal se llega al convencimiento pleno de su ausencia en la sentencia definitiva. De ahí que en realidad nunca puede la medida cautelar constituir, en rigor, un adelanto de la sentencia

[50] Cf. la tesis jurisprudencial 109/2004, op. cit supra nota 32.
[51] Ibídem.
[52] Ibídem.

constitucional, toda vez que no puede saberse con plena certeza el resultado del análisis de inconstitucionalidad, al poder desaparecer lo que aparentemente reflejaba ese "humo" de certeza del derecho. A lo sumo puede haber "una apreciación *de carácter provisional*" a la luz de una cognición sumaria del incidente respectivo, con la finalidad de asegurar la eficacia del proceso o evitar daños irreparables (a las partes o a la sociedad), sin que en ningún caso la decisión cautelar tenga como finalidad satisfacer la pretensión de la causa principal.

En otras palabras, si bien la medida cautelar puede coincidir (en todo o en parte) con la sentencia constitucional definitiva, al implicar la primera un análisis superficial de la inconstitucionalidad del acto impugnado (y de sus efectos y consecuencias), *siempre se realiza de manera provisional* para conservar el objeto del proceso o evitar daños irreversibles; en cambio, en la sentencia constitucional se resuelve de manera definitiva sobre la pretensión o pretensiones sostenidas a lo largo del proceso principal, teniendo en consideración lo probado y alegado por las partes, y que al resolverse sobre la litis en la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada, elemento fundamental del que carece la decisión cautelar.[53]

De tal suerte que este *fumus boni iuris* "apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito, aplicado a la suspensión de los actos impugnados, implica que para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el solicitante de modo tal que, según un *cálculo de probabilidades*, sea posible anticipar que en la sentencia definitiva se declarará la inconstitucionalidad del acto impugnado".[54]

Esta verosimilitud del derecho no implica *certeza.* Implica, más bien, un cálculo de probabilidades sobre la viabilidad de la pretensión principal. Si bien este presupuesto de la apariencia del buen derecho puede ser considerado por el ministro instructor para la dación de la medida cautelar, no implica necesariamente que en todos los casos donde se otorgue la suspensión se tenga que prejuzgar sobre la inconstitucionalidad del acto impugnado, a manera de adelanto provisional de la sentencia en el proceso principal. Esta situación resulta *excepcional* y debe aplicarse cuando así sea necesario para la eficacia del proceso, teniendo en consideración el presupuesto de la adecuación de la medida cautelar, como veremos más adelante; de tal suerte que como regla general opera el efecto *conservativo* y solo cuando sea insuficiente puede adelantarse de manera provisoria el derecho cuestionado en el fondo.

---

[53] Véase lo advertido en la nota 17, respecto al debate en la doctrina sobre el tema de la cosa juzgada en las medidas cautelares.

[54] Recursos de reclamación 219 y 221/2004, resueltos por el Tribunal Pleno, que en esencia siguen los lineamientos acogidos por el pleno para la suspensión en materia de amparo, al resolver las contradicciones de tesis 12/90 y 3/95.

6.2. Peligro en la demora

En cuanto el segundo elemento que jurisprudencialmente se ha establecido como presupuesto para las controversias constitucionales, también fue recogido de la doctrina general cautelar. El *periculum in mora,* como lo afirma Calamandrei en su clásico estudio, "constituye la base de las medidas cautelares" por cuanto no es "el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, el peligro del ulterior *daño marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la *mora* de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, *que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva*".[55]

Aquí cobran importancia los dos tipos de peligro en la demora que advertía el profesor florentino. Uno relativo al *peligro de infructuosidad* y otro relativo al *peligro en la tardanza de la providencia principal*. En el primero la medida cautelar no trata de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguirlo; mientras que en el segundo la providencia cautelar busca acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, de tal suerte que en este último caso la providencia provisoria se relaciona con la relación sustancial controvertida (por ejemplo, derecho a alimentos en materia familiar).[56]

En realidad esta división en el peligro en la demora constituye dos caras de la misma moneda, es decir, de la *eficacia del proceso*. Ambas representan instrumentos que garantizan la finalidad misma de la función jurisdiccional, con independencia de que en algunas ocasiones la medida cautelar coincida con las pretensiones del actor y en otras no sea así. No hay que perder de vista que en todo caso las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y su finalidad no puede sustituir la sentencia definitiva, como hemos precisado con antelación, aunque en ocasiones sea necesario que coincida en parte o en todo con esta, de tal suerte que se anticipe de manera provisoria el resultado de la litis.[57]

Esta concepción, que ha sido el fundamento de toda medida cautelar, la ha aceptado la Suprema Corte para la suspensión en controversia constitucional, al considerar que el peligro en la demora "consiste en la posible frustración de los derechos del

[55] Calamandrei: o. cit., p. 42.

[56] Ibídem, pp. 71-73.

[57] En este sentido coincidimos con la postura de Juan José Monroy Palacios, que advierte complementarias los dos supuestos en la mora de Calamandrei, es decir, las medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad y aquellas que buscan enervar el peligro de tardanza de la providencia principal. Este autor llama *medidas cautelares no coincidentes* a aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean los mismos que los solicitados en la demanda; y *medidas cautelares coincidentes* a las que implican, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declarase fundada la demanda; cf. su obra *Bases para la formación de una teoría cautelar,* Lima: Comunidad, 2002, p. 183.

promovente de la medida, como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo".[58]

Como puede apreciarse, la Suprema Corte incorpora los presupuestos de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora para la suspensión en controversias constitucionales, utilizando consideraciones similares a las que en 1996 había establecido para la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo (que a su vez tomó del histórico fallo de 1993 de un tribunal colegiado de circuito, utilizando la dogmática procesal de la teoría cautelar).[59]

6.3. Adecuación de la medida

Un tercer presupuesto material creemos debe también adoptarse para la suspensión en controversia constitucional, referido a la *adecuación de la medida.* Este presupuesto pone en conexión la medida cautelar con el objeto del proceso principal, de tal suerte que con la primera se logre realmente la eficacia de la segunda.

Si la propia jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido que la finalidad de la suspensión en este proceso constitucional consiste en conservar la materia del objeto del litigio y evitar daños irreparables a las partes o a la sociedad, resulta lógico que la medida que se adopte sea eficaz para cumplir con esa funcionalidad, de donde deriva la necesaria *adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable.*[60]

Se ha señalado que atendiendo a la urgencia y de la apariencia del buen derecho puede el ministro instructor otorgar medidas cautelares que no solo impliquen una suspensión propiamente del acto impugnado, esto es, manteniendo las cosas en el estado en que se encuentran, sino que en casos excepcionales puede implicar la providencia cautelar un adelanto de la pretensión de fondo de manera provisional, lo cual resulta lógico debido al sistema que adopta el segundo párrafo del artículo 45 de la LR 105: "La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia";[61] de donde deriva que la medida cautelar que se adopte sea realmente adecuada con el objeto mismo del proceso.

---

[58] Cf. la tesis jurisprudencial 109/2004, o. cit.

[59] La propia Suprema Corte, en los recursos de reclamación 219, 221 y 229/2004, lo reconoce de manera expresa. Se precisa que si bien provienen de razonamientos esgrimidos en juicios de amparo, son aplicables a la especie por tratarse también de la suspensión proveniente de un medio jurisdiccional de control de constitucionalidad que, si bien no es idéntica ni mucho menos a la que se otorga en los juicios de garantías, guarda considerables semejanzas con ella".

[60] Por situación jurídica cautelable se entiende, siguiendo a Díez-Picazo Jiménez, "aquella situación jurídica para cuyo aseguramiento o efectividad se pide la medida cautelar, es decir, la acción afirmada que constituye el objeto del proceso principal"; Ignacio Díez-Picazo Jiménez (con Andrés de la Oliva y Jaime Vegas Torres): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiale,* 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 389; véase de este mismo autor, "Medidas cautelares", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Civitas, vol. III, pp. 4228-4229.

[61] De manera extraordinaria, la Suprema Corte ha aceptado los efectos retroactivos en cualquier materia, para los efectos de que sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las

Lo anterior significa, por una parte, que la medida cautelar que el ministro instructor en primera instancia o el Pleno o las salas en su caso adopten, deben considerar como presupuesto que con ellas se logre la situación jurídica pretendida en la acción constitucional, ya que de nada sirven en algunos casos, por ejemplo, medidas conservativas cuando estas no sean adecuadas para asegurar el objeto del proceso; y por otra parte, también significa que la medida corresponda a esa finalidad *sin desequilibrar a las partes en el proceso.* Esto último resulta importante, ya que puede suceder que por evitar un daño a una de las partes se otorgue una medida cautelar desmedida que implique consecuencias graves e irreparables para la contraparte.

De ahí que sea necesario mantener la igualdad de las partes en lo que sea posible y evitar perjuicios innecesarios. En este sentido, la adecuación a la situación jurídica cautelable corresponde a la necesidad de que se otorguen medidas cautelares *congruentes* con el objeto que con la providencia cautelar se pretende garantizar, de tal suerte que se eviten desequilibrios innecesarios y a la vez se garantice la eficacia del proceso.[62]

Los anteriores presupuestos materiales que operan para la concesión de la medida cautelar en controversias constitucionales no deben confundirse con el *contenido de la resolución cautelar,* cuyos elementos se especifican en la segunda parte del artículo 18 de la LR 105. De conformidad con ese precepto, en el auto de concesión de la suspensión deberá señalar con precisión: a) los alcances y efectos de la suspensión; b) los órganos obligados a cumplirla; c) los actos suspendidos; d) el territorio respecto del cual opere, y e) el día en que deba surtir sus efectos.

Estos elementos deben siempre precisarse en el auto de suspensión. Cuestión distinta representan "los requisitos para que sea efectiva" a que alude la última parte del mismo precepto, que, en su caso, deben señalarse atendiendo "las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional", como lo prevé la primera parte del señalado precepto. Estas *condiciones de efectividad* de la medida cautelar adoptada constituyen "una garantía desde el punto de vista legal, por lo que podrá ofrecerse en cualquiera de las formas previstas en la ley (fianza, hipoteca, prenda o depósito)".[63]

La garantía de ninguna manera debe verse como un requisito de procedencia de la medida cautelar donde operan otros presupuestos. La garantía constituye un elemento contingente que puede darse o no, según la característica especial del asunto, de tal suerte que la garantía está *dirigida a reparar los posibles daños y perjuicios* que pudieran

---

cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla. Cf. la tesis 71/2006 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Controversia constitucional. la sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda" (*SJFG,* t. XXIII, mayo de 2006, p. 1377).

[62] Cf. Monroy Palacios: *Bases para la formación de una teoría cautelar,* o. cit., pp. 186-199.

[63] Pedro Nava Malagón: "El incidente de suspensión en controversia constitucional", en Eduardo (coord.) Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional,* 5.ª ed., México: Porrúa, 2006, t. II, pp. 1075-1093.

ocasionarse con el otorgamiento de la medida cautelar, siendo una carga para el actor y no para la parte demandada.[64]

En todo caso, esta garantía como condición de efectividad de la suspensión, *debe ser excepcional* si se considera que las partes actora y demandada en este tipo de proceso constitucional son poderes y órganos del Estado;[65] si bien para un sector de la doctrina precisamente por esta circunstancia no debe nunca operar, ya que "las entidades son solventes en sí; fianzas y contrafianzas para garantizar cumplimientos o respetos les son ajenas".[66]

[64] Cf. la tesis 14/2004 del Tribunal Pleno, cuyo rubro es "Suspensión en controversia constitucional. en el auto en que se concede debe precisarse, entre otros requisitos, el otorgamiento de una garantía cuando ésta sea necesaria para que surta efectos" (*SJFG,* t. XIX, marzo de 2004, p. 1354).

[65] En pocos casos se ha pedido garantía como condición de efectividad de la suspensión. Así ha sucedido, por ejemplo, en la controversia constitucional 23/2003, donde se solicitó exhibir garantía de billete de depósito expedido por Nacional Financiera, S. N. C. En el recurso de reclamación 105/2003 derivado de esta controversia, resulta interesante que se consideró que la garantía para reparar posibles daños y perjuicios no es para la partes, sino para reparar los daños causados a la carretera.

[66] Cf. Castro y Castro: o. cit., p. 210.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 205-236, ISSN 1510-4974

Aníbal Quiroga León (Perú)*

¿El control difuso administrativo?

RESUMEN

El trabajo estudia la aplicación del *control difuso o judicial review* previsto en la Constitución peruana para el Poder Judicial en sede administrativa, sea en cuanto a que actos administrativos tengan efectos frente a terceros o a que sus efectos resulten aplicables al administrado en un procedimiento administrativo, conforme a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional. Analiza la competencia o capacidad de un ente administrativo para aplicar el control difuso en sede administrativa, sobre el supuesto de que dichos actos sean ilegales o inconstitucionales a juicio del ente, de conformidad con las reglas sustanciales y procesales dictadas por el Tribunal Constitucional. Para ello hace un estudio sumario y comparado de las principales características del control difuso y del control concentrado como modelos de control constitucional, así como las facultades y características de los llamados *precedentes vinculantes* de un tribunal constitucional.

Palabras clave: tribunales constitucionales, control de constitucionalidad, competencia de tribunales, efecto vinculante, garantías constitucionales, jerarquía de las normas, common law, Constitución política, jurisprudencia comentada, Perú.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Arbeit befasst sich mit der Durchführung der in der peruanischen Verfassung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage von verbindlichen verfassungsgerichtlichen Präzedenzfällen vorgesehenen gerichtlichen Überprüfung oder Judicial Review von Verwaltungsakten, die entweder Dritte betreffen oder Auswirkungen auf die Betroffenen von Verwaltungsvorgängen haben. Sie analysiert die Kompetenz bzw. Fähigkeit von Verwaltungsgerichten zur Durchführung der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungseinheiten, wobei sie von der Annahme ausgeht, dass die genannten Akte nach Auffassung des Gerichts in Übereinstimmung mit den vom Verfassungsgericht niedergelegten inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen gesetzes- oder verfassungswidrig sind. Dazu nimmt sie eine zusammenfassende

---

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y ex director de la revista *Derecho PUC* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Unidroit (Roma). Ex director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigación de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en Ejercicio.

vergleichende Betrachtung der wichtigsten Komponenten der Überprüfung durch ordentliche Gerichte sowie der konzentrierten Überprüfung im Sinne von Modellen zur Verfassungskontrolle vor und geht auf die Wirksamkeit und die Charakteristika der sogenannten verbindlichen Präzedenzfälle aufgrund von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ein.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Kompetenz der Gerichte, bindende Wirkung, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, Normenhierarchie, Common Law, Verfassung, kommentierte Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT

This paper studies the application of the *diffuse control or judicial review* established in the Peruvian Constitution for the judiciary by an administrative court, either when administrative acts apply to the parties to an administrative proceeding, or when they impact third parties, in conformity with a binding precedent of the Constitutional Court. It analyzes the competence or capacity of an administrative agency to implement this diffuse control through an administrative court, on the assumption that such acts are illegal or unconstitutional in the opinion of the agency, pursuant to substantive and procedural rules provided by the Constitutional Court. The paper includes a comparative summary of the main characteristics of this diffuse control and of concentrated control as models of constitutional control, as well as the elements and characteristics of the *binding precedents* of a constitutional court.

Keywords: constitutional courts, constitutional control, court jurisdiction, binding effect, constitutional safeguards, rule hierarchy, common law, political Constitution, annotated jurisprudence, Peru.

Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la Ley de Organización Judicial de los Estados Unidos (sección 13, Judiciary Act de 1789, modificada en 1801) para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada por la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida puede ser ejercida.

[…]

Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo de limitar un poder ilimitable por naturaleza.[1]

[1] *Chief Justice* John Marshall, caso *Marbury vs. Madison,* Writ of Mandamus, Suprema Corte de los Estados Unidos, 24 de febrero de 1803.

1. Introducción

En el curso del siglo XX, el artículo XXII del Título preliminar del Código Civil de 1936 (D) fue la primera norma positiva en el Perú que estableció:

> Artículo XXII. Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera.

Esta disposición, poco entendida y mal estudiada, tuvo como antecedente el artículo 148 del proyecto de Constitución de 1925, de la llamada *Comisión Villarán*. Casi no tuvo aplicación judicial, ni generó una jurisprudencia o ejecutoria sostenible ni destacable. No fue entendida por los civilistas y ni estudiada por los constitucionalistas de entonces.

Más tarde, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (D) reiteró este mismo principio, estableciendo para ello un trámite procesal vigente para todo tipo de procesos y ante toda instancia judicial sin distinción:

> Artículo 8°. Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad.

Tampoco esta previsión tuvo gran auge ni fue práctica usual en sede judicial. Sin embargo, nadie señaló o discutió la posibilidad de que tal principio y tal potestad estuviera fuera del sistema judicial o del Poder Judicial.

Es recién con la Carta Constitucional de 1979 (D), en su artículo 236, que este reiterado principio constitucional adquiere rango constitucional, al tiempo que ya no aparece considerado en el vigente Código Civil de 1984. Cabe señalar que dicha norma en la Constitución de 1979 (D) está sistemáticamente ubicada en el capítulo IX del título IV, denominado "Del Poder Judicial", y que a la letra señalaba:

> Artículo 236. En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992, hoy vigente en Texto Único Ordenado, reiteró el trámite procesal de su antecedente en su numeral 14, reglamentando de este modo lo previsto en el artículo 236 de la Carta Constitucional de 1979 (D), y que la fecha se encuentra vigente.

> Artículo 14. De conformidad con el artículo 236.º[2] de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Actualmente la Constitución de 1993, en vigencia, mantiene la previsión constitucional del control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede judicial, en la segunda parte del artículo 138, el primero del capítulo VIII, "Poder Judicial", que dice:

> Artículo 138°. […] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

Finalmente, y del mismo modo, ya en el siglo XXI, el Código Procesal Constitucional, que dejó vigente el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula la institución en dos de sus numerales, el artículo VI de su Título preliminar y el artículo 3 de su texto,[3] los cuales señalan a la letra:

> Artículo VI. Control difuso e Interpretación Constitucional. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez[4] debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución […].
>
> Artículo 3.º Procedencia frente a actos basados en normas. Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma. Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte

---

[2] Léase el artículo 138, 2.ª parte, de la Constitución Política de 1993.

[3] En su versión modificada por la ley 28946, de 24 de diciembre de 2006.

[4] Entendido por juez constitucional el juez de los procesos constitucionales, a cuyo ámbito se refiere en aplicación el Código Procesal Constitucional, como indica la interpretación sistemática de los artículos I, II, III y IV del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

> Suprema de Justicia de la República, si no fueren impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno. En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece […].

Así la cosas, el 14 de noviembre de 2005 el Tribunal Constitucional expidió sentencia de fondo en la causa 3741-2004-AA/TC, una causa de amparo constitucional interpuesta por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque, y en la que fijó como *precedente vinculante* la interpretación extensiva del artículo 138 de la Constitución en vigencia, señalando que también correspondería esta facultad-potestad a los órganos colegiados y tribunales administrativos. En su concepto e interpretación, tal facultad-potestad también se extendería a dichos órganos de la administración pública por cuanto:

> […] si bien el artículo 138° de la Constitución reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.[5]

Esta sentencia mereció una sentencia aclaratoria que la complementara, dictada en resolución de 13 de octubre de 2006, recaída en el mismo proceso, en la cual se precisa que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública a los que ha hecho referencia solo son aquellos que imparten "justicia administrativa" con "carácter nacional",[6] adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.[7]

Siendo ese el estatus actual de la cuestión, y tal el *precedente vinculante* determinado por el Tribunal Constitucional, debe mencionarse que, además, consta el *precedente vinculante* contenido en la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC (fundamento 7), así como en calidad de jurisprudencia sin carácter vinculante, pero con pleno valor jurisprudencial, las recaídas en el expediente 1383-2001-AA/TC (fundamento 16), en el expediente 0010-2005-PI/TC (fundamentos 52, 64, 66 y 67), en el expediente 1680-2005-PA/TC (fundamentos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9) y en el expediente 2502-2005-PHC/TC (fundamentos 13, 14, 15 y 16).

---

[5] Véase el fundamento 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2005, expediente 3741-2004-AA/TC.

[6] Creemos que el Tribunal Constitucional se quiso referir a que tengan o ejerzan *competencia nacional,* ya que la expresión "carácter nacional" no parece la más acertada ni la más técnica para la materia a la que se refiere

[7] Fundamento 4 de la sentencia aclaratoria de 13 de octubre de 2006, expediente 3741-2004-AA/TC.

2. Premisa del estudio

El presente estudio analiza la aplicación del *control difuso,* previsto en la Constitución para el Poder Judicial, en sede administrativa; sea en relación con actos administrativos que tengan efectos frente a terceros o cuyos efectos sean aplicables al administrado que dio inicio al procedimiento administrativo de que se trate conforme a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; al tiempo de analizar la competencia y/o capacidad de un ente administrativo para aplicar el control difuso en sede administrativa, con relación al ordenamiento jurídico nacional y a los actos administrativos emitidos por otras instituciones del sector público, sobre el supuesto de que dichos actos sean ilegales o inconstitucionales a juicio del ente administrativo de que se trate.

3. Desarrollo

El *control difuso,* también denominado *revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes* o *judicial review,* es considerado en la doctrina del derecho procesal constitucional uno de los sistemas de control constitucional vigentes en el derecho occidental. Por ello también recibe la denominación de *sistema americano de control constitucional.*[8]

Como su nombre y definición lo indican, es un sistema de control constitucional de las leyes o normas legales de carácter general que, al ser aplicadas en la sentencia de un proceso judicial real, de verdadera controversia, genera dudas en la interpretación del juzgador respecto de su constitucionalidad. Por ello, el juzgador judicial recibe la autorización —y el poder— de desvincularse del poder jurídico de dicha norma legal y lograr su inaplicación para el caso concreto (la norma seguirá en vigencia en el ordenamiento jurídico de que se trate), resolviendo la controversia con otras normas legales vinculadas o conexas, o con principios constitucionales aplicables a dicho caso concreto.

Este sistema de control constitucional, de control difuso o sistema americano, nació en forma pretoriana en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en 1803, al sentenciarse el ahora célebre caso *Marbury vs. Madison,* en una *Writ of Mandemus*.

Poco más de cien años después, Hans Kelsen aportaba en Europa (Austria, Baja Sajonia, Alemania, etcétera) la creación del Tribunal Constitucional como base del *sistema concentrado de control constitucional, sistema europeo* o *control ad hoc de la constitucionalidad de las leyes.*

En principio, ambos sistemas son profundamente antagónicos, y los países se agrupan siguiendo uno u notro modelo. Así, donde hay sistema difuso suele no haber sistema concentrado, y viceversa. La peculiaridad en el sistema jurídico del Perú, a partir de la Constitución de 1979, es que contiene los dos sistemas a la vez, en lo que se ha venido en llamar *sistema mixto de justicia constitucional* (Quiroga) o sistema dual de justicia constitucional (García Belaunde).[9]

---

[8] Aníbal Quiroga León: *El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. Ensayos,* Lima: ARA, 2005.

[9] Ibídem.

Por ello es que en su día, Fix-Zamudio señaló:

> En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.[10]

Hoy, sin embargo, dado el auge del derecho procesal constitucional, y su innegable desarrollo, Fix-Zamudio sostiene:

> Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, […], pero [que] se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo que se llama stare decisis, de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales (indirectos) pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.[11]

Por ello es que en los en los últimos tiempos, a raíz de polémicas decisiones del Tribunal Constitucional, se han difundido y puesto en discusión las características y los alcances de lo que la doctrina del derecho procesal constitucional denomina *control difuso, judicial review, sistema americano* o *revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes,* así como de lo que se ha denominado *sistema concentrado* o *sistema europeo* de justicia constitucional.

Ambos sistemas se crean en momentos diferentes, y por razones diferentes. Luego, responden a criterios diferentes y a diferentes concepciones, por lo que no parece adecuado hacer respecto de ellos un trasiego conceptual que termine desvirtuando la esencia de cada uno de ellos. Para este efecto, desarrollaremos los principales aspectos conceptuales de ambos sistemas, aparentemente incompatibles entre sí, a fin de

---

[10] Héctor Fix-Zamudio: *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad,* disponible en ‹http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf›.

[11] Héctor Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional,* Querétaro: FUNDAP, 2002.

perfilar sus contornos para comprender mejor el conjunto del sistema peruano y la situación planteada.

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el *órgano de control de la Constitución.* Esto significa que la Constitución peruana de 1993, en vigencia, al consagrar su existencia dentro del título V "De las Garantías Constitucionales", ha optado de manera clara por el denominado *control ad hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el *modelo europeo* o de *justicia constitucional concentrada,*[12] con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el máximo órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: 1) la interpretación de los postulados constitucionales, en cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligante a sí mismo y a todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos, y b) como consecuencia de esta tarea interpretativa, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la nación, teniendo en cuenta que, como ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo es la *fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional;* esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno.

En el Estado moderno de derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, según una clásica definición de Kaegi, donde el gran lema de lucha del Estado constitucional —hoy más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men,* transformado en el democrático y jurídico *Goverment by laws* actual.[13] Entonces, la Constitución no es solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior* o la *higher law.*

Así, resulta evidente que la primera de las tareas del Tribunal Constitucional será definir y delimitar sus propias facultades, de modo tal que para sí mismo tenga claro el alcance de su poder de control y frente a los poderes del Estado y la Nación entera tenga definido el límite de sus poderes de control. Esto es, corresponde al Tribunal Constitucional, de acuerdo con esta misma premisa de ser el intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes*, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones conferidas por la Constitución.

---

[12] Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1968),* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968.

[13] Kaegi y Von Ihering, citados por Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid: Civitas, 1985, pp. 49 ss.

El Tribunal Constitucional se halla definido, como se ha dicho, en el artículo 201 de la Constitución, que en su primera parte permite distinguir tres atributos:

a. ser el órgano del control constitucional;
b. ser autónomo e independiente, y
c. estar compuesto por siete miembros, denominados *magistrados del Tribunal Constitucional,* con un mandato de cinco años no renovable en lo inmediato.

En su segunda parte, esta norma constitucional establece taxativamente que las calidades del magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En su tercera parte la Constitución se ha preocupado de establecer que los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas reconocidas a los congresistas de la República. Asimismo, señala que los alcanzan las mismas incompatibilidades y que el mandato del magistrado constitucional no es susceptible de reelección para un periodo inmediato.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por el Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, es decir, una mayoría *sobrecalificada* (la mayoría absoluta es considerada mayoría calificada). Finalmente, en su parte in fine, la norma prescribe que los fiscales del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial en actividad y que cumplan con el requisito ya indicado deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación al Tribunal Constitucional.

La función de control que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se halla definida en tres facultades o potestades específicas:

a. La determinación en instancia única de que una ley, o norma con rango de tal, así como las normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada erga omnes por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (artículo 200.4, artículo 202.1 y artículo 204 de la Constitución);
b. La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial —también llamada *jurisdicción de la libertad.*[14]

[14] Nótese que también en este punto, pese al texto expreso de la Constitución, el Tribunal Constitucional había señalado en el pasado inmediato un precedente vinculante en que, contrariando el texto expreso de la Carta Fundamental, determinó que también podía conocer de las

c. La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales según la interpretación de su alcance en la Constitución, con arreglo al Código Procesal Constitucional.

Para el cabal cumplimiento de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el *órgano de control de la Constitución* y, por lo tanto, *órgano constituido* y no *órgano constituyente*.

La facultad del *control concentrado* de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo *europeo* o kelseniano —nacido bajo la inspiración de Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929—,[15] implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la Constitución, *intérprete vinculante u obligatorio* en virtud de la concordancia artículo 204 ab initio de la Constitución y VI in fine y VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional,[16] esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del Parlamento en particular cuando se trate del control de la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, como aparece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, per se, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea

---

acciones de garantía estimatorias. Ese precedente vinculante ha sido quebrado en el primer *overruling* que el Tribunal Constitucional ha sentenciado (el cambio de un precedente vinculante por otro), determinando ahora que lo correcto es entender que el Tribunal Constitucional no puede conocer —es decir, carece de competencia para revisar— las acciones de garantía estimatorias en materia de acciones de *garantía* constitucional. Es decir, se ha apartado de su propio precedente, de suyo discutible por contener una interpretación que colisionaba con el texto expreso de la Constitución, para regresar a la interpretación natural y literal de la Constitución, privilegiando el texto escrito que no puede ser superado por la vía de la interpretación constitucional, so riesgo de invadir fueros constituyentes que no le corresponden. Véase Aníbal Quiroga León: "Los precedentes vinculantes y el *overruling* en el Tribunal Constitucional", ponencia en el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, PUC, 2009. Véase también la opinión unánime de diversos juristas a favor de este *overruling* en *Tribunal Constitucional. Órgano oficial,* año 1, n.º 6; Lima, abril-mayo de 2009, pp. 4-5.

[15] Aníbal Quiroga León: "Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano", en Aníbal Quiroga León (comp.): *Sobre la jurisdicción constitucional,* Lima: PUC, 1990; pp. 153 ss.

[16] En la redacción del Proyecto de LOTC (proyecto 1419/93 y dictámenes 1419/94 y 1421/94) se definía en el artículo 1 esta interpretación como *suprema* ("*suprema* [del lat. *Supremus*]; adj. Sumo, altísimo. || 2. Ser supremo. || 3. Que no tiene superior en su línea […]", según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, 21.ª ed, Madrid: Espasa-Calpe, 1992, t. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Sin embargo, luego de la dación del Código Procesal Constitución, al reformarse la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya aparece esta definición en su actual artículo 1. Igual enunciado aparece en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, LO 2/1979, de 3 de octubre. Cit. por Jesús Gonzales Pérez: *Derecho procesal constitucional,* Madrid: Civitas, 1980.

primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo y eficaz de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la República, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. Al efecto, García Pelayo[17] sostiene:

> Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o institucionales "constitucionalmente relevantes", sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben ipso jure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el vértice *dell'organizzazione statale,*[18] y, de otro, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución.

En efecto, el sistema jurídico debe ser ordenado conforme a la Constitución. Ya Kelsen, a quien la doctrina unánimemente atribuye la paternidad del *sistema concentrado*, había sostenido desde principios del siglo XX:

> […] el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma —la de grado más bajo— se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones […] la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan solo puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su

[17] Manuel García Pelayo: "*El 'status' del Tribunal Constitucional*", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 1, n.º 1, Madrid: CEC, 1981, pp. 13 ss.

[18] Santi Romano: *Principi di diritto costituzionale generale,* Milán, 1946, p. 156.

> cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano— sea "inconstitucional". Puede existir […] un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada "revisión judicial", puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria).[19]

La interpretación constitucional es la tarea esencial del Tribunal Constitucional y debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales respecto a las normas jurídicas ordinarias. Mientras que las primeras son esencialmente políticas (ya sean *autoaplicables*, ya sean *programáticas*, ya sean *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo, de modo tal que, siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado sería erróneo. De este modo, la hermenéutica tradicional resultará insuficiente al intérprete constitucional, que para el efecto deberá de recurrir a los propios métodos de interpretación (por ejemplo, el *contrapeso de los valores, el principio de la unidad de la Constitución* y *la interpretación con arreglo o conforme a la Constitución*), ya que las normas constitucionales, al ser esencialmente normas políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica.[20]

Ya en 1862 Ferdinand de Lassalle, en su célebre conferencia berlinesa titulada "Sobre la esencia de la Constitución",[21] había sostenido que la idea de la Constitución escrita no pasa de ser "una mera hoja de papel; si quiere uno conocer la realidad de las cosas hay que atender al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución".[22] De la afirmación se concluye que la Constitución moldea los pilares del país, y la realidad de este a su vez condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante que es menester descubrir y manejar con acierto de modo permanente, sobre todo por parte del intérprete constitucional.[23]

---

[19] Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado,* citado por Francisco Fernández Segado: *La jurisdicción constitucional en España,* Madrid: Dykinson, 1984, p. 25.

[20] Aníbal Quiroga León: "La interpretación constitucional", en *Derecho* n.º 39, Revista de la Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1985, pp. 323 ss. Véanse también Eduardo Ferrer (coord.): *La interpretación constitucional,* México: Porrúa, 2005, t. II, pp. 949 ss.; Konrad Hesse: "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho constitucional. Selección,* Madrid: CEC, 1983, pp. 33 ss. Asimismo, García de Enterría: o. cit., pp. 95 ss.

[21] *Über Verfassungswesen,* citado por García de Enterría: o. cit., p. 42.

[22] Fernández Segado: o. cit.

[23] Quiroga León: *La interpretación…,* o. cit. Para evaluar la vigencia de estos postulados, véase a quienes sostienen que dicho ensayo es uno de los pocos trabajos que sobre la interpretación constitucional se han hecho en el Perú, en Enrique Bernales y Marcial Rubio: *Constitución: fuentes e interpretación*; Lima: Mesa Redonda, 1988, p. 101.

Comoquiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir en primer lugar sus alcances y límites. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* o *control ad hoc,* esto es, de índole abstracta —y por tanto incompatible en ese punto con el *control difuso* o *judicial review*—, en el cual corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a *caso concreto* alguno en el que esté en disputa cualquier derecho subjetivo) de la ley dubitada y en el que el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución.

Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio, si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen—[24] *legislador negativo,* esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 ab initio de la Constitución), y en cada caso de inconstitucionalidad así determinada se crea una *norma subconstitucional,*[25] de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*.

Por ello, y por expresa previsión constitucional, el principio jurídico de que toda ley se deroga solo por otra ley (que se expresa, por ejemplo, el artículo I del Título preliminar del Código Civil), se halla necesariamente ampliado por el siguiente enunciado proveniente de una lectura sistemática de la Constitución: *toda ley se deroga solo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional.*

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la teoría general del proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino en verdad una *iniciativa legislativa negativa* que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto.

En consecuencia, debe determinarse si una ley dubitada, puesta en el debate constitucional por los legitimados para solicitar su derogación por la vía del control directo

[24] "El calificativo de 'legislador negativo' que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende 'desjurisdiccionalizar' ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce […] las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. […] Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su *independencia* […]; cuando habla de 'legislador en sentido negativo' lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribe Kelsen: 'un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo'". Cit. por Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial,* Madrid: CEC, 1981; pp. 6 ss. (cursiva y aclaración agregados). La cita se refiere a Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de García Maynez), México: UNAM, 1979; pp. 303-334.

[25] Alonso Alonso García: *La interpretación constitucional* Madrid: CEC, 1984, p. 13.

que ejerce el Tribunal Constitucional, no ingresa limitada ni condicionada a lo que diga el Tribunal Constitucional. *La ley ingresa plenamente vigente y con presunción iuris tantum de constitucionalidad, que el Tribunal Constitucional y todos los agentes del Estado y la ciudadanía deben respetar y obedecer por mandato de la propia Constitución (artículo 204 de la Constitución, en especial in fine), de modo tal que si el Tribunal Constitucional estima que no hay inconstitucionalidad o no logra la legitimidad especial y la voluntad jurídica y constitucional suficientes para oponer su fuerza a la ley dubitada, deberá necesariamente dejarla ir en las mismas condiciones en las que ingresó a su examen de subsunción, esto es, en vigencia jurídica y con la presunción de constitucionalidad también vigente por no habérsela enervado conforme a la propia Constitución.*

Al efecto, cabe precisar que antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de *subsunción* entre la norma constitucional y la norma legal dubitada, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente la ley dubitada con la Constitución. Eso —que es doctrina unánime y pacífica— se halla corroborado expresamente en el artículo VI ab initio del Título preliminar del Código Procesal Constitucional.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivale al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, ya que extirpa por vía *quirúrgica* la ley dubitada del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio), de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento. Una tarea *quirúrgica* que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el *vacío* que deja la norma derogada y ello puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos.

Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que haya sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir —como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano— una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba. Es este *horror vacui* el que determina el principio formulado así por el Tribunal Constitucional Federal alemán: "es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula [inconstitucional] cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución".[26]

El mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán, así también como el Supremo Tribunal norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la *presunción de constitucionalidad de las leyes*, no como una simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que: a) tal presunción implica materialmente la confianza que se otorga al Legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y

[26] García de Enterría: o. cit., pp. 96 ss.

postulados constitucionales; b) una ley no será declarada inconstitucional a menos que no exista en el juez constitucional ninguna *duda razonable* sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución, y c) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional, se habrá de presumir, siempre que sea *razonablemente posible,* que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.[27]

A este efecto, parece conveniente recordar también que, aun en un sistema tan disímil como el americano del *control difuso* o de la *judicial review* en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, proveniente del *common law*, se ha acuñado desde antiguo el principio esencial de que *la validez constitucional es la última cuestión que la Corte habrá de considerar con respecto a una ley.* Esto constituye un lema esencial para la Corte Suprema estadounidense, una pauta sumamente básica, de que jamás tocará la cuestión de constitucionalidad de una ley a menos que razonablemente no le quede otra cuestión a la cual recurrir. Es decir, el Tribunal Supremo se dirigirá al examen de la cuestión de constitucionalidad de la ley del Congreso solo después de haber agotado todo otro aspecto razonable que pudiera haber servido como base jurídica en la solución del caso subjúdice.

En ese sentido, en la aplicación del control difuso en los Estados Unidos, su cuna, la Corte Suprema Federal nunca buscará un cotejo frontal entre la Constitución y la ley. Lo evitará hasta que no haya otra salida razonable, y entonces procederá, pero siempre cautamente y con reluctancia. La Corte Suprema Federal norteamericana expresó en una de sus sentencias:

> […] si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad […] hasta que sea inevitable.[28]

Lo que responde la cuestión, a fin de cuentas, es la pregunta: ¿Podría otro Poder del Estado —el Congreso— haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional? Dicho de otro modo, la cuestión no es: ¿Cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces constitucionales?, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo.[29]

Dentro de este rubro de ideas, conviene en este punto determinar si el Tribunal Constitucional posee, por extensión, en la acción de control directo de la constitucionalidad de las leyes, la facultad del *control difuso* o de *judicial review* de que trata la segunda parte del artículo 138 de la Carta Constitucional.

---

[27] Ibídem.

[28] Dale Furnish: "La 'Revisión Judicial' de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos; en Aníbal Quiroga León (comp.): *Sobre la jurisdicción constitucional,* Lima: PUC del Perú, 1990, p. 91.

[29] Thayer: "The Origin and Scope of the American Doctrine as Constitutional Law", en *Harvard Law Review,* vol. 7, n.º 149 (1893); cit. por Furnish: o. cit., p. 96.

El *control difuso* de la constitucionalidad de las leyes nace, como lo reconoce de modo la unánime y pacífica doctrina, como facultad pretoriana en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison,* en una acción de *Writ of Mandemus*, bajo la presidencia del *Chief Justice* John C. Marshall. En ella se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de una *legislatura repugnante* y, como teoría fundamental, *nula e ineficaz,* ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita. Y por ello mismo la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho.[30]

El llamado *sistema difuso* o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características: una funcional y otra espacial. Por la primera, se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional *innominado* de toda Constitución escrita.[31] Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del capítulo del Poder Judicial. De allí la denominación *sistema difuso*, esto es, atributo *distribuido* o *difundido* entre todos los órganos del Poder Judicial, es decir, solo entre los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice *difuso* porque no dispone un órgano específico ni un procedimiento directo, pues se halla difuminado, difundido entre todos los jueces del Poder Judicial. Como atributo constitucional no es susceptible de *transvase* por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado.

Por la segunda, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, lo que da por resultado la descalificación de la ley, siempre para el caso concreto y solo con efectos *interpartes* y mediante declaración judicial de *inaplicación.* Solo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial.

No cabe duda de que el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, solo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en

[30] Furnish: o. cit., p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte "más importante" de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n.º 2, Lima, 1988, pp. 100 ss.

[31] Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía antes de 1803 en la Constitución de los Estados Unidos y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica *creación* o *redefinición jurisprudencial* efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Véase Furnish: o. cit., pp. 96-97.

su aplicación concreta, real y tangible.[32] Así aparece de modo uniforme entre nosotros en la lectura sistemática los artículos 8 de la LOPJ (D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979 (D), 138, segunda parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente TUO de la LOPJ, VI del Título preliminar y 3 del Código Procesal Constitucional.

Esto quiere decir que la justicia constitucional o el control constitucional determinados según el esquema o modelo anglosajón de la *judicial review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva, en tanto solo se puede dar dentro de un proceso que contenga un conflicto subjetivo de intereses adversos. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria o constitucional de los tribunales de justicia, donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está añadida a su tarea principal, en la que el control constitucional indirecto y limitado al *caso concreto*, *interpartes*, nunca lo puede relevar de su función de hacer *reparto* o *distribución de los bienes jurídicos tutelados* —cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de estos— materia de la controversia judicial. Y subjetiva porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de *contralor concreto de la Constitución,* solo parte —como fuente— de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario.

Esto define a la justicia constitucional americana como una *justicia subjetiva,* porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable en un proceso de controversial real —con una actuación en una realidad determinable—, el que sustentará el examen de constitucionalidad. No le corresponderá, entonces, un examen teórico o abstracto. Por el contrario, como puede ser apreciado

[32] Dice Dale Furnish: "La potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. [Con el curso del tiempo] […] la Corte ha [auto]establecido que ciertas reglas incontrovertibles que [auto]limitan su función de revisión judicial (una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review […]; sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esa limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la *Judicial Review.* A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley; […] B) Se requiere un "caso o controversia" auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (la Corte […] no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. […]. Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. […] Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema); […] C) La Corte Suprema no intervendrá en una 'cuestión política' (esto es, en actos no judiciables); […] y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso […]". Furnish: o. cit., pp. 90-96. Respecto de la necesidad de un "caso concreto" véase Ernesto Blume Fortín: "El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución", en *Pensamiento Constitucional,* año III, n.º 3, Lima: PUC, 1996.

con facilidad, la justicia constitucional concentrada o ad hoc, bajo el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior, ya que no puede ser subjetivo sino que es fundamentalmente abstracto. Son entonces conceptos antitéticos.

Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios del presente (la doctrina francesa llegó a hablar de la *dictadura de los jueces* aludiendo a su no legitimación directa) y de sus metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio axiológico, de cualidad de una sobre la otra; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas.

Mientras aquella es subjetiva, esta es abstracta, puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquella es para el caso concreto, esta es erga omnes. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, esta se halla concentrada en un solo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad que enmarca su proceso judicial, esta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada. Tal diferenciación y antagonismo ya habían sido puestos de relieve por Mauro Cappelletti y John Clarke Adams:[33]

> Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de *common law* y con los de tradición romano-canonista o civil. […] existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. […] la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en defensa de (esta) posición […] (se) advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del *common law* mediante el recurso a la doctrina del stare decisis […]. Cuando el principio del stare decisis es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, […] un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser

[33] Mauro Cappelletti y John C. Adams: *Judicial Review of Legislation: Europeans Antecedents and Adaptations,* cit. por Francisco Fernández Segado: "*El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica*", en *Pensamiento Constitucional,* año III, n.º 3, Lima: PUC, 1996, pp. 238 ss., y CISS n.os 33-36.

inaplicada por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede ni debe ejercer la *judicial review* cuando conoce de una acción directa y abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, por pertenecer aquella (la *judicial review*) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del artículo 138 de la Carta constitucional, inequívoca y sistemáticamente situada dentro del capítulo dedicado a la estructura del Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro).

Por otro lado, a la luz de la doctrina más esencial del derecho constitucional queda claro que las competencias constitucionales no se pueden analogizar ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales —véase el principio general del derecho contenido en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil—. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial, ¿no se consagraría peligrosamente con ello el precedente de que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualquier otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello?

Finalmente, es deber racional reconocer que la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional ad hoc o concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, por cuanto el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o ad hoc, antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review* basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotado de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis,* o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *common law.*[34]

Sin embargo, se debe aclarar que lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la *jurisdicción negativa de la libertad* (artículo 202.2 de la Constitución), dado que en dicha facultad expresa, pero excepcional por cierto, se implica el necesario control constitucional de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional, a condición de que hayan sido *denegadas* al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *recurso de agravio constitucional* (artículo 18 del Código Procesal Constitucional).

Ello significa que, en la facultad excepcional de la *jurisdicción negativa de la libertad,* el Tribunal Constitucional realiza una extensión de la tarea judicial antes que una

[34] Luis Marcelo De Bernardis: *La garantía procesal del debido proceso*; Lima: Cultural Cuzco, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal, 1995, pp. 82 ss.

función de control de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En este caso sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía solo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, con las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de *autocontrol de sus poderes* o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y el funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

Entonces, no hay actividad constitucional más opuesta que la *judicial review* y el *control concentrado de la constitucionalidad de las leyes,* por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero, al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (artículos 138, segunda parte, y 201 de la Constitución), en lo que la doctrina constitucional peruana denomina *sistema dual* o *sistema mixto.*[35]

Diríamos, con García Belaunde,[36] que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: a) el control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada *jurisdicción negativa de la libertad* a la que ya nos hemos referido, y b) en la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del artículo VI, segundo párrafo, del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto a la imposibilidad del juez del Poder Judicial para hacer control difuso frente a un fallo desestimatorio del Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad, donde la facultad de la *judicial review* cede paso frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional, por mandato propio de la Constitución Política del Estado y por necesaria coherencia constitucional del sistema mixto de control constitucional.

Así surge de la sentencia de fondo de 14 de noviembre de 2005, recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC,[37] *Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad Distrital de Surquillo,* sobre acción de amparo constitucional, en que el Tribunal Constitucional estableció como *precedente vinculante,* a la luz de su interpretación constitucional, el que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene —en principio— la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

---

[35] Véase Quiroga León: *Una aproximación…,* o. cit., p. 180 y nota 72, referida a la posición del Dr. Domingo García Belaunde, destacado constitucionalista.

[36] García Belaunde: *Sobre la jurisdicción constitucional*, o. cit., pp. 27 ss.

[37] Sentencia publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 2006.

Para ello, señaló entonces el Tribunal Constitucional, se deben observar los siguientes presupuestos: a) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo, y b) que la ley cuestionada no pueda ser interpretada de conformidad con la Constitución.

El precedente vinculante fue finado del modo siguiente por el Tribunal Constitucional:

> Precedente. […] 41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes: a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional; b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución; e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante; […] 50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos: A) Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados. A) Regla Sustancial: Todo Tribunal u órgano Colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los

> artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. B) Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas. Regla Sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Sin embargo, este precedente vinculante fue "complementado" mediante una resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006,[38] en que el Tribunal Constitucional acotó:

> Resolución de aclaración. […] 4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la Sentencia Nº 3741-2004-AA/TC, esto es, que "[…] todo Tribunal u órgano Colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente […]". Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos Tribunales u órganos Colegiados Administrativos que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. […] 7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.

[38] Conforme a la doctrina procesal, el recurso de aclaración de un fallo pertenece a la categoría de los medios ordinarios de impugnación, y su resultado —la resolución aclaratoria— forma parte jurídica de la sentencia original, formando un solo cuerpo o texto jurídico, y de ese modo debe ser interpretada, unitariamente.

> En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 8. Que los Tribunales Administrativos y los órganos Colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. […] Determinar cuándo una ley es inconstitucional y llegar a establecer jurídicamente ya sea su inaplicación o su derogación, no le corresponde ni a la Administración Pública ni a los particulares. Existen otros órganos a los que se le ha atribuido esa potestad: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Nuevamente aparece el principio de la separación de poderes para reafirmar la exigencia constitucional que cada órgano del poder ejerza solo aquellas potestades (facultades y consecuentes deberes) que el constituyente haya decidido atribuirles.

Esta sentencia plantea la problemática de la supuesta atribución de la Administración Pública de la facultad de examinar la constitucionalidad de las normas dentro de procesos administrativos contenciosos y, consecuentemente, el poder de inaplicar aquellas que considere vulneran la Constitución en una caso concreto de justicia administrativa. En sustento de ello, el Tribunal Constitucional ha señalado:

> […] la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución —dada su fuerza normativa—, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional.[39]

La consecuencia del reconocimiento del control de la constitucionalidad de las leyes a favor de la Administración Pública ha sido explicada por el Tribunal Constitucional en el hecho de que:

[39] Fundamento 7 de la sentencia original del Precedente Vinculante bajo análisis.

> Todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo.

A la respuesta del Tribunal Constitucional le siguen razones que pretenden actuar como sustento de ella. Así, la primera razón que el mencionado Tribunal Constitucional establece la encuentra en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución Política del Estado. Según la interpretación de la Constitución del Tribunal Constitucional:

> […] si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.[40]

Si este dispositivo constitucional se interpretara de modo que el control difuso de la constitucionalidad ahí recogido se circunscribiera solamente a los jueces y, por ende, solo a los procesos judiciales, entonces —continúa diciendo el Tribunal Constitucional—, no solo se desconocerían "determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica",[41] sino que además se daría "una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución".[42]

La segunda razón la encuentra el Tribunal Constitucional en la llamada *eficacia vertical de los derechos fundamentales.* Los derechos fundamentales acompañan a su titular ahí donde este se localice. El hombre lleva sus derechos fundamentales cuando actúa como trabajador, como procesado y —para lo que aquí interesa resaltar— cuando actúa como administrado. El poder político, cuando actúe en relación con los particulares, debe respetar los derechos fundamentales de estos. Por eso, apela el Tribunal Constitucional a la eficacia de los derechos fundamentales señalando:

> […] en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la Administración Pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado —eficacia vertical— como de los particulares —eficacia horizontal.[43]

Consecuentemente, si las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales obligan a la Administración Pública, esta no puede actuar de manera que

---

40 Ibídem.
41 Fundamento 8 de la sentencia original.
42 Ibídem.
43 Fundamento 10 de la sentencia original.

vulnere esos derechos. De tal forma, si se encuentra vigente alguna ley que vulnera un derecho fundamental, la Administración debe estar en posición de evitar esa vulneración, lo cual se lograría reconociendo "el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley",[44] es decir, reconociéndoles el derecho-deber de realizar el control difuso de la constitucionalidad.

Una tercera razón es ubicada en la significación actual del principio de legalidad en sede administrativa. Si antes "la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce".[45]

A partir de aquí, concluye el Tribunal Constitucional, el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados "de realizar el control difuso —dimensión objetiva—, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos —dimensión subjetiva".[46]

Y, al fin, una cuarta justificación la encuentra el Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional chileno, en el cual se admite que "un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa".[47]

Pero, como se sabe, en un sistema en el que la Constitución está llamada a ser el fundamento básico del Estado de derecho, el fundamento republicae y la lex superior, que sostiene, irradia y vincula por entero al sistema jurídico en que se halla inserta; en un sistema en el que la Constitución es un orden valorativo en el que se advierte "el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional",[48] el cual resulta necesitado de concreciones y determinaciones, la labor de la suprema interpretación de la Constitución debe caracterizarse no solo por su prudencia, sino también por el hecho de que sus decisiones jurisprudenciales no deben ser el resultado de una tesis singular, sino de consenso, y estar destinadas a crear el mayor consenso posible en la sociedad en general y en el mundo jurídico (académico y judicial) en particular.

No es posible realizar una adecuada y duradera labor de "ordenación y pacificación" sin ese consenso, o con un consenso estrecho o fundado en bases endebles. Y qué duda cabe de que ningún consenso es posible sin la debida y correcta fundamentación. De modo que, si el Tribunal Constitucional es el encargado de establecer (determinar) lo que la Constitución vale, entonces las razones que debe emplear para sustentar una concreta determinación de algún dispositivo constitucional deben gozar de la mayor

---

44 Fundamento 11 de la sentencia original.
45 Ibídem.
46 Ibídem.
47 Fundamento 13 de la sentencia original.
48 Robert Alexy: "Los Derechos Fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell: *Neoconstitucionalismo (s),* Madrid: Trotta, 2003, p. 35.

razonabilidad posible,[49] de manera que genere el mayor convencimiento posible, necesario para el mayor consenso posible.[50]

Sin embargo, aparece con evidencia que las razones que ha fundamentado en este caso el Tribunal Constitucional no solo carecen de la suficiente fuerza jurídica para crear el consenso deseado, sino que adolecen de una serie de deficiencias y puntos débiles que son precisamente el inicio de su crítica y su necesaria reformulación. La cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional consiste en determinar si el control difuso que la historia constitucional, la doctrina procesal constitucional y la Constitución reconocen de modo exclusivo y excluyente solo al Poder Judicial, pueden ser extendidos o analogizados hacia los órganos colegiados y tribunales de la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Esto es, si el Tribunal Constitucional puede, por vía de la interpretación de la Constitución, alterar el texto expreso de la Constitución, darle un sentido verdaderamente opuesto a su literalidad, si le asiste una función de *poder constituyente* además de ser *poder constituido*, y si una facultad constitucional, que es de orden público-constitucional, puede ser interpretada extensivamente hacia otro orden constitucional no expresamente previsto.

Como ya se ha visto, el control difuso en el derecho comparado nació en 1803, en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos (vértice superior de todo el Poder Judicial en esa nación), pertenece al Poder Judicial en el derecho comparado, y en el derecho comparado solo ha tenido auge y difusión dentro del Poder Judicial. No hay precedente comparado en que se haya extendido el control difuso a la justicia administrativa o a la administración pública.

En el Perú, desde su nacimiento formal (1963), su ámbito de aplicación ha sido solo el Poder Judicial (de hecho, fue concebido por primera vez en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D) de 1963, fue reiterado en el actual TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en vigencia, fue reiterado en el artículo 236 de la Constitución de 1979 (D) y lo mismo ha pasado en el texto expreso de la actual Carta Constitucional en vigencia (artículo 138, segunda parte). De hecho, la norma jurídica más reciente que la contiene expresamente, que es el Código Procesal Constitucional, y que se refiere a esta facultad (artículos VI del Título preliminar y 3), solo tienen como destinatario al juez del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional —excluyendo a la Administración Pública—, como se puede ver de sus artículos I, III y IV de su Título preliminar.[51]

---

[49] Carlos Bernal Pulido: *El derecho de los derechos,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.ª reimp., 2005, pp. 62-65.

[50] Robert Alexy: "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", en *Derechos y Libertades,* n.º 8, 2000, p. 41.

[51] "Artículo I. Alcances. El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia […]. Artículo III. Principios Procesales. […] El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, […]. Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades […]. Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. […] Artículo IV. Órganos Competentes. Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código".

¿Cómo entonces se puede fundamentar que ello puede ser transvasado conceptualmente a la Administración Pública en sus tribunales administrativos o en sus órganos colegiados?

Uno de los argumentos más débiles del Tribunal Constitucional, y que revela poca consistencia jurídica, radica en la alegación de que en la Constitución peruana no existe norma que prohíba que el control difuso pueda ser aplicado por orden distinto al Poder Judicial, para concluir que válidamente puede ser ejercitado por un orden diferente al del Poder Judicial. La endeblez teórica de esta consideración se patentiza al determinarse, prima facie, que la Constitución no contiene un orden prohibitivo, sino atributivo. No es un código político de prohibición. Es decir, por tratarse de facultades constitucionales que son de orden público y de capital importancia para la estructuración de nuestro Estado de derecho, la Constitución no contiene prohibiciones sino atribuciones (en ello el argumento del Tribunal Constitucional constituiría un claro sofisma); atribuciones que son de orden público y que, por ende, no pueden ser materia de analogía ni de extensión en la interpretación. Lo que señala claramente la doctrina de la interpretación constitucional[52] es que las facultades constitucionales, al ser de orden público, se dan sobre vasos comunicantes, de manera que lo que se le atribuye a un órgano no puede ser ejercitado por el otro, siendo de aplicación el principio de interpretación previsto en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil.[53] Así, del mismo modo que la Constitución no prohíbe el control difuso para otros órdenes (no tendría que prohibirlo ni ello viene al caso), tampoco prohíbe que el Ejecutivo dé las leyes (basta para ello que la facultad de dar leyes esté conferida al Congreso de la República) o que el Poder Judicial conozca de la acción de inconstitucionalidad de las Leyes (lo que está conferido al Tribunal Constitucional), etcétera.

En consecuencia, a la luz de la doctrina citada y del precedente vinculante, lo que hay que determinar es si tal precedente se sostiene y es en verdad aplicable y vigente; de manera que, si la respuesta es positiva, hay que determinar cómo es que rige en la vida de la Administración Pública, en sus tribunales administrativos u órganos colegiados, dentro de lo que tanto la sentencia original como la sentencia aclaratoria han denominado "Justicia Administrativa" en sede del Poder Judicial.

Nuestra posición es que claramente constituye una contravención directa y flagrante al texto expreso de la Constitución el atribuir a la Administración Pública del Poder Ejecutivo el ejercicio de una facultad expresamente diseñada y señalada para el Poder Judicial. No basta para zanjarlo, en nuestro concepto, el que tal interpretación conste en un precedente vinculante, ya que, como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional y lo tiene determinado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna orden superior será válida ni debe ser cumplida si atenta contra el orden público, los derechos fundamentales de las personas y el propio respeto de los límites constitucionales. De hecho, tal principio está recogido en el artículo 25

[52] Quiroga León: *La interpretación constitucional,* o. cit.

[53] "Artículo IV. Aplicación analógica de la ley. La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José,[54] que en su parte pertinente señala:

> Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El Tribunal Constitucional es un órgano constituido —y no un poder constituyente— y es a todas luces evidente que carece de facultades constituyentes o para modificar la Constitución por la vía de la interpretación constitucional. En consecuencia, también el Tribunal Constitucional tiene por límite objetivo el texto expreso y literal de la Constitución. La fidelidad a la Constitución así lo exige. De este modo, la conclusión evidente es que este Precedente Vinculante es inaplicable o de ejecución imposible, so riesgo de alterar el texto expreso de la Constitución.

En consecuencia, nuestra primera posición sería relativizar la aplicación de este mal llamado *control difuso en sede administrativa,* por las razones ya expuestas y porque su aplicación, reiteramos, constituye a nuestro criterio una evidente y flagrante vulneración constitucional. Téngase en cuenta, además, que la normatividad vigente que desarrolla este postulado constitucional (el del control difuso), contenida tanto en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuanto en el Código Procesal Constitucional, remite la definitoriedad del control difuso a la Corte Suprema de Justicia de la República, por la vía de la consulta obligatoria en caso de que no existan o no se interpongan los recurso de impugnación.[55] Esta definitoriedad de la Corte Suprema no se cumpliría, y sería de imposible cumplimiento, en el caso de este mal llamado *control difuso en sede administrativa.*

Sin embargo, cabe reconocer que otra posición podría establecer, de manera vertical y jerarquizada, que si al Tribunal Constitucional competen la interpretación auténtica de la Constitución y el supremo control de la Constitución, su jurisprudencia vinculante debe ser aplicada e interpretada tal como se expresa, sin ningún análisis de razonabilidad o de constitucionalidad —a contrapelo de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades—, de manera que, a partir de dicho precedente vinculante se debe considerar que la Administración Pública, por medio de los tribunales u órganos colegiados administrativos, siempre que impartan la "Justicia Administrativa" con "carácter nacional", y siempre que sean dependientes o adscritos al Poder Ejecutivo (solo a ella se refiere la sentencia aclaratoria bajo

[54] Ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico peruano desde julio de 1978.

[55] Tal como hasta la fecha ocurre en su cuna, en derecho constitucional de los Estados Unidos, donde todo control difuso judicial es siempre controlado por la Suprema Corte Federal, que tiene la palabra final. Allí no existe, ni se ha postulado jamás, que ello pueda ser ejercitado por su administración pública.

comento, fundamento 4 in fine), podrán hacer control difuso al resolver los casos que le correspondan.

Es evidente que esta formulación aclaratoria es impropia, carente de sustento jurídico, desde que el "carácter nacional" (resaltado en el texto) no se refiere a que sean órganos o tribunales nacionales, sino de competencia nacional, en todo el territorio nacional, y no de competencia local, regional, departamental o sectorial. En segundo lugar, se excluye a la justicia administrativa de competencia nacional, ejercitada por órganos o tribunales no dependientes del Poder Ejecutivo. Y, finalmente, se excluye a la autoridad administrativa unipersonal de competencia nacional, y a la autoridad administrativa colegiada o conformada en tribunales administrativos de orden local, regional o sectorial. El Tribunal Constitucional no ha explicado el porqué de esta diferenciación, que luce como arbitraria e incompleta.[56]

Pero, si tal fuera el caso, que se opine por la obediencia debida al fallo vinculante del Tribunal Constitucional, dado que sería una facultad adosada de orden excepcional, esta tendría que ejercerse taxativamente, en el expreso caso de que se configure el supuesto normativo de fallo precedente, tanto en su versión original cuanto en su versión aclaratoria —que debe ser leída, interpretada y aplicada como un todo unitario—, de conformidad con el principio de interpretación que informa el artículo IV del Título preliminar del Código Civil ya citado.

Las reglas serían las siguientes:

a. Solo podría ser ejercitada por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional.
b. Solo podría ser ejercitado por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional adscrito, dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo.
c. Solo podría ser ejercitado por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional adscrito, dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo dentro de un procedimiento administrativo de orden contencioso,[57] en que el que el derecho del administrado se encuentre confrontado por la Administración Pública, y en donde el resultado afecte la esfera de sus derechos fundamentales.

---

[56] Se tiene claro en la doctrina nacional que, así como el Tribunal Constitucional ha efectuado ya un *overruling* respecto de un anterior precedente vinculante (el caso del RAC constitucional frente a fallos estimatorios) (véase la nota 13), asimismo lo hará en breve respecto del precedente vinculante en análisis.

[57] "No nos estamos refiriendo a un proceso contencioso administrativo, que se da en sede judicial, y donde se confronta a la Administración Pública con el derecho del administrado en sede del Poder Judicial, según la teoría del *control interórganos*, sino a que el procedimiento administrativo a que se refiere sea uno en que el administrado 'contiende' con la administración pública, por la consecución de una determinada prestación que le ha sido negada, en que haya un real y verdadera controversia de derechos subjetivos, y donde el resultado de la administración pública tenga por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados". Fundamento 4 in fine de la sentencia aclaratoria del Precedente Vinculante.

d. Deberá ser aplicado solo de manera excepcional, luego de haberse descartado todos los métodos ordinarios de interpretación, como última ratio o *dernier resort,* cuando tal interpretación de control difuso administrativo "sea realmente relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo" (regla sustancial *A,* in fine, punto 1, de la sentencia original del Precedente Vinculante), y siempre que la norma a cuestionarse en el control difuso administrativo "no sea pasible de ser interpretada de conformidad con la Constitución" (regla sustancial *A,* in fine, punto 2, de la sentencia original del Precedente Vinculante).

Si solo puede ser aplicado por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional adscrito, dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo dentro de un procedimiento administrativo de orden contencioso, se deberá proteger la vulneración constitucional por la forma o por el fondo de una disposición infraconstitucional (regla sustancial *A* de la sentencia original del Precedente Vinculante), el que la norma infraconstitucional tenga una manifiesta contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (regla procesal *A* de la sentencia original del Precedente Vinculante), o cuando la aplicación de tal disposición infraconstitucional contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional (fundamento 7 de la sentencia aclaratoria del Precedente Vinculante).

En conclusión, ante la interrogante de cómo debería ser aplicado por un ente administrativo, la respuesta sería la siguiente:

a. Adoptar una posición de cautela constitucional, por respeto a la Constitución misma, en el entendido de que nadie debe obediencia a un mandato, orden o previsión flagrantemente inconstitucional, sin que de ello no se desprendan responsabilidades, sobre todo de cara a un expreso mandato constitucional (en el Estado democrático constitucional y de derecho, no cabe la obediencia debida frente a actos ilegales, inconstitucionales o violatorios de derechos fundamentales), así como el Tribunal Fiscal se ha limitado a ejercer el control normativo por la vía de la jerarquía normativa, sin ingresar en la calificación de la inconstitucionalidad de la norma ni hacer una interpretación de la Constitución que no le corresponde (aplicándose lo mismo para el caso de la vulneración a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional).
b. Aplicar tal control difuso en sede administrativa solo cuando: a) solo cuando deba hacerse en sede de su órgano colegiado que tiene competencia nacional; b) solo en el momento de resolver tal cuestión contenciosa en sede administrativa (esto es, en la decisión final que pone fin a la instancia administrativa); c) solo frente a un reclamo del administrado, y solo en el caso de que se ejerza "justicia administrativa" de competencia nacional; d) solo cuando la aplicación de la norma infraconstitucional tenga por resultado la vulneración de los valores y principios constitucionales y, por ende, la de

> los derechos fundamentales de los administrados, y e) solo cuando dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia administrativa así planteada dentro de un proceso administrativo, y cuando, además, la norma legal infraconstitucional dubitada no pueda ser pasible de una interpretación conforme a la Carta Constitucional.

Quedará claro, además, que tal facultad no podrá ejercerse en ningún caso y de ningún modo fuera de esos parámetros y del escenario así descrito. No podrá hacerse en un acto administrativo que no provenga de un proceso contencioso y con la finalidad ya indicada, en una comunicación, en un informe, en un memorándum, cualquiera sea la forma administrativa en que se contenga acuerdo o resolución o decisión fuera del procedimiento administrativo, y solo será de cargo del órgano colegiado de resolución de controversias previsto para el ente administrativo.

Tal facultad de ordinario deberá ser ejercitada solo a petición de parte, de modo rogado, ex parte. Excepcionalmente se ha señalado que podrá ser dispuesta de oficio, ex officio, cuando se detecte o determine, en la resolución del procedimiento administrativo de que se trate, que la aplicación de la norma infraconstitucional dubitada contravenga expresamente la interpretación previa del Tribunal Constitucional contenida en un precedente vinculante (fundamento 7 de la sentencia aclaratoria).

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

III. Derechos y garantías individuales

- Cristiane Aquino de Souza (Brasil)
  Cotas eleitorais para a igualdade de gênero: uma perspectiva jurídico-constitucional

- Leonardo Martins (Brasil)
  Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre self-restraint *e vínculo ao direito constitucional positivo*

- Enrique Navarro Beltrán
  Protección constitucional de los derechos sociales en Chile

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 239-253, ISSN 1510-4974

Cristiane Aquino de Souza (Brasil)*

Cotas eleitorais para a igualdade de gênero: uma perspectiva jurídico-constitucional

RESUMO

A presente investigação objetivou analisar a medida legal que estabelece cotas eleitorais para cada sexo nas candidaturas eleitorais, mediante uma perspectiva jurídico-constitucional. Pretendeu-se identificar e analisar os mais destacados argumentos apresentados contra e a favor das cotas eleitorais, no que se refere aos direitos fundamentais. Diante das considerações expostas neste trabalho, conclui-se que o estabelecimento de cotas eleitorais para cada sexo, mediante lei, possibilita o exercício dos direitos fundamentais no âmbito da proporcionalidade.

Palavras-chave: direitos fundamentais, cota eleitoral por gênero, jurisprudência comentada, tribunais constitucionais, princípio de proporcionalidade, Itália, Espanha.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Untersuchung befasst sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive mit der gesetzlichen Festlegung von Geschlechterquoten für die Kandidatenaufstellung im Vorfeld von Wahlen. Dazu sollen die wichtigsten Argumente für und gegen die Quoten hinsichtlich ihres Grundrechtsbezugs herausgearbeitet und analysiert werden. Die in diesem Beitrag dargelegten Überlegungen lassen den Schluss zu, dass die gesetzliche Festlegung von Geschlechterquoten eine proportional ausgewogene Wahrnehmung der Grundrechte ermöglicht.

Schlagwörter: Grundrechte, Geschlechterquote bei Wahlen, kommentierte Rechtsprechung, Verfassungsgerichte, Proporzprinzip, Italien, Spanien

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss, from a legal-constitutional perspective, legal measures establishing gender quotas among candidates for election. The paper analyzes the most credible arguments for and against electoral quotas in relation to fundamental rights. The paper concludes that establishing electoral gender quotas by law makes the exercise of basic rights possible in the context of proportionality.

Keywords: fundamental rights, electoral gender quotas, annotated jurisprudence, constitutional courts, proportionality principle, Italy, Spain

* Graduada e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará/UFC. Doutoranda em Direito na Universidade Autônoma de Madri/UAM. ‹casfortaleza@hotmail.com›. (A presente pesquisa obteve o apoio financeiro do programa Alban).

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

1. Introdução

O conjunto das dificuldades encontradas pelas mulheres para ascender aos espaços de poder e decisão é considerado um dos principais desafios pendentes do século XXI, no que concerne à concretização da igualdade de gênero (CAMPS, 2003, p. 11). Tais dificuldades ocasionam a sub-representação das mulheres nas estruturas de poder político, econômico, religioso e militar. No concernente ao âmbito político, e, mais especificamente, ao Poder Legislativo, a baixa presença feminina é manifesta e demonstra que de fato não existe igualdade de gênero na sociedade atual. A média mundial de participação das mulheres na Câmara dos Deputados é somente de 18,4%.[1] No Senado, é de 17,5% e considerando-se as duas casas combinadas é de 18,3%.[2] Em razão disso, a necessidade de superar a ínfima participação das mulheres nos espaços de decisão em geral e, especificamente, no âmbito parlamentar, recebe destaque na ação dos poderes públicos dirigida a tornar efetiva a igualdade de gênero. No Brasil, esse assunto constitui uma das prioridades do II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM).[3]

Considerando-se o mencionado contexto, as cotas eleitorais surgiram como medidas destinadas a facilitar o acesso das mulheres aos cargos públicos e, consequentemente, a combater a sub-representação feminina na política. As cotas adotadas por meio de lei podem consistir na reserva de um número ou de uma porcentagem de assentos parlamentares, ou na reserva de um número ou de uma porcentagem de vagas nas candidaturas eleitorais de cada partido.

Os países da América Latina[4] e da Europa[5] que adotaram cotas mediante lei preferiram o segundo tipo mencionado, ou seja: a previsão de reserva de uma porcentagem de vagas das candidaturas eleitorais dos partidos. Em alguns países, as leis que estabeleceram cotas em razão de sexo[6] foram levadas ao Tribunal Constitucional para a

---

* Graduada e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará/UFC. Doutoranda em Direitos Fundamentais na Universidade Autônoma de Madrid/UAM. ‹casfortaleza@hotmail.com› (A presente pesquisa obteve o apoio financeiro do programa Alban).

1 De acordo com os dados da Inter-Parlamentary Union (IPU). ‹http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm›.

2 No Brasil a porcentagem de mulheres na Câmara dos Deputados é de 9%, e, no Senado, de 12,3%. Assim, o País apresenta média bem abaixo da mundial, ocupando a lamentável 105ª posição da classificação mundial. Dados extraídos da Inter-Parlamentary Union (IPU). ‹http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm›.

3 A participação plena e igualitária da mulher nos espaços de poder e decisão constitui objeto do capítulo 5 do II PNPM (Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008).

4 Entre os países da América Latina que adotaram cotas mediante lei se encontram Argentina, Bolívia, Brasil, Costa Rica, Equador, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru e República Dominicana. Dados extraídos da base de dados internacional fornecida pelo International Institute for Democracy And Electoral Assistance (IDEA) em cooperação com a Universidade de Estocolmo. http://www.quotaproject.org/about.cfm.

5 Entre os países europeus que estabeleceram cotas mediante de lei, é possível mencionar Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Eslovênia, Espanha, França, Grécia, Itália, Macedônia, Portugal e Sérvia. (Fonte: http://www.quotaproject.org/about.cfm).

6 Neste trabalho, faz-se referência às cotas eleitorais por motivo de *sexo* pelo fato de este ser o critério objetivo utilizado pela legislação e pela jurisprudência para tratar do tema. É necessário ressaltar, porém, que, quando se faz menção a uma cota em função do sexo, torna-se

apreciação de sua constitucionalidade. Na França e na Itália, por exemplo, algumas iniciativas de adoção deste tipo de reserva de vagas resultaram frustradas em virtude da declaração de inconstitucionalidade por parte dos tribunais constitucionais respectivos.[7] Desta forma, na década de 2000 esses países reformaram sua Constituição para favorecer a declaração de constitucionalidade das cotas eleitorais legais. De fato, depois de tais reformas, os parlamentos dos Estados há pouco mencionados aprovaram leis consideradas legítimas pelos seus tribunais constitucionais.[8] Na Espanha, os dispositivos da Lei Orgânica 3/2007,[9] que estabeleceram cotas eleitorais, foram objeto de controle de constitucionalidade, havendo sido considerados constitucionais pelo Tribunal Constitucional (Sentença 12/2008, de 29 de janeiro). No Brasil, o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, ao dispor que as candidaturas para as eleições aos parlamentos nacionais e locais devem reservar um mínimo de 30% e um máximo de 70% para cada sexo, foi objeto de recurso de constitucionalidade, cujo julgamento ainda não foi concluído (ADI nº 3.986).

Como se pode observar, o tema das cotas eleitorais por motivo de sexo apresenta significativa repercussão jurídica, que necessita ser investigada de maneira aprofundada. Desta forma, torna-se possível identificar a influência jurídica relacionada com este assunto, de caráter interdisciplinar e de grande importância para a igualdade de gênero. O presente trabalho objetivou centrar-se nesta perspectiva, para discutir sobre os principais aspectos constitucionais relacionados com o tema.

---

imprescindível a compreensão do conceito de gênero, utilizado pelas teóricas do feminismo, como Kate Millet (1995), a partir dos anos 1970, e que passa a formar parte das políticas públicas nos anos noventa, principalmente após a IV Conferência Mundial de Mulheres de 1995. Esse conceito é entendido como a formação cultural que realiza uma sociedade com suporte nas diferenças biológicas. Mediante essa formação se atribuem, cultural e socialmente, capacidades, papéis sociais e atitudes diferenciadas para homens e mulheres em função do seu sexo. A desigualdade de gênero consiste no resultado de uma atribuição de papéis sociais injustamente desigual entre as pessoas dos sexos feminino e masculino, que prejudica a igualdade de oportunidades entre mulheres e homens nos diversos âmbitos sociais. (Fonte: ‹http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/2006_3_IS/BIBLIOTECA/MANUAL%20DE%20G%C9NERO223808.PDF›).

[7] O Conselho Constitucional francês invalidou um projeto de lei aprovado pela Assembleia Nacional que previa uma cota de 25% nas candidaturas dos partidos para as eleições municipais (Decisão n.82-146 DC, de 18 de novembro de 1982). A Corte Constitucional italiana declarou inconstitucional o art. 5.2 da Lei 81/1993, que estabelecia cota de um terço para candidatos do mesmo sexo nas listas de candidaturas para a eleição do Prefeito e do Conselho municipal nas cidades com população de até 15.000 habitantes (Sentença n.422, de 12 de setembro de 1995). Esta declaração de inconstitucionalidade foi estendida a vários outros preceitos de lei que também estabeleciam cotas eleitorais por motivo de sexo.

[8] O Conselho Constitucional francês declarou constitucional a lei 2000-493, de 6 de junho, que estabeleceu uma paridade entre homens e mulheres (uma cota de 50%) nas listas eleitorais para as eleições municipais, regionais, europeias e ao Senado (Decisão n. 2000-429 DC, de 30 de maio de 2000). A Corte Constitucional italiana considerou constitucional uma norma que regula a eleição do Conselho Regional do Valle d´Aosta, ao estabelecer que cada lista deve prever a presença de ambos sexos, o que pode ser interpretado como uma cota de um candidato de cada sexo nas listas de candidatura (Sentença n.49, de fevereiro de 2003).

[9] A Disposição adicional segunda da Lei Orgânica 3/2007 estabelece a presença mínima de 40% de cada sexo nas listas de candidatura para as eleições municipais, de deputados ao Congresso e ao Parlamento europeu e para membros das assembleias legislativas das comunidades autônomas.

Pretendeu-se identificar e analisar os mais destacados argumentos apresentados contra e a favor das cotas eleitorais, no que se refere aos direitos fundamentais. Esta parte da investigação se realizou, principalmente, com base na Sentença 49/2003, de 10 de fevereiro, da Corte Constitucional italiana, e da Sentença 12/2008, de 29 de janeiro, do Tribunal Constitucional espanhol, ambas sobre a constitucionalidade de certas medidas legais que estabeleceram cotas eleitorais nesses países. É importante ressaltar que os argumentos tratados pelas mencionadas sentenças contribuem para a discussão do tema numa perspectiva ampla, já que existem grandes semelhanças na teoria e jurisprudência relacionadas aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais dos diversos países democráticos. Por tal razão, este estudo apresenta um âmbito de interesse que alcança vários países, em especial o Brasil.

2. Os argumentos relativos aos direitos fundamentais

Entre os argumentos estabelecidos contra as cotas eleitorais se encontram aqueles referentes à suposta violação dos direitos fundamentais de sufrágio passivo, ativo, de liberdade ideológica, de expressão e de associação dos partidos políticos. Este trabalho analisou estas supostas vulnerações. Posteriormente, se abordará o tema de acordo com o principio da proporcionalidade, já que se trata de um método utilizado para aferir a legitimidade das medidas que afetam um ou mais direitos fundamentais.

3. O direito de sufrágio passivo e ativo

O direito de sufrágio passivo consiste no direito de ter acesso aos cargos públicos. Sobre a suposta violação deste direito, alude-se à Sentença 422/1995 (de 6 de setembro) da Corte Constitucional italiana, que considerou inconstitucional uma norma já mencionada neste trabalho,[10] estabelecendo que, nas listas de candidatura para as eleições municipais italianas, nenhum dos sexos poderia estar representado em medida superior a dois terços (66%). Nesta decisão, afirmou-se que tal medida incidia diretamente no conteúdo essencial do direito fundamental ao sufrágio passivo. Isto porque, segundo a interpretação da Corte italiana na dita sentença, o fato de a norma constitucional impor a igualdade de acesso aos cargos públicos eletivos acarreta a proibição da previsão do sexo como um requisito de elegibilidade (FJ 4). A norma referida consiste no primeiro parágrafo do art. 51 da Constituição italiana, que dispõe o seguinte: "todos os cidadãos de um e outro sexo poderão ter acesso aos cargos públicos e postos eletivos em condições de igualdade, segundo os requisitos estabelecidos pela

[10] Lei n. 81/1993, art. 5, parágrafo 1º (modalidade de eleição do prefeito e do Conselho Municipal nos municípios com população de até 15.000 habitantes).

lei".[11] Assim, a sentença considera que "em tema de direito ao sufrágio passivo, a regra irrevogável estabelecida pelo próprio Constituinte, no primeiro parágrafo do art. 51, é aquela da absoluta igualdade, daí que toda diferenciação em virtude de sexo resulta objetivamente discriminatória, diminuindo para alguns cidadãos o conteúdo concreto de um direito fundamental em favor de outros, pertencentes ao grupo que se mantém em desvantagem" (FJ 6).

Primeiramente, observa-se que a Corte Constitucional italiana apresenta nesta sentença uma interpretação semelhante à adotada na primeira etapa da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol; ou seja, uma interpretação formalista e rígida do princípio de igualdade e não-discriminação em razão de sexo, que leva ao entendimento de que qualquer uso deste critério estaria proibido inexoravelmente. Como destaca Ballestrero (1996, p. 106), a discriminação histórica por motivos de sexo se configurou, mediante esse entendimento, como rígido princípio de igualdade formal, que obriga a fazer abstração das características diferenciadoras e a negar legitimidade à consideração de alguns elementos que diferenciam os indivíduos, como é o caso do sexo. Neste sentido, a autora (1996, p. 108) ressalta que a Corte Maior italiana "considera a todos os candidatos pessoas sem sexo, e o sexo dos candidatos um acidente que não pode nem deve ter relevância". Em razão disso, a Corte Constitucional italiana não analisa com profundidade por qual motivo entende que a garantia de representação mínima para cada sexo faz diminuir para alguns cidadãos o conteúdo concreto do direito fundamental ao sufrágio passivo, já que a previsão da norma nem ao menos adota um tratamento desigual do ponto de vista formal.

Os argumentos apresentados pela Corte italiana na sentença 422/1995 podem ser contrastados com os fundamentos alegados pela mesma Corte na sentença 49/2003 (de 10 de fevereiro), referida à constitucionalidade da *legge regionalle Del Valle d'Aosta* de 2002, que prevê a obrigação de incluir postulantes de ambos os sexos nas listas de candidaturas para as eleições regionais. O Tribunal Constitucional espanhol adota na sentença 12/2008 vários argumentos similares aos expostos pela Corte italiana na sentença 49/2003, motivo pelo qual alguns arrazoamentos podem ser apresentados conjuntamente.

Na mencionada decisão 49/2003, a Corte Máxima italiana admite que a norma respeita a igualdade entre os sexos, tanto porque a lei se refere indiferentemente aos candidatos de ambos os sexos, quanto porque dela não se deduz nenhum tratamento diverso em razão do sexo dos candidatos (FJ 3.2).[12]

Por outra parte, a sentença da Corte italiana estabelece que, na seleção dos políticos para compor as listas, não se realiza nenhum método de concurso, em virtude do qual um sujeito não incluído na lista possa alegar que sua posição jurídica foi sacrificada em favor de outro sujeito que tenha sido incluído (FJ 3.1). Afirma-se, pelo contrário, que a formação das listas está submetida à liberdade de configuração de quem as

[11] Por meio do art. 1 da *Legge Constituzionale* de 30 de maio de 2003, acrescentou-se ao primeiro parágrafo do art. 51 da Constituição o seguinte: "Para tal fim a República promove com disposições apropriadas a igualdade de oportunidades entre mulheres e homens".

[12] Ver, no mesmo sentido, a sentença 12/2008 do Tribunal Constitucional espanhol (FJ 5).

apresenta e dos próprios candidatos em aceitar a candidatura, motivo pelo qual nem ao menos se pode falar de uma incidência sobre um hipotético direito dos aspirantes a candidatos a ser incluídos na lista.[13] Isto ocorre porque qualquer candidato deve obter o apoio de um partido político que o integre em sua candidatura (Rodríguez Díaz, 1990, p. 106), pois se confia aos partidos políticos a concreção dos elegíveis (Bastida, 1980). Em razão destes argumentos, conclui-se que a liberdade de candidatar-se, como direito individual, não existe, pois para ser candidato o postulante deve cumprir os requisitos legais e ser apresentado pelas formações políticas (Trujillo, 2000, p. 381).

Na sentença 49/2003, a Corte italiana entende que as disposições impugnadas não consideram a pertença a um ou a outro sexo como mais um requisito de elegibilidade dos indivíduos e que a obrigação imposta por lei e a consequente sanção de invalidação concerne unicamente à lista e aos sujeitos que a apresentam (FJ 3.1). O Tribunal Constitucional espanhol adota fundamentação similar, acrescentando que a norma se refere aos partidos políticos, que não se constituem sujeitos dos direitos de sufrágio ativo nem passivo (Sentença 12/2008, FJ 3).

O direito de sufrágio ativo consiste no direito de participar da vida política, diretamente ou por meio da livre eleição dos representantes. Argumenta-se que a obrigação de incluir nas listas uma porcentagem mínima para cada sexo restringe a liberdade dos eleitores e que, por isso, viola o direito de sufrágio ativo.

A liberdade dos eleitores não é absoluta e, por isso, somente se pode exercer o direito ao voto dentro das possibilidades permitidas pelo ordenamento jurídico. Os cidadãos não possuem direito a uma concreta composição das listas eleitorais, pois, como assevera a Sentença 12/2008 do Tribunal Constitucional espanhol, da mesma maneira que do direito de sufrágio passivo não se pode deduzir a exigência de um determinado sistema eleitoral, do direito de sufrágio ativo não se pode derivar um direito subjetivo dos cidadãos a uma concreta composição das listas eleitorais (FJ 9).

Além disso, é necessário destacar, as normas que estabelecem cotas eleitorais em benefício do equilíbrio entre os sexos nos países europeus e latino-americanos não reservam, diretamente e com independência da eleição, uma porcentagem de vagas no Parlamento, e sim reservam uma porcentagem de vagas nas candidaturas eleitorais (Ruiz Miguel, 2003, p. 299). Por isto, como dispõe a Corte Constitucional italiana, a limitação da norma ocorre somente na fase anterior à verdadeira e própria competição eleitoral, e não incide sobre esta (Sentença 49/2003, FJ 3.1). Assim, consoante Ballestrero (1996, p. 105) e na linha do que foi afirmado também pelo Tribunal Constitucional espanhol (FJ 9), garantir o acesso às listas eleitorais significa unicamente promover igualdade de oportunidades de acesso aos cargos eletivos. Além disso, não há nada na previsão normativa de cotas eleitorais que altere a correlação entre a vontade do corpo eleitoral e a proclamação dos candidatos eleitos (Sentença 12/2008, FJ 9).

Também é oportuno mencionar a alegação de alguns autores, para quem as cotas eleitorais violam o princípio da indivisibilidade do corpo eleitoral, ao dividi-lo em

[13] No mesmo sentido se pronuncia o Tribunal Constitucional espanhol (Sentença 12/2008, FJ 9).

duas categorias: homens e mulheres. (Favoreu, 1997, p. 24). Não obstante, a existência de cotas eleitorais não implica a divisão do corpo eleitoral em duas categorias separadas, de tal forma que a mulher e o homem votem somente em representantes do seu mesmo sexo e sejam destinados a defender interesses de seu grupo, sem levar em consideração a defesa do interesse de todos os cidadãos (Martínez Alarcón, 2007, p. 180). Sobre isso, o Tribunal Constitucional espanhol afirmou, na Sentença 12/2008, que as cotas eleitorais para cada sexo "não pressupõem a criação de vínculos especiais entre eleitores e elegíveis, nem a divisão do corpo eleitoral em função do sexo" (FJ10). A importância da participação de um número razoável de mulheres no processo político deliberativo consiste no fato de que uma presença mais equilibrada de mulheres e homens pode servir para enriquecer a deliberação política e, com isso, conseguir decisões políticas mais justas para todos (Ruiz Miguel, 2003, p. 301).

Mediante os argumentos expostos, conclui-se que as cotas eleitorais não vulneram o conteúdo essencial do direito fundamental de sufrágio ativo ou passivo nem o princípio de indivisibilidade do corpo eleitoral.

4. O direito de associação e a liberdade ideológica e de expressão

O Tribunal Constitucional espanhol identificou as seguintes dimensões do direito fundamental de associação: "liberdade de criação de associações e de adesão às já criadas; liberdade de não associar-se e de deixar de pertencer às mesmas; liberdade de organização e funcionamento internos e sem interferências públicas; e, como dimensão *inter privatos*, garantia de um conjunto de faculdades aos associados individualmente considerados frente às associações às quais pertencem". A Corte Máxima espanhola entende que as cotas eleitorais de equilíbrio entre os sexos não se referem a nenhuma destas dimensões (Sentença 12/2008, FJ 5).

Dessa forma, de acordo com o Tribunal Constitucional espanhol, a elaboração de candidaturas não interfere na vida interna ordinária dos partidos, de maneira que a norma impugnada não vulnera a dimensão relativa à liberdade de organização e funcionamento interior das agremiações partidárias. Em conformidade com a interpretação da Corte espanhola, a norma se refere exclusivamente à liberdade de atuação externa dos partidos, que não compõe o direito fundamental de associação (Sentença 12/2008, FJ 5). Considera-se, entretanto, que limitar a liberdade de configuração das listas de candidaturas implica confinar, em certa medida, a liberdade de funcionamento interno dos partidos, pois tal restrição impede que estes tenham total autonomia na seleção interna das pessoas que tencionam pôr no rol e na proporção de homens e mulheres que pretendam incluir na lista. Desta maneira, mostra-se necessário verificar se esta limitação atende ao princípio da proporcionalidade. Isto será analisado posteriormente, já que, primeiro, é imprescindível determinar se a norma limita também o direito fundamental à liberdade ideológica e de expressão.

No que se refere à mencionada liberdade ideológica, parte da doutrina considera que, impondo cotas aos partidos políticos na configuração das listas eleitorais, a lei melindra a liberdade destas organizações para concretizar seus fins e objetivos. A justificativa desse posicionamento consiste em que, por uma parte, nem todas estas associações devem estar obrigadas a ter como ideário político a finalidade de promover a igualdade entre mulheres e homens, e, por outra parte, e ainda tendo como objetivo promover esta igualdade, poderiam preferir outras vias de promoção diferentes da cota eleitoral (Martínez Alarcón, 2007, p. 195).

Sobre esse tema, o Tribunal Constitucional espanhol considera que a exigência de que as formações políticas aspirantes à participação nos processos eleitorais devam incluir necessariamente candidatos de ambos os sexos em determinada proporção não implica a obrigação de que essas mesmas formações políticas participem dos valores sobre os quais se sustenta a denominada democracia paritária (Sentença 12/2008, FJ 6). Portanto, a Corte Máxima espanhola entende que a norma impugnada não impede as formações políticas de defenderem postulados passíveis de ser rotulados de machistas ou feministas; exige é que, quando pretendam defender estas teses no âmbito do acesso aos cargos públicos, atuem partindo de listas de candidaturas nas que se integram pessoas de um e outro sexo (FJ 6). Desta forma, o Tribunal Constitucional espanhol entende que a exigência de equilíbrio entre os sexos nas candidaturas eleitorais dos partidos não afeta a liberdade ideológica e de expressão dos partidos políticos.

Apesar do exposto pelo mencionado Tribunal, deve-se afirmar que parece contraditório, ao menos na primeira análise, que um partido político defensor, por exemplo, da tradicional divisão de tarefas sociais entre o homem (esfera pública) e a mulher (esfera privada), tenha de incluir mulheres em sua candidatura. Neste sentido, alega-se que certas ideologias podem impedir o partido ou agrupação de eleitores de lograr compor listas paritárias, ocasionando a impossibilidade de participar do processo eleitoral e violando, portanto, a ideia de uma democracia pluralista (Rey Martínez, 2007, p. 74).

É importante observar que a liberdade ideológica apresenta um caráter bidimensional, já que está integrada por uma dimensão interna e outra externa. A dimensão interna pode ser comparada à liberdade de pensamento, de adotar um sistema próprio de crenças e valores, enquanto a dimensão externa consiste na liberdade de expressar as próprias ideias e de atuar em conformidade com elas (Fernández Segado, 2002, p. 295).

A norma impugnada certamente não afeta a liberdade ideológica dos partidos em sua dimensão interna, já que eles continuam com o direito de adotar os próprios sistemas de valores. Além disso, não se crê que reste afetada a liberdade de expressão, considerada como a dimensão externa fundamental e mais comum da liberdade ideológica (Rollert Liern, 2002, p. 173), já que o Tribunal Constitucional espanhol tem razão quando assevera que a imposição das cotas eleitorais de equilíbrio entre os sexos não impede que os partidos defendam e manifestem sua ideologia sobre a relação de igualdade/desigualdade/diferença entre mulheres e homens. Isto porque estas organizações permanecem com o direito de expressar e difundir livremente seus pensamentos, ideias e opiniões por qualquer meio de reprodução.

Não obstante, os partidos adotantes de certas ideologias não podem atuar em conformidade com estas no momento da composição das listas, uma vez que não é possível elaborar candidaturas unissexuadas. Portanto, pode considerar-se que a norma afeta a liberdade ideológica em sua dimensão externa e em seu sentido instrumental, ou seja: no sentido de servir de instrumento para que se possa agir de acordo com determinada ideologia.

Verificou-se, portanto, que a norma que estabelece cotas eleitorais por motivo de sexo nas candidaturas dos partidos não afeta o sufrágio ativo ou passivo. Observou-se, entretanto, que a norma afeta o direito de associação e a liberdade ideológica. Dessa forma, resta averiguar se a limitação a estes direitos atende ao princípio de proporcionalidade.

5. O princípio da proporcionalidade

O teste de proporcionalidade, concebido com estribo no Direito Constitucional alemão, identifica três subprincípios: idoneidade (adequação ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. O critério de idoneidade requer que a medida seja adequada para conseguir sua finalidade (Guerra Filho, 2003, p. 270). Esse critério pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre a medida objeto de controle e a finalidade pretendida; por isso, obriga a excluir aquelas medidas que não estejam aptas a conseguir a pretendida finalidade. No contexto deste requisito, indica-se que o legislador está legitimado e obrigado a experimentar soluções legislativas que busquem atender a certa(s) finalidade(s). Além disso, afirma-se que, como o requisito de idoneidade se projeta algumas vezes sobre prognósticos do legislador, em relação a alcançar determinado objetivo por meio de certa medida, deve aceitar-se determinada margem de erro por parte deste e levar em consideração o fator tempo para analisar as consequências da medida (González Beilfuss, 2003, p. 52). Por estas razões, considera-se que para o princípio de idoneidade importa é que o meio adotado não seja, *a priori* e com base em qualquer ponto de vista, absolutamente incapaz ou inidôneo. Assim, por menor que seja a restrição da liberdade, se esta resulta manifestamente inútil, torna-se absurda e carece de sentido num Estado de Direito (Barnes Vázquez, 1998, p. 25).

Em relação à norma que estabelece cotas eleitorais para cada sexo, é possível identificar-se como finalidade lograr mais igualdade entre mulheres e homens no acesso às candidaturas eleitorais e, portanto, no alcance dos cargos públicos e na participação política de um modo geral. A imposição normativa de determinada cota para cada sexo no acesso às candidaturas resulta, *a priori*, uma medida adequada para alcançar o mencionado objetivo, já que existe relação entre este e a medida adotada (Martínez Alarcón, 2007, p. 207).

Diversas experiências indicam que as cotas eleitorais são um mecanismo eficaz para alcançar mais igualdade no âmbito político.[14] É verdade que a maior ou menor eficácia

[14] Como exemplo, pode-se mencionar a exitosa experiência de aplicação das cotas eleitorais nos partidos políticos dos países nórdicos. Também é possível citar, entre outras experiências europeias, o caso da Espanha, uma vez que a adoção de cotas eleitorais pelos partidos políticos

das cotas num determinado país depende tanto de características específicas da legislação como de um conjunto de fatores multicausais, entre os quais se pode incluir o sistema eleitoral adotado (Araújo e Alves, 2007, p. 537). No caso do Brasil, há alguns fatores apontados como possíveis responsáveis pelo baixo impacto das cotas para o aumento da participação parlamentar feminina.[15]

Estes fatores apontam para a necessidade de que as leis estabeleçam cotas que regulem mecanismos de sanção e controle de sua eficácia. Isto não significa, entretanto, as cotas eleitorais estabelecidas por lei serem, *a priori*, um meio manifestamente inútil ou inadequado para alcançar a finalidade buscada. Em razão disso, a previsão de cotas por meio de lei supera o juízo de idoneidade, sem que seja necessário indagar se consiste no mecanismo mais útil para conseguir o resultado pretendido (Martínez Alarcón, 2007, p. 207).

Superada a análise da idoneidade, passa-se à avaliação da necessidade ou exigibilidade. "O meio é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental".[16] Neste sentido, alguns autores argumentam que as cotas eleitorais não observam o requisito da necessidade, pois defendem a ideia da existência de medidas menos limitativas passíveis de resultar igualmente eficazes como, por exemplo, a aplicação voluntária das cotas pelos partidos políticos ou as medidas de incentivo a sua implantação voluntária pelos partidos[17] (Rey Martínez, 2007, p. 74).

Embora estas medidas também possam contribuir para conseguir a finalidade buscada pelas cotas eleitorais estabelecidas por lei, elas não oferecem obrigatoriamente o mesmo grau de eficácia para alcançar o objetivo pretendido, em razão de permitir que os partidos optem por cumprir as cotas ou não.[18]

Deve-se ressaltar, também, que a decisão sobre a necessidade da medida compete principalmente ao legislador, motivo pelo qual a adoção de um controle severo deste requisito poderia anular sua liberdade de decisão política (Medina Guerrero, 1998,

---

espanhóis é considerada um fator importante para o aumento da porcentagem de mulheres na representação política espanhola (URIARTE, 1999, p. 66). Na América Latina, é oportuno destacar a Argentina, que desde 1991 aplica cotas por meio de lei, o que ocasionou o aumento significativo da proporção de mulheres no Parlamento.

[15] Como exemplo, menciona-se o tipo de lista aberta adotada pelo sistema brasileiro. Além disso, no que se refere à legislação, é necessário ressaltar que a Lei 9.504/97 aumentou em 50% o número de candidatos que podem concorrer, ao dispor que um partido pode lançar até 150% de candidatos para a totalidade das vagas disputadas. Com isso, torna-se mais difícil o preenchimento das vagas e abre-se espaço para que não haja um deslocamento de postulantes homens, em favor da inclusão de mulheres, causando pouco impacto em relação às chances destas. Além disso, a mencionada legislação de 1997 não prevê sanção para o partido que não preenche as cotas para cada sexo nas listas de candidatura (Araújo, 2001, p. 246 e 247).

[16] BVerfGE, 30, 292 (316), citada em Guerra Filho (1989, p. 87).

[17] Afirma-se, por exemplo, que poderiam ser beneficiadas as associações políticas que adotarem cotas com um aumento do tempo de que dispõem gratuitamente nos meios de comunicação para as campanhas eleitorais.

[18] No caso do Brasil, para que esta afirmação possa adquirir maior peso, torna-se imprescindível a alteração da lei para que se imponha uma sanção aos partidos que não cumpram as cotas.

p. 132). Nesse sentido, a Sentença 55/1996 (de 28 de março) do Tribunal Constitucional espanhol considera que somente "no caso de resultar evidente a manifesta suficiência de um meio alternativo menos restritivo dos direitos para a realização igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador, poderia proceder-se à expulsão da norma do ordenamento" (FJ 8). Assim, por não entender que as outras opções menos gravosas do que a discutida sejam, de modo manifesto, igualmente eficazes para conseguir a finalidade pretendida, considera-se que a opção do legislador pelas cotas eleitorais estabelecidas por lei supera a avaliação da necessidade da medida.

A seguir, procede-se à análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou no da ponderação, a qual busca determinar se a medida legislativa é proporcional pelo fato de serem dela derivados mais benefícios e vantagens do que prejuízos sobre outros bens ou valores em conflito (Guerra Filho, 1989, p. 75). Nesse âmbito, encontra-se presente a ideia de equilíbrio entre o meio restritivo e a finalidade perseguida, de modo que se busca verificar se a medida é excessiva, levando-se em consideração a importância do objetivo pretendido (González Beilfuss, 2003, p. 133 e 134).

Nesse sentido, é importante destacar a "lei da ponderação", mencionada por Alexy (1997, p. 161), de acordo com a qual "a medida permitida de não satisfação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro". Assim, nessa fase é necessário formular argumentos sobre o grau de cumprimento de determinado(s) princípio(s) e sobre o grau de prejuízo do(s) outro(s) (Rodríguez de Santiago, 2000, p. 61). Dessa forma, a estrutura do subprincípio de proporcionalidade em sentido estrito se baseia principalmente em exigências de fundamentação, razão pela qual esta análise se apresenta mais aberta que a referente aos outros requisitos mencionados (González Beilfuss, p. 133 e 135).

Considera-se que a norma que estabelece cotas eleitorais para cada sexo nas listas de candidatura atende à proporcionalidade em sentido estrito. Em primeiro lugar, porque a limitação ao direito de associação e de liberdade ideológica é específica e de alcance restrito. Como se observou, a norma impugnada não afeta a dimensão interna da liberdade ideológica, nem a liberdade de expressão considerada como a dimensão externa fundamental e mais comum da liberdade ideológica. Resulta afetada, unicamente, a dimensão externa da liberdade ideológica em seu sentido instrumental. No caso do direito de associação, a norma limita a liberdade de organização e funcionamento interno dos partidos, mas somente no que se refere à seleção e formação das candidaturas.

Em segundo lugar, é necessário destacar a dupla condição dos partidos políticos, pois, como assinala Canotilho (1993, p. 275), trata-se de associações privadas com funções constitucionais. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol assevera que estas entidades transcendem sua posição de meras associações privadas, uma vez que são associações qualificadas pela relevância constitucional de suas funções, pois constituem instrumentos fundamentais para a participação política (Sentença 48/2003, de 12 de março, FJ 5). Essa relevância constitucional também foi destacada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao considerar que os partidos exprimem "um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o

Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado" (ADI-MC 1096/RS, de 16 de março de 1995). Além disso, pode-se ressaltar que a seleção de candidaturas consiste numa das funções primordiais dos partidos políticos no processo eleitoral, apresentando, assim, relevância externa para a democracia.[19]

Desta forma, o fato de os partidos apresentarem funções de relevância constitucional conduz à legitimidade da existência de uma regulação jurídica específica para eles (García Roca,1999, p. 149). Além disso, tal importância constitucional também legitima o fato de tais entidades serem utilizadas como veículo para buscar a efetivação de um princípio tão fundamental no ordenamento constitucional, como é o caso da igualdade (Tribunal Constitucional espanhol – Sentença 12/2008, FJ 5). Portanto, o que torna razoável a limitação do legislador às liberdades ideológica e de associação consiste, por um lado, na condição constitucional de instrumento de participação política apresentada pelos partidos. De outra parte, tal limitação se legitima na finalidade de que a participação política seja exercida em conformidade com o mandamento constitucional de igualdade efetiva.

É conveniente destacar a ideia de que preservar o valor constitucional de igualdade entre homens e mulheres no acesso aos cargos públicos é mais importante do que conferir aos partidos liberdade absoluta no momento da configuração das listas. Como assegura o Tribunal Constitucional espanhol, a liberdade ideológica não pode ser exercida com total abstração do mandamento constitucional de igualdade formal e material. Assim, o sacrifício que as cotas eleitorais produzem para a liberdade ideológica e de associação dos partidos políticos não é excessivo, levando-se em consideração o alcance restrito da limitação e a importância do bem jurídico que se busca proteger. Dessa maneira, constata-se, a norma que estabelece cotas para cada sexo nas candidaturas eleitorais obedece à "lei da ponderação", pois consiste numa medida proporcional entre o grau de afetação dos direitos fundamentais de associação/liberdade ideológica e o grau de importância da satisfação do direito de igualdade efetiva no acesso aos cargos públicos. Portanto, segue-se a linha de argumentação do Tribunal Constitucional espanhol, ao considerar que "essa restrição à liberdade do partido resulta perfeitamente constitucional por legítima, por razoavelmente instrumentada e por não lesiva ao exercício dos direitos fundamentais" (Sentença 12/2008, FJ5).

6. Conclusões

Após as reflexões procedidas, torna-se possível apresentar algumas conclusões. Acerca da delimitação conceitual das cotas eleitorais, constatou-se que a medida não se enquadra no conceito da discriminação inversa ou positiva, mas pode ser enquadrada no conceito genérico de ação positiva.

[19] De acordo com Schattschneider (1964, p. 89), a designação de candidatos é a atividade mais importante do partido e consiste na "nota característica do partido moderno".

A análise da evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol sobre o interdito da discriminação por motivo de sexo demonstrou que a maneira como se interpreta a igualdade condiciona a avaliação da legitimidade de qualquer medida referente ao sexo pretendente a alcançar a igualdade efetiva. Observou-se que a interpretação não formalista do princípio de igualdade estabelece vínculo de complemento e integração entre os princípios de igualdade formal e material. Neste caso, as desigualdades passam a ser consideradas relevantes no momento de avaliar a legitimidade das medidas referentes ao sexo que buscam estabelecer a igualdade efetiva, como é o caso das cotas eleitorais. Assim, levando-se em consideração esta interpretação e a constatação de que a norma relativa à reserva eleitoral pretende alcançar a igualdade substancial entre os sexos no âmbito da representação política, conclui-se que a lei que estabelece cotas eleitorais está em conformidade com o princípio de igualdade.

Posteriormente, foram analisados os argumentos referentes aos direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade, tendo-se observado que as leis que estabelecem cotas eleitorais, apesar de não restringirem o direito fundamental de sufrágio passivo ou ativo, limitam a liberdade ideológica/de associação dos partidos. Tais limitações são consideradas proporcionais porque são específicas e de alcance restrito. Além disso, constatou-se que os partidos constituem associações qualificadas pela relevância constitucional de suas funções, porquanto são instrumento fundamental para a participação política. Por isso, é importante atenderem aos preceitos constitucionais, entre os quais se destacam a igualdade formal e material. Portanto, considera-se legítimo servir-se deles para buscar concretizar a igualdade efetiva no âmbito da participação política.

Por outro lado, considera-se que preservar o mandamento constitucional de igualdade entre homens e mulheres é mais importante do que conferir liberdade absoluta aos partidos no momento de configuração das candidaturas e possibilitar que eles não concedam igualdade de oportunidades às mulheres e aos homens em relação à participação nas listas. Assim, entende-se que o sacrifício imposto pelas cotas eleitorais à liberdade ideológica/ de associação dos partidos não é excessivo, levando-se em consideração o alcance restrito da limitação e a importância do bem jurídico que se busca proteger.

Diante das considerações expostas no presente trabalho, conclui-se que o estabelecimento de cotas eleitorais, mediante lei, para cada sexo apresenta conformidade com o princípio de igualdade e possibilita o exercício dos direitos fundamentais no âmbito da proporcionalidade.

Referências bibliográficas

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Araújo, Clara, "Potencialidades e limites da política de cotas no Brasil", *Revista Estudos Feministas*, vol.9, n. 1, 2001, pp. 231-252.

Araújo, Clara, e ALVES, José Eustáquio Diniz. "Impactos de indicadores sociais e do sistema eleitoral sobre as chances das mulheres nas eleições e suas interações com as cotas". *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 3, 2007, pp. 535-577.

Ballestrero, Maria Vittoria. "Acciones positivas: Punto y aparte". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996, pp. 91-109.

Barnes Vázquez, Javier. "El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar". *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, setembro-dezembro 1998, pp. 15-50.

Bastida, Francisco. *Lecciones de derecho constitucional*, Oviedo: Guiastur, 1980.

Camps, Victoria. "Prólogo". In: Lorente, Miguel. *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: Realidades y mitos*. Barcelona: Ares y Mares, 2003, pp. 11-15.

— *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

Favoreu, Louis. "Principio de igualdad y representación política de las mujeres". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 50, maio-agosto 1997, pp. 13-28.

Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*, Madri: Dykinson, 2002.

García Roca, Javier. "*Cargos públicos representativos*: Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución". Madri: Aranzadi, 1999.

Giménez Gluck, David. *Una manifestación polémica del principio de igualdad:* Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valença: Tirant lo Blanch, 1999.

González Beilfuss, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi, 2003.

Guerra Filho, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional*. Fortaleza/UFC: Imprensa Universitária, 1989.

— "Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito". In: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 268-283.

Martínez Alarcón, María Luz. *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*. Madri: Congreso de los Diputados, 2007.

Medina Guerrero, Manuel. "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Publico*, n. 5, 1998, pp. 119-142.

Millet, Kate. *Política sexual*. Madri: Ediciones Cátedra, 1995.

Rey Martínez, Fernando. "La presentación equilibrada en los partidos políticos". *Aequalitas:* Revista jurídica para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, n. 20, 2007, pp. 69-74.

Rodríguez de Santiago, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000.

Rodríguez Díaz, Ángel. "El Estado de partidos y algunas cuestiones de Derecho electoral". *Revista de Derecho Político*, n. 31, 1990, pp. 89-122.

Rollert Liern, Göran. *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Ruiz Miguel, Alfonso. "La representación democrática de las mujeres". In: Carbonell, Miguel (comp.). *El principio constitucional de igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 283-314.

Schattschneider, E. E. *Régimen de partidos*. Madri: Tecnos, 1964.

Trujillo, María Antonia, "Paridad política", en AA.VV. *Mujer y Constitución en España*, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 355-383.

Uriarte, Edurne. "Análisis de la infrarrepresentación política de las mujeres y mecanismos correctores existentes en los diferentes partidos políticos". In: Ruiz, Paloma Saavedra (comp.). *Hacia una democracia paritaria*: Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes. Madri: Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 1999, pp. 63-66.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 255-271, ISSN 1510-4974

Leonardo Martins (Brasil)*

Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo

RESUMO

Igualdade e liberdade como direitos fundamentais tendem a agravar os problemas decorrentes do ativismo judicial, quando não se realiza um esforço de compreensão de tais direitos como normas jurídicas vinculantes, mas, ao contrário, se realiza um debate inócuo em torno da competência da corte suprema ou constitucional positivada na Constituição para a realização do controle de constitucionalidade. Entre os extremos do ativismo judicial, como resposta a omissões legislativas inconstitucionais, e *"self-restraint"*, como abdicação inconstitucional da competência para o controle, o presente artigo propõe uma investigação minuciosa dos parâmetros constitucionais dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade tendo em vista o que o titular do respectivo direito pode fazer valer contra o Estado, dos limites constitucionais de tais direitos e do modo de justificação da imposição dos limites que há de atender em cada caso ao critério da proporcionalidade. O resultado é o estabelecimento dos limites de racionalidade do instrumentário jurídico.

Palavras-chave: direitos fundamentais, tribunais constitucionais, competência de tribunais, controle de constitucionalidade, princípio de proporcionalidade, Constituição política, jurisprudência comentada, Alemanha, Brasil.

ZUSAMMENFASSUNG

Gleichheit und Freiheit können als Grundrechte die laufenden Probleme der Tätigkeit der Justiz tendenziell verschärfen, wenn nicht der Versuch unternommen wird, diese Rechte als verbindliche Rechtsnormen zu verstehen. Andernfalls ergibt sich eine nutzlose Debatte um die Zuständigkeit des obersten oder Verfassungsgerichts zur Durchführung der Kontrolle der Verfassungskonformität, wie sie in der Verfassung festgelegt ist. Zwischen den Polen des gerichtlichen Eingreifens infolge von verfassungswidrigen Unterlassungen des Gesetzgebers und dem *"self-restraint"* als nicht verfassungsgemäßer Aufgabe der Kontrollkompetenz schlägt die vorliegende Arbeit eine eingehende Untersuchung der Verfassungsmaßstäbe für die Grundrechte auf Freiheit und Gleichheit vor, wobei zu berücksichtigen ist,

* Mestre (LL.M.) e Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin. Pós-doutorado pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universität Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - economia e direito da comunicação social da Universität Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

was der Träger des Rechtsguts gegenüber dem Staat geltend machen kann, welche verfassungsmäßigen Grenzen diesen Rechten gezogen sind und wie die Festlegung von Grenzen, die in jedem Fall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu folgen hat, begründet wird. Das Ergebnis ist die Festlegung der Grenzen der Zweckdienlichkeit des juristischen Instrumentariums.

Schlagwörter: Grundrechte, Verfassungsgerichte, Kompetenz der Gerichte, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verfassung, kommentierte Rechtsprechung, Deutschland, Brasilien.

ABSTRACT

Equality and freedom as basic rights tend to aggravate the problems of court activism when there is no effort to understand such rights as binding legal rules; instead, an innocuous debate is held about the jurisdiction of the supreme or constitutional court commissioned by the Constitution to carry out judicial review. Between the two extremes of judicial activism, as a response to unconstitutional legislative omissions and self-restraint as an unconstitutional abdication of power, this paper presents detailed research on the constitutional parameters of the fundamental rights of freedom and equality. The research takes into account the rights of the holders of these rights to enforce them against the state, the constitutional limits of such rights, and justification of these limitations considered from the point of view of proportionality criteria. The result is the establishment of rational limits of juridical tools.

Keywords: fundamental rights, constitutional courts, court jurisdiction, constitutionality control, proportionality principle, political Constitution, annotated jurisprudence, Germany, Brazil.

1. Introdução: Tendências da discussão em torno da legitimação de cortes constitucionais, ativismo judicial e *self-restraint*

Muito mais do que a parte organizacional das constituições é a parte relativa aos direitos fundamentais que suscita os maiores problemas em termos de limitação de competências da corte constitucional em face da competência do Legislativo para, com base democrática, indicar os rumos de uma sociedade. O ativismo judicial – que no Brasil por uns é saudado[1] tendo em vista omissões dos poderes legislativo e executivo, e por outros é visto com no mínimo ceticismo[2] ou como intromissão indevida, se não inconstitucional, na esfera de competência das instâncias eminentemente políticas – tem cada vez mais conjuntura.

Há uma problemática tendência a se identificar diagnósticos opostos como estes com certas teorias dos direitos fundamentais também com premissas muito divergentes entre si, como são a teoria liberal, de um lado, e as teorias social-democrata,

[1] Cfr., por exemplo, Binenbojm, 2004: 246, para quem o exercício da jurisdição constitucional se aproxima do ideal de uma efetiva democracia, na medida em que mesmo decisões contramajoritárias podem ser consideradas democráticas. Mais diferenciado, reconhecendo alguns problemas e distinguindo com propriedade entre judicialização decorrente do sistema normativo constitucional e ativismo como engajamento excessivo de juízes, manifesta-se Barroso, 2009: "o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema".

[2] Cfr. por exemplo: Vieira, 2008.

institucionalista e principiológica, de outro. Nos casos extremos, chega-se a uma espécie de "trincheirização" das teorias que acabam por refletir o posicionamento político-ideológico de seus adeptos, no embate entre auto-entendimentos classificados nas costumeiras categorias conservador X progressista, (neo)liberal X social democrata, esquerda X direita.

Ao par de tais classificações, absolutamente improdutivas, está o dilema da obrigação de uma corte, de controlar os atos do legislador com base em parâmetros constitucionais dotados de pouca "densidade normativa" como são os parâmetros das normas definidoras dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais matrizes à liberdade e à igualdade, sem que, em contrapartida, outra instância de poder político ou estatal o controle. Com efeito, o sistema de freios e contrapesos, arraigado há dois séculos nos sistemas político-constitucionais ocidentais, encontra neste ponto seus limites, pois não há quem controle o controlador no que tange ao exame de constitucionalidade de leis e atos do poder público em geral, incluindo decisões judiciais das instâncias específicas.[3] No extremo oposto, também um *self-restraint* exacerbado pode significar abdicação irresponsável de competência de controle.

A presente explanação visa a demonstrar que o referido dilema pode ser evitado quando há um esforço maior da corte, da pesquisa e da literatura jurídicas, que devem acompanhá-lo criticamente, para se interpretar as normas de direito fundamental de maneira jurídico-dogmaticamente correta. Há muito ultrapassado está o discurso de que as normas de direito fundamental representam meros programas e diretrizes que devem nortear a ação do Estado, tendo por consequência uma mera esperança de que o legislador as regulamentará, criando as condições jurídicas e materiais (organização e procedimento) para o exercício de cada direito.[4] Assim, necessário é partir das normas constitucionais vinculantes, identificar seus alcances e limites normativos para se evitar a redução ou degradação de direitos fundamentais à categoria de "programas", como se correspondessem a uma simples agenda política não vinculante.

Na contramão deste objetivo, promover uma discussão incessante em torno da legitimidade de cortes constitucionais representa um equívoco ou pelo menos um erro estratégico, pois o trabalho especificamente jurídico-constitucional acaba por

---

[3] As chamadas, na literatura jurídica alemã, *Fachgerichte*. Neste caso, o problema não se coloca como invasão de uma função estatal em outra, principalmente no sistema difuso do controle normativo, mas é de natureza orgânico-judiciária. Porém, a falta de clareza sobre a partir de que ponto o juiz natural constitucional pode ser chamado também gera instabilidade, enfraquecendo a força normativa da Constituição, além de comprometer a capacidade funcional de uma corte suprema na medida em que uma constitucionalização excessiva de todo o ordenamento acaba com a fronteira entre direito constitucional e direito infraconstitucional, podendo qualquer ação chegar até a corte suprema.

[4] Como se sabe, o caso mais eloqüente de normas constitucionais desclassificadas à categoria de normas programáticas foi o capítulo de direitos sociais da Constituição da República de Weimar. A resposta do constituinte alemão de 1949 foi justamente retirar do texto constitucional os direitos fundamentais sociais, substituindo-os pela consagração do princípio do Estado social e delegando ao legislador ordinário o dever de criar organização e procedimento para sua realização.

vezes ficando em segundo plano.[5] Neste mesmo sentido, ineficazes também são certas hipertrofias teóricas e processuais constitucionais como a que se observa na doutrina constitucional contemporânea. A legitimação de cortes constitucionais está claramente presente: deriva das normas constitucionais vinculantes. As discussões (jus)sociológicas e de ciência política são relevantes quando se pretende lançar um olhar externo ao sistema jurídico, bem-vindo precipuamente para se chegar a certas políticas jurídicas tendo em vista municiar o processo legislativo com informações necessárias a uma legislação coerente e eficiente. Porém, no momento de se avaliar pontualmente a correção de uma decisão judicial constitucional, o debate em torno de questões justeóricas e sócio-políticas não parece promissor. Em todo caso, não dispensam o operador jurídico do dever de fundamentação metodológica e jurídico-dogmaticamente rigorosa.[6]

Para se atingir o objetivo de se demonstrar alguns descaminhos da discussão contemporânea, a investigação se pautará em dois parâmetros centrais da dogmática dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade. Junto a eles, poder-se-á aferir a inconveniência e desnecessidade da discussão em torno da legitimidade de cortes constitucionais.

2. Direito fundamental à liberdade como decorrência do Estado liberal?

Há um clichê sedimentado na literatura das ciências políticas e da ciência constitucional, segundo o qual a ênfase no direito à liberdade seria uma decorrência do Estado liberal em detrimento da igualdade, cuja ênfase decorreria na crise do Estado liberal e ascensão do Estado social.

Em primeiro lugar, os adeptos deste clichê confundem os efeitos jurídicos específicos do direito à igualdade, que podem ser traduzidos em termos simples como a resistência a tratamento desigual desmotivado, com os efeitos dos direitos sociais que implicam prestações estatais.

Em segundo lugar, a classificação de direitos em "gerações"– a liberdade como direito central da dita primeira geração, e os direitos sociais (e para alguns também os de igualdade) como elementos da segunda geração de direitos – é equivocada por duas razões principais: a inexatidão histórica, uma vez que nos primeiros documentos constitucionais também direitos sociais foram outorgados, além da sucessibilidade sugerida pelo termo "geração", uma vez que uma geração se torna obsoleta até que ceda espaço completamente à geração seguinte.[7] Parece óbvio, no entanto, que tanto os direitos de liberdade em si quanto suas garantias judiciais em face de intervenções estatais são um problema ainda hoje muito recorrente.

---

[5] Não há consenso sobre alguns procedimentos do controle abstrato como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. No julgamento pelo STF da ADPF 54, por exemplo, foram publicadas mais de 200 páginas sobre a discussão da admissibilidade dessa ação constitucional enquanto o mérito (inconstitucionalidade do sancionamento penal de abortos de fetos anencéfalos) ainda não foi decidido já passados anos.

[6] Schlink, 1980: 89 s.

[7] Cfr. Dimoulis e Martins, 2007: 32-36.

Por isso, a abordagem histórico-descritiva dos direitos fundamentais de liberdade dominante no Brasil com forte tendência ideologizante, na medida em que se enxerga nos direitos fundamentais de liberdade mera decorrência do modelo liberal de Estado, deve ceder espaço à abordagem jurídico-dogmática que leve em consideração a análise do conteúdo, dos efeitos e dos limites do direito fundamental à liberdade.

2.1. Conteúdo do direito fundamental à liberdade: área de proteção normativa

A Constituição Federal brasileira garante em seu art. 5º *caput*, como segundo direito nomeado, a inviolabilidade do direito fundamental à liberdade. O que significa garantir o "direito à liberdade"? Não é a defesa da liberdade em geral a meta de toda a ordem jurídico-constitucional?

Essa reflexão revela o caráter geral do direito à liberdade, uma vez que ele cabe a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, e também o seu caráter genérico, pois definir a área de proteção[8] deste direito é tarefa muito árdua. Com efeito, o direito à liberdade parece abranger tudo o que é garantido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

Esta primeira impressão não é destituída de sentido. Não leva, entretanto, o intérprete e operador do direito à solução de conflitos que envolvam o direito individual de liberdade e outros bens jurídico-constitucionais.

O primeiro elemento para a aferição do sentido de se garantir no *caput* do art. 5º da CF o direito à liberdade é o sistemático. Segundo o dispositivo em pauta, garante-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" Isso significa que os 78 incisos do art. 5º irão concretizar estas garantias gerais, especificando-as e/ou limitando-as. Sabe-se que os incisos enquanto *lex specialis* não podem garantir mais do que o que foi garantido no *caput* do art. 5º. Mas isto não significa que os direitos garantidos no *caput* não tenham um conteúdo próprio específico.

Resta, assim, investigar qual seria tal conteúdo autônomo do direito à liberdade que não vem especificado nos incisos do art. 5º da CF.

Alguns direitos fundamentais como aqueles relativos aos direitos de personalidade, tutelados pelo inciso X, os direitos à intimidade e à esfera privada, representam claras concretizações do direito à liberdade, pois atribuem ao seu titular o resguardo de uma esfera íntima e/ou privada da personalidade, o que, concretamente falando, irá lhe possibilitar o livre arbítrio de só permitir que as informações destas esferas cheguem a quem lhe aprouver.

---

[8] A área ou âmbito de proteção (*Schutzbereich*) é conceito central da dogmática dos direitos fundamentais que designa os comportamentos e/ou situações jurídicas tuteladas em face do poder público. A respeito de sua utilização na interpretação da CF brasileira, vide Dimoulis e Martins, 2007: 136 s. Sobre a recepção em geral pela doutrina brasileira de conceitos jurídico-dogmáticos importados da discussão alemã, v. Sarlet, 2005.

Partindo desta relação sistemática, poder-se-ia falar em *conteúdo subsidiário* do direito à liberdade, garantido pelo *caput* do art. 5º da CF, ou seja, qualquer aspecto da liberdade humana que não entrasse em áreas de proteção específicas (liberdade profissional, liberdade de locomoção etc.) seria subsidiariamente tutelado pelo direito fundamental à liberdade, tal qual estatuído no *caput* do art. 5º da CF.

Em face das dificuldades apontadas, há de se observar o que vem sendo desenvolvido pela teoria geral dos direitos fundamentais, não só pátria como precipuamente a comparada. Segundo uma das teorias adotadas,[9] o conteúdo autônomo do direito à liberdade abrangeria somente o que fosse relevante para o desenvolvimento da personalidade humana. Secundariamente, o direito à liberdade abrangeria também a liberdade geral de ação humana.

2.1.1. Desenvolvimento da personalidade

Muita coisa é relevante para o desenvolvimento da personalidade humana. Em primeiro lugar, tem-se um *status negativus ou status libertatis* como efeito original de obrigar o Estado a uma abstenção, tendo o titular uma pretensão de resistir à intervenção do Estado. Liberdade sempre foi, em primeira linha, liberdade de ou contra certas coerções. Quando o constituinte quis proteger a liberdade em sentido positivo, garantindo seus pressupostos (*status positivus*), ele o fez expressamente.

Quando se descreve o conteúdo normativo de um direito fundamental de resistência, chega-se à aferição dos limites que o Estado deve observar em face do direito fundamental à liberdade, que implica, parafraseando o pendante normativo da *Grundgesetz*, a concretização de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

De forma genérica, pode-se dizer que a área de proteção normativa abrange uma faculdade específica do titular do direito, correspondendo à situação jurídica ou a comportamentos que devem ser investigados em face de cada direito fundamental; no caso do direito fundamental à liberdade, pode-se dizer que esta faculdade específica é a autonomia como elemento central da integridade da personalidade ou identidade construída pelo próprio titular do direito. Autonomia ou capacidade de autogoverno é o atributo por excelência da personalidade humana, que classicamente corresponde ao conceito de liberdade geral.

A autonomia encontra seus desdobramentos em três modos de desenvolvimento da personalidade do titular do direito, quais sejam: na autodeterminação

[9] O binômio direitos gerais de personalidade / liberdade comportamental é amplamente utilizado na interpretação do art. 2 I GG, segundo o qual "todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade…". Dreier, 2004: 303 s., em seus comentários ao dispositivo da Grundgesetz, traduz tal binômio na liberdade comportamental ativa (liberdade geral de ação) e na proteção da integridade da personalidade como resultado da liberdade comportamental (direitos da personalidade). Uma opinião minoritária defendida há meio século por Peters, 1963: 49 e atualizada com melhores argumentos pelo ex-juiz do TCF, Dieter Grimm, em famoso voto discordante na decisão "Reinten im Walde" (v. a respeito: Martins, 2005: 228-233) não reconhece qualquer comportamento lícito como a priori protegido, mas tão somente os que forem relevantes para o desenvolvimento da personalidade.

sobre os próprios destinos e a própria personalidade, na auto-conservação e na auto-exposição.[10]

A autodeterminação diz respeito ao direito do titular de livremente determinar sua identidade. Por isso, ela alcança, entre muitas outras, a escolha de uma profissão, a prática do livre arbítrio nas mais variadas áreas sociais, como na família (casar-se ou não casar-se, ter ou não ter filhos, separar-se ou não separar-se). A autodeterminação alcança também a livre escolha no âmbito íntimo da sexualidade: ser ou não ser homo, bi- ou heterossexual, ser ou não ser monogâmico etc.[11] No último caso, a autodeterminação em princípio existe, ainda que o direito de família vede a bi ou poligamia, pois tais escolhas em princípio fazem parte da área de proteção do direito à liberdade entendido como direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou, na pior das hipóteses, como liberdade geral de ação. Por isso, as normas do direito de família devem ser entendidas como intervenções estatais legislativas nesse aspecto da área de proteção do direito fundamental à liberdade. Tais intervenções poderão, após análise e aplicação sistemática dos limites constitucionais ao direito fundamental à liberdade, restar justificadas.

A auto-conservação refere-se aos fenômenos relacionados com a possibilidade de escolha do indivíduo em face da alienabilidade de suas informações pessoais, ou seja: é o direito à manutenção do segredo, o direito de estar só consigo mesmo e/ou definir quais pessoas participarão da informação pessoal.[12] Concretizações típicas são o direito à intimidade, à privacidade; em parte, o direito à imagem (na sua versão defensiva), etc. Muitos destes direitos foram garantidos por outros incisos concretizadores do direito à liberdade, como o já mencionado inciso X, além do inciso XII, que protege o sigilo postal e das telecomunicações;

A auto-exposição se refere ao direito de cada um de se expor publicamente do modo como bem lhe convier. Aqui são encontrados desdobramentos como o direito à própria imagem e à honra pessoal em suas versões externas, o direito à própria voz que implica na faculdade do titular permitir ou não que sua voz seja veiculada nos veículos de comunicação social, o direito de só se ver publicadas fotos com cuja publicação o titular concorde, o direito à autodeterminação sobre dados pessoais, etc.[13]

2.1.2. Liberdade geral de ação

Toda ação estatal pode ainda atingir a liberdade geral de ação do indivíduo. A liberdade geral de ação engloba todo comportamento individual, que deve ser, em princípio, livre de coerções estatais.

A liberdade geral de ação representa o exemplo mais claro de subsidiaridade do direito à liberdade, tal qual garantido pelo art. 5º *caput,* pois tudo o que não for

---

[10] Essa tripartição foi adotada por Pieroth e Schlink, 2008: 87-89.

[11] Neste caso há intersecções tanto com a liberdade geral de ação (ex. resistência contra lei penal que sancione o comportamento homossexual) quanto com o aspecto da auto-conservação. Cfr. Dreier, 2004: 311 s.

[12] Vide os muitos exemplos trazidos da jurisprudência constitucional alemã por Pieroth e Schlink, 2008: 87 s.

[13] Mais exemplos em Pieroth e Schlink, 2008: 88.

especificamente tutelado o será pelo direito à liberdade. Por ser subsidiário, o direito à liberdade assegura que a proteção constitucional não apresente nenhuma lacuna.

O reconhecimento da liberdade geral de ação traz consigo dois problemas:

Em primeiro lugar, todo o ordenamento infraconstitucional poderia ser considerado matéria constitucional em razão de tal entendimento do *caput* do art. 5º, comprometendo a autonomia principalmente do direito privado, porque ele todo interfere na liberdade geral de ação do indivíduo. A legalidade em si, e com isso todos os direitos subjetivos garantidos pela lei civil, seria alçada ao nível constitucional. Um instrumento de proteção individual concreta de direitos fundamentais como a reclamação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) se transmutaria em controle normativo abstrato suscitado por qualquer titular que não concorde com uma legislação.[14] Qualquer revogação ou derrogação representaria imediatamente um problema constitucional.

No campo do direito penal, o problema poderia ser ainda maior. Levado às últimas consequências, a área de proteção abrangeria até mesmo um direito ao homicídio. Mas, neste campo do direito penal trata-se de uma questão meramente acadêmica: mesmo que consideremos o homicídio como exercício do direito fundamental à liberdade consoante o art. 5º *caput* da CF, possibilidade que em tese só pode ser excluída de modo político-filosófico, principalmente com base nas clássicas teorias contratualistas (Hobbes, Rousseau e outros), a intervenção estatal pela via do direito penal restaria sempre justificada. Ademais, na colisão entre o dever de tutela estatal de proteção à vida[15] e um suposto direito ao homicídio, o questionamento pela adequação e necessidade do meio utilizado para a satisfação do propósito da liberdade não chegaria a ser feito, porque o Estado teria antes que cumprir o seu dever de tutela.

Em segundo lugar, e como consequência direta da aludida transmutação de procedimento de defesa de direito individual em controle normativo abstrato, a falta de limites à possibilidade de ajuizamento de uma ação constitucional leva inexoravelmente a grande quantidade de ações constitucionais e seus sucedâneos, o que pode comprometer seriamente a capacidade funcional de qualquer corte.

Não há saída satisfatória para este problema. Não reconhecer de plano a existência do direito à liberdade geral de ação também contrariaria o teor do art. 5º *caput* da CF. A doutrina constitucional alemã[16] sugere que, neste caso, o conceito de intervenção estatal na área de proteção de direito fundamental volte às suas raízes clássicas, isto é: que se exija a presença de um ato *imperativo* do poder público, que atinja a liberdade geral de ação de modo intencional, direto e por ato jurídico formal.

Esta medida excluiria a possibilidade de "violações fáticas", ainda não implementadas por ato administrativo e/ou não intencionais. Questionável ela seria se a criação de tipos penais não atendesse ao requisito da intervenção imediata. Porém, não faria

---

[14] Problema ressaltado pelo juiz Grimm em seu voto discordante. V. BVerfGE 80, 137 (164-170) e Martins, 2005: 231.

[15] Sobre o dever estatal de tutela e suas implicações dogmáticas: Dimoulis e Martins, 2007: 121-131.

[16] Cfr. BVerfGE 39, 1 e BVerfGE 88, 203. V. os excertos, anotações e comentários em Martins, 2005: 266 ss. e 273 ss.

sentido deixar de considerar uma nova norma penal como intervenção estatal por não atender a esse requisito só porque se trata da cominação penal de uma conduta que pode ser considerada como fazendo parte da área de proteção de direito fundamental e não da aplicação da pena. A cominação ou ameaça de pena já representa uma intervenção imediata, cumprindo este requisito.

Tem-se, no caso, problema semelhante ao que ocorre com os poucos direitos fundamentais outorgados sem limitação expressa: podem certas condutas consideradas ilícitas ser excluídas de plano da área de proteção do direito fundamental à liberdade? Não é a determinação em si da licitude da conduta feita pelo legislador penal o objeto (e não parâmetro!) do exame de constitucionalidade em face do direito fundamental à liberdade?

Há principalmente dois complexos temáticos que elucidam essa questão: a avaliação constitucional da criminalização do aborto, uma vez que a conduta da grávida decorrente de sua decisão (autonomia) pela interrupção da gravidez faz parte da área de proteção do direito fundamental à liberdade,[17] e a avaliação constitucional da criminalização do porte e comércio de substâncias entorpecentes, uma vez que a opção pelo uso de substâncias consideradas nocivas à saúde individual e pública faz parte também da área de proteção do direito fundamental à liberdade.

Em razão dos necessários limites de extensão da presente exposição, opta-se pela análise do segundo caso a partir de uma conhecida decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Na decisão alcunhada *Cannabis,*[18] o TCF precisou decidir sobre representações judiciais de controle normativo concreto provenientes do Tribunal Estadual de Frankfurt e reclamações constitucionais de condenados por crime de porte de canábis. O parâmetro de julgamento foi o Art. 2 I GG; os controles e reclamações propostos atacavam a constitucionalidade do sancionamento penal ao porte da substância porque no seu entendimento tal sancionamento representaria uma violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade na acepção de autodeterminação ou, na pior das hipóteses, de liberdade geral de ação. O TCF entendeu, em síntese, que, embora o Art. 2 I GG proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria o direito de "ficar

[17] Cfr. BVerfGE 90, 245 e Martins, 2005: 248-264.

[18] BVerfGE 90, 145 (171 s.): "O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada. A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semi-período do Art. 2 I GG, estando, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]). […].

"Segundo esse princípio [da proporcionalidade], uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada, se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária, se o legislador não puder selecionar outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental." Cfr. Martins, 2005: 252-253.

em êxtase" (*Recht zum Rausch*).[19] Ainda que se admitisse tal direito como parte da liberdade geral de ação, a intervenção estatal, consubstanciada na previsão e aplicação concreta de pena privativa de liberdade (intervenção no Art. 2 I c.c. Art. 2 II 2 GG), restaria constitucional, uma vez que seria proporcional em sentido estrito. Assim, de forma não muito explícita, o TCF admitiu que o "portar" para uso próprio substâncias entorpecentes como a canábis faria parte da liberdade geral de ação como elemento subsidiário de proteção do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. A admissão é implícita na medida em que o TCF avaliou a proporcionalidade da intervenção legislativa penal, pois somente se aplica o critério da proporcionalidade como limite de a competência do legislador limitar a área de proteção do direito quando o direito *prima facie* existe. Caso contrário, o exame de constitucionalidade já se encerra pela mera verificação de que o comportamento pretendido não corresponde à área de proteção do direito.

A Constituição brasileira, assim como a *Grundgesetz* alemã, é uma constituição das liberdades juridicamente ordenadas,[20] que servem de parâmetro inclusive para o legislador penal. Excluir de plano do controle de constitucionalidade a decisão política de criminalizar certas condutas acarretaria a relativização total do vínculo do legislador penal com os direitos fundamentais, incluindo o direito fundamental à liberdade que oferece a referida proteção subsidiária.

2.2. Limites constitucionais ao direito fundamental à liberdade e legitimação jurídico-constitucional de sua imposição concreta

Por ser um direito fundamental outorgado, como visto tão amplamente, sua imposição concreta esbarra em muitos bens jurídicos coletivos e outros especificamente constitucionais, de tal sorte que do texto constitucional podem ser depreendidos limites na forma de reservas de lei ou do direito constitucional colidente.[21] Não há espaço aqui para uma ampla investigação de tais limites. Para efeitos dos objetivos da presente exposição, basta salientar que a específica imposição de cada limite deve observar o

[19] BVerfGE 90, 145 (171 s.): "O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada. A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica. No mais, a liberdade geral de ação só é garantida nos limites do segundo semi-período do Art. 2 I GG, estando, assim, especialmente sob a reserva da ordem constitucional (cf. BVerfGE 80, 137 [153]). […].

"Segundo esse princípio [da proporcionalidade], uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada, se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária, se o legislador não puder selecionar outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental." Cfr. Martins, 2005: 252-253.

[20] Sobre o conceito de inspiração neokantiana e sua aplicação jurídico-dogmática, v. Poscher, 2003.

[21] Sobre tais figuras dogmáticas vide Dimoulis e Martins, 2007: 153 ss., 163 ss.

seu limite decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais,[22] do princípio do Estado de direito[23] ou, conforme a opinião mais autorizada, do vínculo do legislador com os direitos fundamentais.[24] Metodologicamente falando, vislumbrou-se no princípio ou critério da proporcionalidade uma forma correta de se justificar uma intervenção estatal na área de proteção de um direito fundamental com base em um limite constitucional.

O critério da proporcionalidade, quando corretamente aplicado pela corte constitucional, pode representar o uso da competência de controle em sua extensão constitucional. A retórica do *self-restraint* funciona em certos casos, conforme aludido introdutoriamente, como uma abdicação irresponsável de competência constitucional de controle. Na já mencionada decisão *Cannabis* do TCF alemão, esse "comedimento" adquiriu a seguinte forma:

> Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, bem como na avaliação e prognóstico a serem feitos […] dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem [discricionária] de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada.

É claro que essa margem discricionária do legislador deve ser respeitada pela corte constitucional. Porém, quando a corte admite que a conduta faça parte da área de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao contrário do que seriam outras condutas com potencial anti-social tão evidente como condutas tipificadas dos crimes contra o patrimônio, a vida, a incolumidade física ou a fé pública, não há como deixar de avaliar com a devida intensidade se as políticas antidrogas usadas têm ao menos fomentado seus propósitos (critério da adequação), ou se, em sendo adequadas, não existem alternativas também adequadas, mas menos onerosas para a liberdade atingida (necessidade).

Trata-se de um exame complexo que só pode ser feito com o auxílio de outras ciências sociais aplicadas e biomédicas. O TCF resolveu a questão julgando improcedentes as reclamações e confirmando a constitucionalidade da tipificação penal (ainda que sua aplicação em alguns casos com menor potencial lesivo – critério da quantidade – tenha sido considerada desproporcional e, portanto, violadora do art. 2 I c.c. art. 2 II 2 GG), com base no critério da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Este critério, porém, não atende aos parâmetros mínimos de racionalidade jurídica,

[22] É, como fundamenta o TCF, o critério da proporcionalidade. V., por exemplo, BVerfGE 65, 1 (44) e Martins, 2005: 233-244.

[23] V, por exemplo, na doutrina brasileira: Mendes, 1999: 43.

[24] Dimoulis e Martins, 2007: 181 ss.

pois ponderar entre bens jurídicos, entre princípios que no caso concreto teriam uma decisiva dimensão do peso ou importância, deve ser reservado à instância legislativa.[25]

3. Direito fundamental à igualdade como decorrência do Estado social?

Já se adiantou acima a resposta à pergunta epigrafada. Aqui cabe uma complementação.

Os autores, que identificam o direito à igualdade com o advento do chamado Estado social, distinguem entre igualdade formal (igualdade perante a lei, igualdade na aplicação da lei) e igualdade material (igualdade na criação da lei). Esta distinção é procedente, porém não implica a consequência pretendida pelos adeptos da abordagem histórico-descritiva.

Com efeito, mesmo a igualdade material a ser forjada precipuamente pelo legislador a partir da positivação de políticas afirmativas, segue a mesma lógica dos direitos fundamentais de liberdade. Estes encontram seus limites expressos em disposições constitucionais específicas, as reservas legais, ou em outros bens jurídico-constitucionais que concretamente impliquem necessárias restrições ao exercício ilimitado das liberdades. *Mutatis mutandi* (ao invés de em intervenções estatais, fala-se em tratamentos desiguais), é o que ocorre também com o direito fundamental à igualdade, que engloba, em sua plenitude de efeitos, o que os autores chamam de igualdade material.[26]

3.1. Relação entre igualdade e liberdade no Estado constitucional democrático de direito

Liberdade e igualdade foram as duas maiores bandeiras do constitucionalismo do séc. XVIII que passaram a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático. Normalmente elas aparecem nas constituições lado a lado, como no caso da constituição brasileira. A situação de conflito entre as duas é, porém, sempre latente.

O constituinte não resolveu esse conflito a priori, abstratamente. Tal solução cabe inevitavelmente ao judiciário e, em última ou única instância, dependendo de o sistema de controle normativo de constitucionalidade ser o concentrado ou o difuso, pela corte suprema ou tribunal constitucional.

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink[27] descreveram essa complexa relação da seguinte forma:

> A exigência política do máximo possível em liberdade social entra em conflito com a exigência política do máximo possível em igualdade social: a

[25] Este é justamente o equívoco metodológico perpetrado pela teoria principiológica dos direitos fundamentais. Sobre a crítica e seus fundamentos, vide Martins, 2008.

[26] Isso se reflete claramente no teor do art. 5º, *caput* da CF, no qual a igualdade aparece duas vezes de maneiras muito distintas entre si: "Todos são iguais perante a lei […], garantindo-se […] a inviolabilidade do direito […] à igualdade". Somente a garantia da igualdade engloba a igualdade material porque oponível também em face do legislador.

[27] Pieroth e Schlink, 2008: 103 s.

> liberdade social é também a liberdade agressiva do mais forte, a igualdade social é justamente a igualdade de oportunidades do mais fraco. As garantias fundamentais de liberdade e igualdade, por sua vez, encontram-se lado a lado sem conflitos. Ambas deixam, em larga medida, ao critério do legislador o quanto de possibilidade de ação ele deixará ao mais forte e de proteção ao mais fraco, isto é, o modo de satisfação das exigências políticas opostas. Ao mesmo tempo, as garantias fixam em ambos os lados apenas certos limites. Comum às imposições de limites por intermédio de garantias de liberdade e de igualdade é o fato de tanto a redução da liberdade como o tratamento desigual não poderem ocorrer sem fundamento.

A diferença, como salientam os mesmos autores com base em toda uma tradição constitucional e na jurisprudência do TCF, reside na "técnica jurídica" das garantias: Nos direitos de liberdade questiona-se se a intervenção do Estado na área de proteção do direito pode ser justificada com base em um limite constitucional. No caso dos direitos de igualdade, não há um âmbito da vida social específico, também chamado de área de regulamentação, sobre o qual recairia a específica proteção (área de proteção), por se tratar de uma norma relacional; mas se busca, sim, verificar se houve tratamento desigual e se ele pode ser justificado. É o que se explicitará no tópico a seguir.

3.2. Conteúdo específico do direito fundamental à igualdade: o tratamento desigual e suas razões

Ao contrário dos direitos de liberdade, que asseguram ao seu titular o direito de resistência contra intervenções estatais nas respectivas áreas de proteção, ou seja, contra ações estatais que impossibilitem ou dificultem a manutenção de um *statu quo* (exemplo: direito à propriedade) e, principalmente, a prática do comportamento tutelado pela norma (exemplo: a livre expressão do pensamento segundo o art. 5º IV CF), o direito à igualdade não assegura nenhum comportamento específico, cujo exercício pudesse ser atrapalhado, cuja área de proteção pudesse ser "invadida" pelo Estado. Por isso, não há que se falar em área de proteção e também não em intervenção estatal nesta.

O efeito básico da garantia continua, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza público-subjetiva: o direito de resistir – desta vez não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito, pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada).

3.3. Limites constitucionais e legitimação jurídico-constitucional do tratamento desigual

Um tratamento desigual pelo Estado legislador pode restar justificado se corresponder a um limite constitucional ao direito fundamental à igualdade, e se o método de

limitação pelo legislador atender ao critério da proporcionalidade como um limite ao seu poder de limitar, decorrente, como visto, de seu próprio vínculo ao direito fundamental. O limite pode ser, inclusive, o direito fundamental à igualdade de outrem.

É claro que há uma relação entre direito fundamental à igualdade e o princípio constitucional do Estado social – adotado explicitamente pela *Grundgesetz* sem estabelecer um rol de direitos fundamentais sociais, e implicitamente pela CF brasileira por justamente ter estabelecido tal rol e por outras disposições constitucionais relativas à ordem econômico-social. Assim, em interpretação sistemática com o princípio do Estado social, o direto fundamental à igualdade implica deveres de atuação positiva.

Porém, essa interpretação sistemática não autoriza a conclusão de que o direito fundamental à igualdade (material) seja uma espécie de direito prestacional (de *status positivus*), principalmente porque medidas de fomento de um grupo representa desvantagem para os excluídos, ou melhor, não contemplados pela vantagem, os quais podem resistir ao tratamento desigual. No caso dos direitos prestacionais e sociais não há essa triangulação pontual. Há dever do Estado de agir para a satisfação jurídica e material do direito social.

As ações afirmativas não devem ser reduzidas ao comezinho postulado, há muito conhecido, de se tratar desigualmente os desiguais. Elas podem corresponder – e neste ponto se aproximam dos direitos prestacionais e sociais – a deveres de atuação estatal decorrente do caráter jurídico-objetivo dos direitos fundamentais[28] ou de determinações de metas estatais constitucionais (*Staatszielbestimmungen*).

Porém, esta matéria altamente politizada e que acaba envolvendo cortes constitucionais na seara do ativismo judicial pode ser enfrentada também com o instrumentário jurídico-dogmático. Assim, já o tratar igualmente os desiguais pode ser considerado uma potencial violação do direito fundamental à igualdade por ação (a opção política do legislador seria clara, não se podendo falar em omissão). Quando o tratamento desigual pela instância legislativa for perpetrado, ativa-se o necessário mecanismo de justificação constitucional. Há de se questionar a proporcionalidade de tal tratamento desigual.

A aplicação do critério da proporcionalidade em face de tratamentos desiguais segue a mesma lógica de sua aplicação às intervenções estatais em direitos de liberdade: perscruta-se, primeiro, o propósito do tratamento desigual, que deve ser lícito (muitas vezes decorre do próprio dever do Estado agir em face de direitos de igualdade de terceiros). Em segundo lugar, analisa-se preliminarmente o meio escolhido pelo legislador, que deve ser em si também lícito. Em terceiro lugar, analisa-se a relação de adequação entre meio e propósito para, em quarto lugar, questionar se não existem alternativas igualmente adequadas, porém menos onerosas em face dos direitos de liberdade daquele que sofreu uma desvantagem ou não foi contemplado por uma vantagem. Somente se a medida legislativa passar por esse crivo sucessivo poderá representar um tratamento desigual justificado constitucionalmente.

[28] Cfr. Dimoulis e Martins, 2007: 118-131.

Tanto em face dos direitos de liberdade quanto de igualdade, em havendo dúvidas quanto à proporcionalidade, vale o princípio da prevalência da decisão legislativa por um prognóstico.[29] O ônus argumentativo de demonstração é do Judiciário e das funções essenciais à Justiça (como advocacia e Ministério Público).

4. Problema das omissões legislativas e limites jurídico-dogmáticos da atuação de cortes constitucionais: Algumas conclusões heurísticas

A abordagem perpetrada no último tópico (III.3) procurou demonstrar que os direitos fundamentais à igualdade são operacionalizáveis de maneira diversa dos direitos fundamentais prestacionais. Em face destes, a Constituição prescreve uma ação específica dos poderes públicos, a começar pela necessidade do legislador criar organização e procedimento para sua efetivação. Não se trata, portanto, do ponto de vista jurídico-dogmático, de um problema de igualdade. Não se pode, por exemplo, falar em "omissão parcial" quando o Estado legislador exclui uma determinada categoria de pessoas de um dado benefício. Tem-se neste caso um problema de tratamento desigual potencialmente violador do direito fundamental à igualdade (a conclusão pela violação só será possível após a apreciação dos limites constitucionais à igualdade e da forma de sua imposição).

Dos direitos prestacionais há de se distinguir também os já mencionados deveres estatais de tutela fundamentados em situações de ameaça a direitos fundamentais de resistência provenientes de particulares e que fundamentam um dever de agir preventivo, principalmente do legislador.

Os direitos prestacionais e sociais implicam prestações específicas: moradia para os sem-teto, educação gratuita para todos, em especial para os mais carentes economicamente, o mesmo valendo para os direitos à saúde, ao lazer etc.

Tais direitos obviamente não se concretizam pela técnica da resistência a intervenções estatais, facilmente oponíveis juridicamente com a competência da cassação de validade de ato. Ao contrário: direitos prestacionais implicam obrigação de fazer e, com ela, dependem de políticas específicas, a começar pela política orçamentária.

Uma política orçamentária firmada pelo parlamento, no Brasil pelo Congresso Nacional, faz parte do amplo poder discricionário do Legislativo. Algumas vezes, o STF rejeitou ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra lei orçamentária por entender que lhe falta requisito da abstração e generalidade.[30]

Independentemente dessa decisão de natureza preliminar-processual, uma política orçamentária é de fato dificilmente controlável em face dos direitos fundamentais prestacionais e sociais em geral. Nada obstante, a situação de moradores de rua, de analfabetismo, de hospitais públicos insuficientes, entre muitas outras, representam

[29] Cfr. Pieroth e Schlink, 2008: 64 s. e Dimoulis e Martins, 2007: 208 ss.
[30] Por exemplo: STF-ADI 2.925.

cada qual claramente um estado de inconstitucionalidade. Se não se pode declarar a lei orçamentária como inconstitucional porque, por exemplo, dedica percentual pouco significativo do orçamento para a educação, há de se declarar a omissão do legislador em criar organização e procedimentos claros para o efetivo exercício individual dos direitos sociais como sendo inconstitucional. O problema que salta aos olhos é o dos efeitos de tal decisão. No Brasil, o julgamento de procedência de uma ação de inconstitucionalidade por omissão leva à declaração da inconstitucionalidade ligada a um mero ato de dar "ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias" (art. 103, § 2º da CF).

A situação fica ainda mais incômoda em face de uma constituição analítica e de forte orientação social como é a Constituição brasileira. O risco de enfraquecimento da "força normativa" da Constituição é uma constante.

Em face da inércia legislativa, e muitas vezes incompetência da burocracia administrativa, a tentação do ativismo judicial é muito grande. Juízes muito bem intencionados, a partir de provocações de órgãos do Ministério Público igualmente bem intencionados, tomam as rédeas e condenam órgãos públicos e às vezes até privados às prestações decorrentes das normas de direitos fundamentais prestacionais e sociais. Como qualquer ativismo, esse também não se sustenta ao longo do tempo. A não ser que abandonemos definitivamente a tradição continental européia das fontes do direito, adotando o precedente judicial como fonte imediata por excelência, o ativismo observável leva a uma instabilidade insuportável, uma vez que sem o vínculo específico à lei, a concretização de direitos fundamentais sociais fica a cargo da discricionariedade judicial, vale dizer, dependente de juízos de valor e de boa vontade de juízes singulares e órgãos judiciários colegiados que não têm nem competência constitucional nem legitimidade democrática para tanto.

A busca pela legitimidade apontada na introdução se liga a esse reconhecimento. Neste caso, porém, a pretendida legitimidade somente seria alcançada sob a égide de outra ordem constitucional que não a vigente no Brasil.

O problema é menos complexo quando a omissão é meramente administrativa, pois a Administração Pública está toda vinculada negativa e positivamente aos direitos fundamentais. Por sua vez, no campo das omissões legislativas, a racionalidade e dogmática jurídicas alcançam seus limites de atuação: não há o que fazer, senão constatar a omissão inconstitucional e esperar que o parlamento a saneie.

Trata-se de um teste para a maturidade de uma democracia representativa, teste esse pelo qual ela deve passar. Não há como ser transferido à corte suprema ou tribunal constitucional; a não ser que queiramos transformar o Estado constitucional democrático de direito em uma aristocracia judicial.

Um governo de juízes significaria a quebra da ordem constitucional vigente. Será que nosso ceticismo em face da democracia representativa nos levará tão longe? Qual é o papel da ciência do direito constitucional neste contexto?

Bibliografia

Barroso, Luis Roberto (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. ‹http://www.oab.org.br/oabeditora/users/ revista/ 1235066670174218181901.pdf› (13/10/2009).

Binenbojm, Gustavo (2004). *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª edição (2001).

Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo (2007). *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Dreier, Horst (2004). Comentários ao Art. 2 I GG. In: Dreier, Horst. (org.) *Grundgesetz. Kommentar*. Tomo I (Art. 1 – 19). Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 288-345.

Martins, Leonardo (2005). (org). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. (Coletânea original: J. Schwabe). Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer.

Martins, Leonardo (2008). "Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos". In: Leite, George S. (org.). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Método, pp. 327-350.

Mendes, Gilmar Ferreira (1999). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor.

Peters, Hans (1963). *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Köln: Westdeutscher Verlag.

Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard (2008). *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller.

Poscher, Ralf (2003). *Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Sarlet, Ingo-Wolfgang (2005). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. do Advogado.

Schlink, Bernhard (1980). "Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft". *Der Staat, vol.* 19, p. 74-92.

Vieira, Oscar Vilhena (2008)."Supremocracia". *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Vol. 8, pp. 441-464. Jul.-Dez. 2008.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI , MONTEVIDEO, 2010, PP. 273-288, ISSN 1510-4974

Enrique Navarro Beltrán (Chile)*

Protección constitucional de los derechos sociales en Chile**

RESUMEN

En el artículo se analiza la evolución del reconocimiento constitucional de los derechos sociales en Chile y de su garantía indirecta, a través del recurso de protección, ya sea por actos de particulares o de la administración, a la vez que los principales pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional con relación a preceptos legales que han sido controvertidos por vulnerar dichos derechos.

Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, derechos sociales, Constitución política, jurisprudencia comentada, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert die Entwicklung der verfassungsmäßigen Anerkennung von sozialen Grundrechten in Chile und ihre indirekte Absicherung mit Hilfe der Beschwerde gegen Grundrechtsverletzungen durch Handlungen von Privatpersonen oder Verwaltungsakte sowie die wichtigsten Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu Gesetzesvorschriften, die aufgrund der Verletzung dieser Rechte umstritten waren.

Schlagwörter: Grundrechtsschutz, soziale Grundrechte, Verfassung, kommentierte Rechtsprechung, Chile.

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of the constitutional recognition of social rights in Chile and of the indirect safeguard of these rights through the process of appeal for protection from acts of individuals or of the administration. The paper also discusses the principal rulings of the Constitutional Court with reference to legal provisions that have been controversial for violating social rights.

---

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile. Director del Departamento de Derecho Público y ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

** En el presente artículo se analiza la evolución del reconocimiento constitucional de los derechos sociales en Chile y de su garantía indirecta, a través del recurso de protección, ya sea por actos de particulares o de la administración, a la vez que los principales pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional con relación a preceptos legales que han sido controvertidos por vulnerar dichos derechos.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Keywords: protection of fundamental rights, social rights, political Constitution, annotated jurisprudence, Chile.

1. Los derechos sociales en los textos constitucionales chilenos

1.1. Los primeros textos constitucionales del siglo XIX

Las primeras Cartas Fundamentales dictadas durante el siglo XIX tienen escasa referencia a los derechos de contenido social y económico; más bien aluden a las libertades públicas, a la igualdad ante la ley, al derecho a la honra y de propiedad, a la vez que contienen garantías fundamentales del proceso penal.[1]

Existen sí ciertas declaraciones de carácter programático en algunos textos.[2] Del mismo modo, se hace ocasionalmente referencia a la educación pública.[3]

En general, en el siglo XIX, el énfasis se pone en las libertades más que en los derechos. Así, es usual la alusión a la libertad de enseñanza.[4] A su vez, en materia laboral se reconoce en general la libertad de trabajo, sujeta a ciertas restricciones.[5]

---

[1] El Reglamento de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 señala, en su artículo 1, que "los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil". La Constitución de 1828 agrega que tienen el carácter de derechos imprescriptibles e inviolables "la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicar sus opiniones" (artículo 10). Por su parte, la Constitución de 1833 asegura la igualdad ante la ley, ante los cargos y cargas, la libertad de movimiento, la libertad de opinión, el derecho de petición y la propiedad (artículo 12), además de garantías penales. Los textos en Luis Valencia A.: *Anales de la República,* 1951.

[2] El artículo 13 del Reglamento de 1818 indica que "todo individuo de la sociedad tiene incontestable derecho a ser garantido en el goce de su tranquilidad y felicidad por el Director Supremo y demás funcionarios públicos del Estado, quienes están esencialmente obligados a aliviar la miseria de los desgraciados y proporcionarles a todos los caminos de la prosperidad".

[3] El título VII de la Constitución de 1822 está dedicado a la "educación pública". Así, el artículo 230 expresa: "la educación pública será uniforme en todas las escuelas, y se le dará toda la extensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias". Del mismo modo, se "procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones" (artículo 231). Por su parte, la Constitución de 1823 indica entre los gastos esencialmente nacionales aquellos referidos a "la instrucción de los ciudadanos" (artículo 9). En concordancia con ello se afirma que "la instrucción pública, industrial y científica, es uno de los primeros deberes del Estado" (artículo 257). En igual sentido, la Constitución de 1833 indica que "la educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; y el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la república" (artículo 153). Adicionalmente, se precisa que "habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, y su dirección bajo la autoridad del Gobierno" (artículo 154).

[4] La reforma constitucional de 1874 reconoce expresamente "la libertad de enseñanza".

[5] La Constitución de 1833 señala que "ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así" (artículo 151). Sobre el texto de 1833 véase Jorge Huneeus Z.: *La Constitución ante el Congreso,* 2 vols. (1879). También sobre la carta de 1833 véase José Lastarria V.: *La Constitución comentada* (1856); y al final del período, Alcibíades Roldan: *Elementos de derecho constitucional* (1924).

1.2. La Constitución Política de 1925

El texto primitivo de la Constitución de 1925 también es lacónico con relación a los derechos sociales.[6]

Al referirse a la libertad de enseñanza señala que "la educación pública es una atención preferente del Estado" y precisa que "la educación primaria es obligatoria", estableciendo además una Superintendencia de Educación Pública, a cuyo cargo estará "la inspección de la enseñanza nacional".[7]

A su vez, en materia laboral insta a "la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia".[8] Del mismo modo, establece el deber del Estado de "velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país", obligando a destinar anualmente un presupuesto para un "servicio nacional de salubridad".[9]

En materia de propiedad existe una referencia a sus eventuales limitaciones, como consecuencia indirecta de su utilidad pública,[10] lo que fue objeto de diversas reformas constitucionales en 1963[11] y 1967.[12] Esta última enmienda reconoce expresamente la función social de la propiedad.[13]

La reforma constitucional de 1971[14] profundiza el Estado social de derecho en Chile. Así se detalla de manera más precisa el rol del Estado en materia educacional.[15]

En materia laboral, al reconocerse la libertad de trabajo y su protección, se indica que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración

---

6 Véase Alejandro Silva B.: *Tratado de derecho constitucional,* 3 t., 1963.

7 Artículo 10.7 de la Constitución de 1925.

8 Artículo 10.14 de la Constitución de 1925.

9 Ibídem, inciso final.

10 El artículo 10.10 indica que "el ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

11 La ley 15295 modifica el artículo 10.10 constitucional, en relación con la expropiación de ciertos predios.

12 La ley 16615 sustituye completamente el artículo 10.10 de la Carta Fundamental.

13 Ella comprende "cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes". De igual forma regula detalladamente el mecanismo de la expropiación.

14 Ley 17398, publicada en el *Diario Oficial* del 9 de enero de 1971, conocido como el Estatuto de Garantías Constitucionales.

15 Se indica, en el nuevo artículo 10.7, que "la educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales". Se asegura apoyo del Estado a la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro. La educación nacional deberá ser "democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial". Se establece una Superintendencia de Educación Pública, la que tendrá a su cargo la "inspección de la enseñanza nacional". Además se reconoce autonomía a las universidades.

suficiente que asegure a ella y a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan".[16]

Cabe señalar que por primera vez se regula el derecho a la seguridad social, obligando al Estado a adoptar "todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional".[17] Igualmente se imponen deberes adicionales al Estado en esta materia.[18]

1.3. El texto constitucional vigente

El actual texto constitucional,[19] en primer lugar, señala que el Estado "reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". Del mismo modo, establece que se encuentra "al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

En armonía con ello, dispone como deber del Estado el "resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".[20]

En otro ámbito cabe señalar que, por primera vez, se consagra en un texto constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al señalar que es un deber del Estado "velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza".[21]

Del mismo modo, se reconoce el derecho a la protección de la salud y se otorga al Estado la protección del "libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo". Adicionalmente, le corresponde "la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud". Del

---

[16] Nuevo artículo 10.14, inciso primero.

[17] Nuevo artículo 10.16, inciso primero.

[18] El Estado "mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores".

[19] Sobre las reformas constitucionales de 2005 véase *Revista de Derecho Público* 67 (2005), Enrique Navarro B. y otros.

[20] Artículo 1 de la Constitución Política.

[21] Véase Enrique Navarro Beltrán: "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en *Revista Chilena de Derecho* 20, 1993, p. 595; y Raúl Bertelsen Repetto: "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho* 25, 1998, p. 139. La jurisprudencia ha reconocido diversos tipos de contaminación: acústica, acuática, terrestre, atmosférica e, incluso, la visual. La reforma constitucional de 2005 precisó la procedencia del mismo contra actos u omisiones ilegales.

mismo modo, se indica que es deber preferente del Estado "garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias". Por último a cada persona se le otorga el derecho individual de elegir el sistema de salud, ya sea público o privado.[22]

En materia de educación se estable que la educación "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida". A los padres se les otorga el derecho preferente y deber de educar a sus hijos, mientras al Estado le corresponde "otorgar especial protección al ejercicio de este derecho". Igualmente le compete "fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación".

A fines de los años noventa se le agrega al Estado el deber de promover "la educación parvularia".[23] De igual forma, se indica que "la educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad".[24]

En el ámbito de la libertad de trabajo, además de reconocerla, se la ampara. Desde un punto de vista liberal, señala que "toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución". Se prohíbe "cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos". A su vez, se precisa que "ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así". Por último, se regulan la negociación colectiva[25] y la huelga.[26]

Finalmente, al regular el ámbito de la seguridad social se establece: "el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social". Del mismo modo, se indica que "la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de

---

[22] Artículo 19.9 de la Constitución Política de la República

[23] Ley 19634, artículo único, publicado en el *DOF* del 2.10.1999

[24] Ley 19876, artículo único, publicado en el *DOF* del 22.5.2003. Hasta ese momento solo se reconocía constitucionalmente la educación básica

[25] El artículo 19.16.5 indica: "La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella".

[26] El artículo 19.16, en su inciso final, preceptúa: "No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso".

instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias". En el ámbito de las libertades se insiste en la libertad de afiliación[27] y de sindicación.[28] Por último, cabe tener presente que las leyes que lo regulen deben ser de quórum calificado.[29]

2. La protección sobre derechos no tutelados

Como se sabe, el artículo 19 de la Constitución Política reconoce a las personas diversos derechos, desde la vida a la propiedad, pasando por la igualdad, el honor, la libertad, etcétera.

Pues bien, el artículo 20 garantiza con el recurso de protección la mayoría de estos derechos, salvo los denominados *derechos sociales*[30] *y económicos,* como es el caso del derecho a la protección de la salud, de educación y de seguridad social.[31]

En el informe final de la Comisión de Estudio se señaló sobre esta materia:

> Es evidente que el recurso de protección *no puede hacerse extensivo a derechos que,* aunque reconocidos constitucionalmente, *dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población,* como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros.[32]

Sin embargo, nuestros tribunales superiores, y en particular la Corte Suprema, han tratado de dar debida tutela a situaciones abusivas en que en principio se invocan derechos no protegidos.

Resulta entonces interesante analizar la forma que han buscado los tribunales para tutelarlos, en especial a través de la aplicación indirecta de otros derechos. En particular se ha recurrido de manera frecuente al derecho de propiedad (fenómeno que ciertos autores califican como *propietarización de los derechos*[33]) y a la igualdad ante la ley.[34]

---

[27] Artículo 19.16.4.

[28] Artículo 19.19, en el que se precisa su carácter voluntario, en cuanto asociación.

[29] Así lo ha sentenciado por ejemplo el Tribunal Constitucional en los autos rol 534-2006.

[30] En relación a los derechos sociales en América, Víctor Bazán: "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005,* t. II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 547 ss. En el sistema europeo, particularmente el alemán, Ernesto Benda: "El Estado social de derecho", en la obra colectiva *Manual de derecho constitucional,* 2001, pp. 487 ss.

[31] Sobre la materia véase Eduardo Soto Kloss: "El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre", en Enrique Navarro B.: *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001,* Santiago, 2001, pp. 421 ss.

[32] "Informe final de la CENC", en *Revista Chilena de Derecho* 8 (11981), p. 235.

[33] Véase Alejandro Vergara Blanco: *La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos,* Informe Constitucional 322 (junio de 1992). En respuesta, Eduardo Soto Kloss, *Propietarización de los derechos. No una "herejía" sino la "esencia" de lo que es derecho,* Informe Constitucional 329 (junio de 1992).

[34] Véase Enrique Navarro B.: "Límites al recurso de protección en materia contractual", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 6 (2002), p. 56.

2.1. Frente al derecho a la protección de la salud

En el caso de este derecho y frente a su afectación, particularmente por terceros (en especial, instituciones de salud previsional) se ha recurrido al derecho de propiedad sobre los derechos que emanan de los contratos o la no discriminación arbitraria.

Así, ya en 1989, se resolvía que la negativa arbitraria de una isapre a otorgar la cobertura pactada contractualmente importaba privación de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que se ha incorporado al patrimonio del recurrente.[35]

Sin perjuicio de ello, en otros casos se ha estimado derechamente que se está invitando a abandonar el sistema por lo que se vulneraría la libertad de elección del sistema de salud, reconocido en el inciso final del artículo 19.9 y que sí se encuentra protegido.

En el último tiempo han sido reiterados los fallos sobre la materia que sancionan el término unilateral del contrato,[36] [37] el alza injustificada de los planes de salud [38] o la negativa a proporcionar cobertura[39] [40] por parte de la institución de salud respectiva.

2.2. Frente al derecho a la educación

El artículo 19.10, como ya se explicó, reconoce el derecho a educación, en sus diversas etapas, desde la educación parvularia a la enseñanza media, que establece como un deber especial del Estado. Esto último fue modificado constitucionalmente.[41] Este derecho, como se sabe, tampoco se encuentra tutelado, a pesar de las obligaciones que se imponen al Estado en tal sentido.[42]

En el caso de acciones que afectan, en los hechos, el derecho a la educación (fundamentalmente por medidas adoptadas por establecimientos educacionales), los tribunales han entendido como infringido el derecho de propiedad sobre la matrícula o, en su caso, la no discriminación arbitraria.

A fines de la década de los ochenta hubo sentencias que rechazaron las acciones, sosteniendo que la conculcación del derecho a la educación, al estar excluida de la protección constitucional, no puede razonarse sobre la base de otros derechos.[43] Del mismo modo se denegaba la posibilidad de invocar el derecho de propiedad

---

[35] Corte Suprema, 22.5.89, *Gaceta Jurídica* 107, p. 20.

[36] Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5698-2001.

[37] En el mismo sentido, Corte Suprema, rol 3.742-2002.

[38] Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3656-2002. En el año 2006, véase Corte Suprema, roles 3902 y 6498.

[39] Corte de Apelaciones de Concepción, rol 414-2002.

[40] En el mismo sentido, Corte Suprema, rol 3552-2002. Lo mismo se ha reiterado en los años 2006 (roles 2467 y 4486) y 2007 (roles 5891 y 5628).

[41] Enrique Navarro B.: "Las constituciones chilenas en el siglo XX y sus reformas", en Enrique Navarro B.: 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001, Santiago, 2001, pp. 19-36.

[43] Véase Sergio Gaete R.: "El derecho-deber a la educación", en *Revista de Derecho Público* 41-42 (1987), p. 231, y Cristóbal Orrego S.: "El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho* 13 (1986), p. 463.

[44] Corte Suprema, 26.5.87, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 84, p. 173.

[45] Corte Suprema, 28.7.81, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 78, p. 142.

sobre los títulos profesionales, dado que no participarían del carácter de bienes incorporales.[44]

Sin embargo, casi dos años después el máximo tribunal sostenía que la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder al título, lo que configura una especie de propiedad, que se encuentra amparada en el artículo 19.24 de la Constitución Política;[45] lo que también se ha señalado en los últimos años.[46]

Por su lado, en la misma época, la Corte de Santiago estimaba infringido el artículo 19.2 al expulsarse un alumno sin seguirse el procedimiento fijado por el estatuto reglamentario.[47]

De igual forma, se ha resuelto que la negativa de un establecimiento educacional de entregar certificado de notas y estudio vulnera el derecho de propiedad del recurrente sobre "los logros académicos".[48]

2.3. Frente al derecho a la seguridad social

El artículo 19.18 de la Constitución chilena resguarda el derecho a la seguridad social y precisa que las leyes que regulen su ejercicio serán de quórum calificado.

En este caso, como se analizó, la acción del Estado debe estar dirigida a garantizar el acceso a las personas al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Del mismo modo, se impone al Estado el deber de supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho.

Dada su naturaleza prestacional, este derecho tampoco encuentra protección constitucional directa.[49]

Sobre esta materia, a principios de los noventa la Corte de Apelaciones de Santiago hacía presente que, al no encontrarse protegido constitucionalmente este derecho, no era posible obtener por esta vía tutelar la declaración de que determinados hechos revisten el carácter de accidentes del trabajo.[50] Sin embargo, meses antes, la Corte Suprema precisaba que el desconocimiento por la autoridad previsional del acrecimiento de la pensión de montepío importa una vulneración del derecho de propiedad.[51]

Del mismo modo, se ha sentenciado que los beneficios de una pensión de jubilación, debidamente reajustados, forman parte del patrimonio de la persona y están amparados por el artículo 19.24 de la carta fundamental.[52]

Como puede observarse, frente a situaciones inicuas, en donde aparentemente se ven afectados derechos no tutelados expresamente, nuestra Corte Suprema ha

---

46 Corte Suprema, 6.4.89, en *Gaceta Jurídica* 106, p. 27.

45 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.182-2001.

46 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.182-2001.

47 Corte de Apelaciones de Santiago, 18.12.89, en *Gaceta Jurídica* 114, p. 40.

48 Corte de Apelaciones de Talca, rol 60.845.

49 Vasco Costa R.: "Derechos laborales y Constitución de 1980", en Enrique Navarro B.: *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001,* Santiago, 2001, pp. 287 ss.

50 Corte de Apelaciones de Santiago, 12.4.90, en *Gaceta Jurídica* 118, p. 26.

51 Corte Suprema, 25.10.89, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 86, p. 153.

52 Corte de Apelaciones de Santiago, 28.8.86, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 83, p. 185.

preferido dar protección efectiva, principalmente estimando vulnerado el derecho de propiedad.[53]

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de analizar la temática de los derechos sociales, particularmente con motivo de la acción de inaplicabilidad.[54]

3.1. Derecho a la protección de la salud

En un caso se solicitó la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal atendido la circunstancia de que este permite a una institución de salud previsional privada incrementar en gran magnitud el costo de su plan de salud por haber aumentado la edad del contratante.[55] El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, teniendo en consideración la importancia de los derechos sociales. Específicamente declaró que es inaplicable, por ser contraria a la Constitución, la tabla de factores contemplada en el artículo 38 *ter* de la ley 18933, incorporada al contrato de salud de la requirente.[56]

En la sentencia se consigna que el derecho a la protección de la salud tiene un carácter social, "involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea".[57] De igual modo se expresa que este derecho "se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos".[58]

---

[53] Una visión más completa en Enrique Navarro Beltrán: "Soluciones jurisprudenciales a desprotecciones constitucionales", *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público,* Santiago: Lexis Nexis, 2005, pp. 291-294.

[54] Sobre la materia véase Enrique Navarro B.: "La Justicia Constitucional chilena después de la reforma de 2005", en *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio,* México: Porrúa, 2008, pp. 327-349.

[55] La norma cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue solicitada corresponde al artículo 38 *ter,* de la ley 18933, cuyo texto es el siguiente:

"Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

"La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar […]

"En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen".

[56] Rol 976, de 26 de junio de 2008. En el mismo sentido, sentencia rol 1218, de 7 de julio de 2009. Más recientemente, rol 1287, de 8 de septiembre de 2009.

[57] Ibídem, considerando 29.

[58] Ibídem, considerando 32.

Destaca el sentenciador que la disposición no tiene el carácter de norma programática, y hace suya la circunstancia de que "la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica".[59]

Por otra parte, la magistratura constitucional efectúa un análisis y adopta una tesis respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos, precisando que se trata de derechos que suponen la actuación positiva del Estado.[60]

Teniendo en consideración la relevancia de los derechos sociales en el Estado social de derecho, el Tribunal sentenció que estos también constituyen un límite a la actuación de legislador. De este modo, concluyó que, "si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador".[61]

3.2. Derecho a la seguridad social

Un empleador demandado en juicio ejecutivo por no haber pagado las cotizaciones provisionales de los trabajadores de su empresa solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos disposiciones legales[62] que permitían decretar el arresto en su contra para obtener el pago de la respectiva deuda. El Tribunal rechazó el requerimiento.[63]

---

[59] Ibídem, considerando 26.

[60] El TC indica que "la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida: "Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de este en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación". Reencarnación Carmona Cuenca: *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, España (2000), p. 150. Abundando en idéntico asunto se ha escrito que los derechos sociales son "Derechos de prestación […] que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado […]". Gregorio Peces-Barba Martínez: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general,* Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p. 460.

[61] Ibídem, considerando 30.

[62] Estas disposiciones son, a saber, los artículos 12 y 14 de la ley 17322, cuyos textos preceptúan:

"Artículo 12. El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales".

"Artículo 14. En caso que el empleador sea una persona jurídica de derecho privado o público, una comunidad, sociedad o asociación de hecho, el apremio a que se refiere el artículo 12 se hará efectivo sobre las personas señaladas en el artículo 18".

[63] Rol 576, de 24.4.2007. En el mismo sentido, rol 519, de 5 de junio de 2007.

En el fallo se señala que los derechos públicos subjetivos de la seguridad social se caracterizan por ser:

> a) patrimoniales, en tanto forman parte del patrimonio de las personas, destinadas a asistirlas para que puedan llevar una vida digna, cuando se verifique algún estado de necesidad; b) personalísimos, de modo que son inalienables e irrenunciables; c) imprescriptibles, en cuanto las personas siempre podrán requerir al Estado o a los particulares que, en virtud del principio de subsidiariedad, administran parte del sistema, los beneficios para aplacar el estado de necesidad que los afecte; y d) establecidos en aras del interés general de la sociedad.[64]

En lo que dice relación con las cotizaciones previsionales, se afirma que se trata "de un acto mediante el cual de manera imperativa, por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos".[65]

Por su lado, en lo que respecta al arresto del empleador que no pague las cotizaciones previsionales, la magistratura constitucional precisa que, en cuanto medida de apremio, cumplía los requisitos constitucionales para ser considerada legítima.

Además, se pronunció sobre el fundamento del arresto del empleador señalando:

> […] una orden de arresto determinada puede o no pugnar con la Carta Fundamental en la medida que ella inobserve o, por el contrario, cumpla con todos y cada uno de los requisitos y medidas ya señaladas, siendo esto último lo que ciertamente ocurre en el caso de autos, tal como se desprende de la lectura de los artículos 12 y 14 de la Ley Nº 17.322, conforme a los cuales el apremio puede decretarse si el empleador —o su representante— no consigna las sumas destinadas al fondo previsional y se cumplan rigurosamente los demás supuestos legales.[66]

De este modo, se concluye:

> […] el arresto en materia previsional se encuentra establecido expresamente en una ley, en los términos ya señalados. Dicha normativa faculta expresamente a un juez para adoptar tal medida en tanto se den los supuestos legales previstos en los referidos artículos 12 y 14 de la Ley Nº 17.322, esto es, que en el marco de un juicio ejecutivo el empleador —a través de su representante legal— no consigne las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de requerimiento de pago —si no opuso excepciones— o de la notificación de la sentencia que

[64] Ibídem, considerando 13.
[65] Ibídem, considerando 14.
[66] Ibídem.

niegue lugar a las alegaciones opuestas. El empleador es legalmente intimado del arresto no solo al momento de producirse, sino también en el requerimiento de pago, al señalársele que en caso de mantenerse incumpliendo con su obligación dentro de un plazo, se podrá ver privado de su libertad. A su vez, la referida medida de apremio se lleva a cabo en lugares públicos destinados a tal efecto y se le pone inmediato término en cuanto el arrestado adopta la conducta legal y socialmente deseada, esto es, consigna las cotizaciones previsionales de propiedad del trabajador. Por último, cabe señalar que se está en presencia precisamente de un caso en que quien es privado de libertad por el arresto, lo ha sido por no respetar los derechos legítimos de terceros e incluso por actuar en perjuicio de ellos; de forma tal que en definitiva el empleador sufre el apremio como consecuencia de haber vulnerado un derecho básico de sus trabajadores, respecto de dineros que son de propiedad de estos últimos y que tienen por finalidad social el cubrir sus necesidades de previsión, que dicen relación, ni más ni menos, con su sobrevivencia y vejez.[67]

3.3. Derecho a la educación

En lo referente a este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de extenderse acerca de sus características en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. No obstante, en este último tiempo, ejerciendo su atribución de control preventivo de normas orgánicas constitucionales y de resolver cuestiones de constitucionalidad que se susciten en la tramitación de proyectos de ley, ha podido pronunciarse sobre aspectos del derecho a la educación que han sido parte del debate de la doctrina publicista nacional.

El Tribunal destaca la diferencia y la relación existente entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Así, indica que la libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, del que es la contraparte. Este exige "que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida". Ahora bien, "para lograr este propósito, pueden perfectamente establecerse regulaciones, pues la comunidad debe contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación".[68]

Además, ha resuelto que la calidad de la educación es un fin no solo perseguible por el legislador, sino que además es una exigencia constitucional que deriva del derecho a la educación que asegura la Carta Fundamental. Así, "para este Tribunal la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador. Esta finalidad está comprendida como un derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19.10, y, por lo tanto, su

[67] Ibídem, considerando 20.

[68] Rol 1363, de 28 de julio de 2009. Sentencia recaída en el control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece la Ley General de Educación.

persecución no solo es legítima sino que es una exigencia que el legislador y la autoridad deben requerir".[69]

Del mismo modo, se hace presente que la calidad de la educación es una exigencia para el Estado que impone el derecho a la educación. De forma que "cuando la Constitución asegura el derecho a la educación, exige que el Estado adopte las medidas para que la que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible". Por lo tanto, "si la norma impugnada persigue ese objetivo y establece mecanismos idóneos para alcanzarlo, sin infringir otros principios constitucionales, este Tribunal no tiene ningún reproche que formular".[70]

Por último se ha precisado que los titulares del derecho a la educación no son los docentes. En efecto, "ellos participan del proceso de instrucción y son parte de la comunidad educativa". Sin embargo, "los verdaderos titulares son los alumnos; son ellos, como dice el proyecto, los que 'tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral' (artículo 10, letra a), sin perjuicio de que lo tengan también los padres (artículo 4.º)".[71]

3.4. Función social de la propiedad

Los dueños de un fundo solicitaron la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal[72] que facultaba a la autoridad administrativa para fijar en las tierras de su dominio las vías de acceso a las playas. Alegaron que la norma reprochada vulneraba su derecho de dominio, pues la vía de acceso limitaba gratuitamente su propiedad sin en cuadrarse en las causales que la Constitución Política establece para limitar el derecho de propiedad.

El Tribunal decidió rechazar el requerimiento, principalmente en consideración de la función social de la propiedad.[73] Determinó que las limitaciones que impone la norma cuestionada son constitucionales desde el momento en que permiten la realización de un fin constitucionalmente lícito, esto es, la utilidad pública de ciertos bienes.

Expresó el órgano jurisdiccional que el precepto legal en cuestión:

---

[69] Ibídem, considerando 19.

[70] Rol 1361, de 13 de mayo de 2009. Sentencia recaída en el requerimiento de 10 senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE).

[71] Ibídem, considerando 56.

[72] La disposición objetada es el artículo 13, del decreto ley 1939 de 1977, que preceptúa:

"Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

"La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados".

[73] Rol 1215, de 30 de abril de 2009. En el mismo sentido, rol 1141-2008.

> Al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar la obligación de facilitar el acceso público a ellas y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, que queda comprendido en la función social de la propiedad, pues está establecido por el legislador como un medio idóneo de alcanzar un propósito constitucional, determinado en razón de la utilidad pública de ciertos bienes y del interés general.[74]

A su vez, estableció que la limitación al dominio, que supone la norma y que habilitan para conceder el paso público a las playas para fines turísticos y de pesca, sí puede justificarse desde la perspectiva de la función social de la propiedad, toda vez que permiten el acceso a las playas que son un bien nacional de uso público. Así,

> […] las playas de mar son bienes nacionales de uso público. Su dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos sus habitantes. En consecuencia, pueden naturalmente ser empleadas por quienes acceden a ellas no solo, sino también para fines de recreación y pesca. De ese modo, si el legislador ha establecido que el paso público a ese bien nacional a través de propiedades colindantes solo puede decretarse para esos dos fines, entonces ha limitado y no ampliado el uso que los particulares pueden hacer de esa playa que es, en razón de disponerlo así otros preceptos legales cuya validez constitucional no ha sido impugnada, *de dominio de la Nación toda.* Si, como ya se ha demostrado, es legítimo que el Estado pueda determinar, en los términos que lo hace el artículo 13 del DL 1939, el derecho a paso por una propiedad privada para acceder a una playa de mar, por ser esta un bien de uso público en razón de la utilidad que ha de prestar a la Nación toda, entonces no cabe sostener que si ese paso se restringe (y no amplía) a dos posibles usos para el público, se pierde la razón de utilidad pública. No es el bien privado el que se puede utilizar para esos fines recreativos o de pesca, sino la playa, bien nacional que está reservado por otras normas al uso público.[75]

Por otra parte, en diversos pronunciamientos sobre disposiciones legales referidas a materias laborales[76] y de seguridad social,[77] el Tribunal ha establecido que las cotizaciones previsionales que el empleador debe enterar para garantizar las prestaciones de seguridad social, son de propiedad del Trabajador y en razón de lo anterior, se

---

[74] Ibídem, considerando 27.

[75] Ibídem, considerando 31.

[76] Sentencia rol 767, de 30 de octubre de 2007, en que solicitó la inaplicabilidad del artículo 1 de la ley 18865, relativa a las contrataciones de profesionales de los Centros de Atención Sanitaria Militar.

[77] Roles 576, de 24 de abril de 2007 y 519, de 5 de junio de 2007. En ambos casos se requirió la declaración de inaplicabilidad de los artículos 12 y 14 de la ley 17322, sobre Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social.

encuentran tuteladas en el artículo 19.24 de la Constitución, que asegura el derecho de propiedad.

Así, se ha resuelto al respecto:

> […] tal como lo ha señalado esta misma Magistratura, frente a las cotizaciones de los trabajadores dependientes se estaría en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, tutelados por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado.[78]

4. Conclusiones

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. Los primeros textos constitucionales chilenos del siglo XIX no contienen mayores disposiciones referidas a derechos de contenido social y económico, sino más bien a las libertades públicas, aunque ocasionalmente se hace referencia a la educación pública.
2. La Constitución de 1925 establece que la educación pública es una atención preferente del Estado. A su vez, se impone al Estado el deber de velar por la salud pública. Con las reformas de 1971 se profundiza el Estado social de derecho al otorgarse al Estado un rol fundamental en materia educacional, además de regularse por primera vez el derecho a la seguridad social y la justicia de la remuneración laboral.
3. El actual texto constitucional refuerza la servicialidad del Estado y su finalidad de promover el bien común. Asegura nuevos derechos, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y resalta el rol fundamental del Estado con relación a las diversas acciones vinculadas a la salud (preventivas y rehabilitadoras), a la promoción del derecho a la educación en sus diversos niveles y al acceso a las prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social.
4. El artículo 20 de la Constitución Política permite que cualquier afectado por un acto u omisión ilegal o arbitrario recurra a la protección de las cortes de apelaciones en caso de que sus derechos fundamentales sean amenazados, perturbados o privados. Entre estos últimos, no se encuentran tutelados con la acción de protección los derechos de contenido social, de modo que frente a situaciones abusivas de particulares o de la autoridad la Corte Suprema ha dado amparo a través de otros derechos, como el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley.
5. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de efectuar diversos pronunciamientos con relación a los derechos de contenido social y económico, particularmente a través de la acción de inaplicabilidad.
6. Así, ha señalado que infringe la Carta Fundamental la disposición legal que autoriza modificaciones en los planes de salud en atención a factores vinculados a

[78] Ibídem, considerando 17.

la edad o el sexo del cotizante. Por su lado, en el ámbito de la seguridad social no ha estimado contrario a la Constitución el decretar órdenes de arresto en contra de empleadores que no han enterado cotizaciones previsionales que son de propiedad de sus trabajadores.

7. Por último, en el ámbito educacional ha reconocido como legítima la finalidad perseguida por el legislador de mejorar la calidad de la educación, lo que además es una exigencia para el Estado. Finalmente ha precisado que los verdaderos titulares del derecho a la educación son los alumnos.

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- Mariana Blengio Valdés (Uruguay)
  La prevención y prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en América Latina

- Eric Tardif (Canadá-México)
  Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 291-306, ISSN 1510-4974

Mariana Blengio Valdés (Uruguay)*

La prevención y prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en América Latina

RESUMEN

La prevención y prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se estudia en este trabajo a través de su regulación normativa de fuente internacional e interna en América Latina, cuya legislación en este campo se proyecta a partir de la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI. Se destaca también la actuación de órganos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. La realidad de la tortura en el continente se aborda a través de dos problemáticas de actualidad: el terrorismo y la violencia policial y militar que se evidencia en diferentes estados de Latinoamérica.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicación de los tratados internacionales, ONU, OEA, responsabilidad del Estado, América Latina.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit behandelt die Frage der Prävention und des Verbots von Folter und anderen grausamen, unmenschlichen und erniedrigenden Behandlungen anhand der auf internationale und nationale Rechtsquellen gestützten normativen Regelungen in Lateinamerika, wo sich auf diesem Gebiet seit der zweiten Hälfte des 20. und zu Beginn des 21. Jahrhunderts eine eigene Gesetzgebung herausgebildet hat. Besondere Beachtung verdient auch die Arbeit der internationalen und regionalen Institutionen zum Schutz der Menschenrechte. Der Realität der Folter wird unter Bezug auf zwei aktuelle Problembereiche Rechnung getragen: Terrorismus sowie von Polizei und Streitkräften verübte Gewalt, wie sie in mehreren Ländern Lateinamerikas zu beobachten ist.

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Folter, grausame, unmenschliche und erniedrigende Handlung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Umsetzung der internationalen Abkommen, UNO, OAS, Staatenverantwortung, Lateinamerika.

---

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora adjunta de Derechos Humanos de la Universidad de la República, Uruguay. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de la República. ‹ius@netgate.com.uy›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ABSTRACT

This paper discusses the prevention and prohibition of torture, cruel, inhuman, and degrading treatment through the provisions of international and Latin American regulations, based upon laws designed during and after the second half of the twentieth century. The role of international and regional bodies for the protection of human rights is also underscored. The existence of torture on the continent is addressed by considering the topics of terrorism and violence at the hands of both police and military personnel, as encountered in different Latin American countries.

Keywords: international human rights law, torture, cruel, inhuman and degrading treatment, Inter-American Court of Human Rights, implementation of international treaties, United Nations, OAS, State responsibility, Latin America.

1. Introducción

Las prácticas de la tortura y tratos inhumanos son una gravísima violación a los derechos de los seres humanos. Su erradicación en el mundo constituye uno de los grandes desafíos de las sociedades contemporáneas.

La prevención y prohibición de la tortura ha sido objeto de regulación jurídica específica, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos como vertiente del derecho internacional público clásico. Este proceso, que se verifica en forma armónica a través de la ratificación de normas de fuente internacional en gran parte de los países latinoamericanos, ha determinado la conformación de un conjunto de documentos que promueven la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Así también los países han incorporado, en forma gradual, mecanismos nacionales e internacionales de prevención y prohibición de la tortura, como forma de complementar y asegurar la protección integral de los derechos de la persona humana.

2. La prohibición de la tortura como ius cogens

La prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes es considerada por gran parte de la doctrina como una norma imperativa de derecho internacional general, universalmente obligatoria, independientemente de que el estado sea parte o no de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas y/o de otros tratados de protección de los derechos humanos de carácter regional.

Se define entonces como norma de jus cogens. De esta calificación se deduce que ninguna circunstancia, por más grave o excepcional que se considere, podrá habilitar o justificar las prácticas de tortura.[1] Todas las legislaciones que se adopten, tanto en

[1] La relación entre derechos humanos y jus cogens puede ampliarse en Héctor Gros Espiell: *Estudios sobre derechos humanos,* vol. I, cap. XIII: "Derechos humanos y el Jus Cogens", Caracas:

el plano nacional como internacional, deben ser compatibles con las normas de jus cogens. En este caso, la que prohíbe tajantemente la aplicación de torturas y tratos similares a cualquier persona, sin ningún tipo de distinción.[2]

3. Regulación en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Naciones Unidas

La regulación de la prohibición de la tortura es una constante en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. A partir de 1948, con la adopción de la Declaración Universal, la temática ha sido incluida en numerosos documentos de fuente internacional que se abocan a diversas temáticas relativas a la protección de los derechos humanos.[3] Pueden agregarse, sin que esta nómina sea taxativa, otros documentos de diferente naturaleza y jerarquía en los cuales se promueve la prevención y prohibición de prácticas como la tortura u otras similares.[4] Así también las principales normas de derecho internacional humanitario y responsabilidad penal internacional prohíben su práctica y la previenen.[5]

Si bien hemos delimitado este estudio a la regulación jurídica de la temática en el ámbito universal (ONU) y regional (OEA), debe destacarse la relevancia de otros

---

Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1985, pp. 26-29.

[2] Sobre normas imperativas de derecho internacional (jus cogens) puede verse Antônio Cançado Trindade: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos,* vol. 2, Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 412, bajo el subtítulo: "Reflexiones finales: Las normas imperativas de derecho internacional (jus cogens) y la emergencia de las obligaciones erga omnes de protección".

[3] Entre ellos: Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948, artículo 5; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, artículo 2.*b*; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965, artículo 5.*b*; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21 de febrero de 1966, artículos 4, 7 y 10; Convención sobre los Derechos del Niño, 6 de diciembre de 1989, artículo 19; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, 1990, artículo 10.

[4] A los efectos ilustrativos se enumeran: Reglas Mínimas de 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; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990; Principios de Ética Médica aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas, contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, del 18 de diciembre de 1982; Principios relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo, del 4 de diciembre de 2000.

[5] Puede estudiarse al respecto: Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, del 12 de agosto de 1949, adoptado por la Conferencia Diplomática para la Adopción de Convenios Internacionales para la Protección de Víctimas de Guerra, celebrada en Ginebra

sistemas de protección de los derechos humanos de carácter regional, como el europeo (Consejo de Europa). El sistema europeo resulta pionero en materia de regulación de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como también de la instrumentación de sistemas de prevención y prohibición.[6]

La Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987. Esta norma define la tortura en su primer artículo y describe las obligaciones que contraen los estados parte que ratifiquen la Convención. Contribuye al fomento de la protección de los derechos humanos a través de la creación de un órgano de vigilancia (artículo 17) denominado *Comité contra la Tortura* (CT). Este se ocupa de todo lo relativo a la observancia de las obligaciones para los estados emanadas del documento. Este órgano permite además la presentación de quejas de particulares por violación de los derechos consagrados en la Convención contra la Tortura, entre otros mecanismos de protección.

En forma progresiva, han ratificado o adherido la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas los siguientes estados de América Latina y el Caribe:[7] Antigua y Barbuda (1993), Argentina (1986), Belice (1986), Bolivia (1999), Brasil (1989), Chile (1988), Colombia (1987), Costa Rica (1993), Cuba (1995), Ecuador (1988), El Salvador (1996), Guatemala (1990), Guyana (1988), Honduras (1996), México (1986), Nicaragua (2005), Panamá (1987), Paraguay (1990), Perú (1988), San Vicente y Granadinas (2001), Uruguay (1986) y Venezuela (1991).

Como puede verse, estas ratificaciones y/o adhesiones se verificaron durante las décadas de 1980 y 1990, luego del retorno a la democracia de muchos de los países de Latinoamérica, en los cuales se habían producido gravísimas violaciones a los derechos humanos por gobiernos dictatoriales.[8] Restablecidos los gobiernos democráticos, la regulación normativa en materia de prevención y prohibición de la tortura se evidencia con la ratificación de instrumentos internacionales universales y regionales,

---

del 21 de abril al 12 de agosto de 1949, artículo 3.1.*a* y *c*, común a los cuatro convenios; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativos a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales, de 1977; Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 18 de julio 1998; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la Antigua Yugoslavia desde 1991, resolución del Consejo de Seguridad de 1993, artículos 2.*b,* 4.2.*b* y 5.*f;* Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Responsables de Genocidio y otras Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de Ruanda y a Ciudadanos de Ruanda Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de esa Naturaleza cometidas en el Territorio de Países Vecinos durante 1994, resolución del Consejo de Seguridad de 1994, artículos 2.*b,* 3.*f* y 4.*a.*

[6] Jean François Renucci: *Droit européen des droits de l'homme,* París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 2.ª ed., 2001, pp. 579 ss.

[7] Compilación de *Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe 1988-2005,* OACDH – IIDH, p. 50. La fecha que figura corresponde al depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

[8] A modo de ejemplo, en el sur del continente americano puede constatarse: a) en Uruguay la dictadura militar se prolongó desde el 27 de junio de 1973 hasta el 1 de marzo de 1985; b) en Chile el golpe de Estado se produjo el 11 de setiembre de 1973 y se restableció la democracia el 11 de marzo de 1990; c) en Argentina el golpe militar se produjo el 24 de marzo de 1976 y se restablecieron las instituciones democráticas el 10 de diciembre de 1983; d) la dictadura en Brasil se prolongó desde el 31 de marzo de 1964 hasta el año 1985.

con la incorporación en las constituciones de la prohibición de la tortura y también con la tipificación del delito en materia penal.

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002, entró en vigor el 22 de junio de 2006. Constituye un paso relevante en aras de la prevención. Cuenta a la fecha con las ratificaciones de once estados de América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Uruguay.[9] El Protocolo reviste especial interés, entre otros aspectos, por cuanto los estados se obligan a crear un mecanismo de prevención de la tortura o los tratos inhumanos o degradantes en el ámbito interno,[10] es decir, instancias nacionales para prevenir prácticas autoritarias ajenas al derecho.

Esos mecanismos nacionales deben ser independientes del gobierno. Pueden ser uno o varios en cada estado parte, estatales o privados. Pueden estar integrados o a cargo de los ombudsman o defensores en el ámbito carcelario o de la comunidad ya existentes, pero siempre que estos se encuentren facultados para cumplir las funciones específicas previstas y descritas en el Protocolo Facultativo y no estén vedados por limitaciones de su mandato.[11]

Tres estados de los once de América Latina que ratificaron el Protocolo han cumplido con la creación del mecanismo nacional que estipula el Protocolo: Costa Rica, México y Uruguay. En el caso uruguayo, las funciones estarán a cargo de la Institución de Derechos Humanos, órgano de naturaleza no jurisdiccional.[12]

---

[9] Fechas de ratificaciones: Argentina el 15 de noviembre de 2004 (primer estado latinoamericano en ratificar el documento); Bolivia el 23 mayo 2006; Brasil el 12 de enero de 2007; Costa Rica el 1 diciembre de 2005; Chile el 12 de diciembre de 2008; Guatemala el 9 de junio de 2008; Honduras el 23 de mayo de 2006; México el 11 de abril de 2005; Paraguay el 2 de diciembre de 2005; Perú el 14 de setiembre de 2006 y Uruguay el 8 de diciembre de 2005. Cf. ‹www.apt.ch›.

[10] El artículo 17 del Protocolo establece: "Cada estado parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones".

[11] Debra Long y Nicola Boeglin Naumovic (comps.): *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Un manual para la prevención,* San José (Costa Rica) y Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2004.

[12] Ley 18446 de 10 de diciembre de 2008, artículo 83: "La Institución Nacional de Derechos Humanos llevará a cabo en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores las funciones del mecanismo nacional de prevención al que se refiere el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes. La INDDHH deberá cumplir con las exigencias que para el mecanismo nacional prevé el Protocolo dentro de sus competencias y atribuciones".

4. Organización de los Estados Americanos (OEA)

Al igual que en el sistema universal, en el sistema de protección de los derechos humanos de la OEA existen documentos que incluyen específicamente aspectos relativos a la protección de la vida e integridad física y la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.[13]

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura constituye el documento central. Fue adoptada por la Asamblea General de la OEA el 6 de diciembre de 1985, y a la fecha ha sido ratificada por los siguientes países de América Latina y el Caribe: Argentina (1989), Brasil (1989), Chile (1988), Colombia (1999), Costa Rica (2000), Ecuador (1999), El Salvador (1994), Guatemala (1987), México (1987), Panamá (1991), Paraguay (1990), Perú (1991), República Dominicana (1987), Suriname (1987), Uruguay (1992) y Venezuela (1991).[14]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la potestad de recibir informes de los estados parte y analizar en su informe anual la situación respecto a la prevención de la tortura, entre otros temas. Al respecto, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura expresa en su artículo 17:

> Los Estados Partes se comprometen a informar a la CIDH acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden que hayan adoptado en aplicación de la presente Convención. De conformidad con sus atribuciones la CIDH procurará analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados Miembros de la OEA en lo que respecta a la prevención y supresión de la tortura.

La labor realizada por los dos órganos del sistema de protección de los derechos humanos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, revela la existencia de casos individuales que han denunciado prácticas de tortura con distintos fines y resultados, los cuales han tenido diferente andamiento en los órganos del sistema. Esto ha permitido la aplicación de la normativa internacional y la condena a diversos estados por la aplicación de prácticas abusivas, violatorias de los derechos humanos de los denunciantes. La jurisprudencia de la Corte aplica en varios casos la normativa prevista en el sistema interamericano en materia de tortura, así como también la universal.[15] Por ejemplo, en sentencia de 6 de abril de 2006, recaída en el caso *Baldeón*

---

[13] Entre ellos: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948, artículo 1; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, del 19 de diciembre de 1966, artículo 5.2; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, del 9 de junio de 1994, artículo 4.

[14] OEA (comp.): *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano,* Washington: OEA, 2004, p. 91. La fecha que figura corresponde al depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

[15] Múltiples sentencias permiten profundizar en el derecho a la integridad física y la tortura. Al respecto pueden verse sentencias de la Corte Interamericana recaídas contra Honduras —casos *Velásquez Rodríguez; Godínez Cruz,* y *Fiaren Garbi y Solís Corrales*—, publicadas en Sergio García

García Fondo contra Perú, se condena al Estado peruano tras establecer que este "incumplió la obligación de investigar y sancionar la tortura establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 1, 6 y 8)".

En la actividad de la Corte Interamericana se destacan dos opiniones consultivas: la n.º 8, del 30 de enero de 1987, y la n.º 9, del 6 de octubre de 1987. En la primera de ellas, la Corte fue consultada sobre "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías"; en la segunda, sobre las "Garantías Judiciales en estados de emergencia". Las opiniones permiten reafirmar lo ya establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27.2) en relación con los derechos y garantías no suspendibles ante situaciones de emergencia, en las cuales se protege el derecho a la vida y la integridad física de la persona.

Expresa la opinión consultiva 8/87:

> El Hábeas Corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el Juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el habeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[16]

5. Regulación constitucional en América Latina

Del estudio de las constituciones de los diferentes países latinoamericanos también se evidencia la regulación normativa como forma específica y concreta de lucha por el respeto a los derechos humanos. En forma paulatina se ha procedido a tipificar la tortura como delito en las legislaciones comparadas. Pueden verse algunos ejemplos:

La Constitución del Paraguay en su artículo 5, titulado "De la tortura y de otros delitos", expresa:

> Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzada de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles.

La Constitución de Colombia, en el capítulo I, "De los Derechos Fundamentales", establece en su artículo 12:

Ramírez (coord.): *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México: Universidad Autónoma de México y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 58.

[16] Opinión consultiva 8, § 35, en García Ramírez (coord.): o. cit., p. 1016.

> Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[17]

En referencia expresa al sistema penitenciario, la Constitución de Guatemala establece en su artículo 19.*a* que este debe cumplir con las siguientes normas mínimas:

> […] deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, síquicas o coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad o hacerles víctimas de esas acciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.

Otras constituciones infieren el concepto a través de la preocupación constante por el respeto a la vida y la integridad de las personas, como principio general del derecho y condición necesaria para la vigencia de la democracia y el Estado de derecho. Así, la Constitución de Uruguay establece que todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en goce de la vida, y su artículo 7 señala:

> Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

En forma específica, el artículo 26.1 prohíbe la aplicación de la pena de muerte: "A nadie se le aplicará la pena de muerte". Respecto al sistema penitenciario, el inciso 2 del mismo artículo puntualiza:

> En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y sí solo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito.[18]

Es importante destacar que la prohibición de la pena de muerte fue incorporada a texto expreso en la Constitución de 1918, cuando ya había sido eliminada por la ley 3238, de 23 de setiembre 1903, lo que convierte a Uruguay en uno de los pioneros en su abolición. La proyección de la pena de muerte en vinculación con la tortura ha sido

---

[17] Constitución Política de Colombia, 1991.

[18] El 25 de setiembre de 2006 el Uruguay procedió a tipificar el delito de tortura en su derecho interno con la adopción de la ley 18026 (artículo 22). Dicha tipificación se armoniza con lo establecido en documentos internacionales que Uruguay ha ratificado, especialmente la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana para la Eliminación de las Prácticas de Tortura, así como también las observaciones generales y recomendaciones emanadas de los órganos de protección internacional.

objeto de tratamientos jurisprudenciales relevantes en el ámbito universal y regional.[19] Este artículo de la Constitución uruguaya, redactado a comienzos de siglo, utiliza el verbo *mortificar,*[20] cuyo significado puede asimilarse al de *torturar.*

Especial atención merece la Constitución argentina. Su artículo 22 atribuye al Congreso de la Nación la facultad de "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 tiene jerarquía superior a las leyes", y entre los enumerados en el texto constitucional figura la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Dispone asimismo que 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. La nómina queda abierta a la incorporación de nuevos tratados a los que se les adjudicará rango constitucional, tal como establece la Carta. El capítulo I, relativo a "Declaraciones, Derechos y Garantías", prevé en su artículo 18 la abolición de

> […] toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.[21]

La Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) establece en el capítulo I, "Dos Direitos e Deveres individuais e colectivos", artículo 5.III:

> Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Estas incorporaciones expresas sobre la prohibición de la tortura no han impedido que dichas prácticas persistan en muchos países latinoamericanos. Algunos ejemplos se refieren en el siguiente capítulo.

---

[19] Dictamen del Comité de Derechos Humanos del 6 de abril de 1989 en relación con las comunicaciones 210/87 y 225/87, casos *Earl Pratt* e *Ivan Morgan c/ Jamaica.* El Comité consideró que el hecho de no haber comunicado a dos personas condenadas a muerte la suspensión de la ejecución hasta cuarenta y cinco minutos antes de la hora prevista para ella causó a las víctimas una "angustia intensa", violatoria del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Puede verse también la jurisprudencia sobre el tema en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

[20] Mortificar es "Dañar gravemente alguna parte del cuerpo", según el *Diccionario* de la Real Academia Española, 21.ª ed., Madrid: Espasa, 2001.

[21] Constitución de la Nación Argentina. 1994.

6. El abismo entre la realidad y la norma

La realidad demuestra algunos problemas que colisionan con la vigencia de la prohibición de la tortura, establecida, como se ha visto, en numerosas normas nacionales e internacionales. Por un lado, el terrorismo y las acciones fundadas en la seguridad de los estados violentan en muchos casos el principio de respeto a los derechos humanos y la prohibición de estos tratos crueles que niegan la dignidad humana. Por otro, lo infringe la violencia policial y militar, especialmente en lo que refiere a la seguridad interna, la prevención y castigo del delito. Nos abocaremos sintéticamente a estos dos problemas sin perjuicio de que puedan detectarse otros que afecten a la vigencia de los derechos aludidos.

6.1. Terrorismo

En los últimos años han proliferado en varios países del mundo legislaciones catalogadas como *antiterroristas* que limitan y debilitan el goce de determinados derechos, especialmente los de naturaleza civil. El alcance de las legislaciones antiterroristas hace retroceder viejas conquistas en materia de derechos humanos, lo que genera una grave contradicción. Esto ha determinado el abuso en cuanto a detenciones y técnicas de interrogatorio, entre otras problemáticas, esgrimiendo el supuesto interés nacional de la lucha contra el terrorismo como factor que legitima la acción abusiva del Estado.

Sobre el tema, resulta ilustrativa la Declaración del Comité contra la Tortura aprobada en su 501.ª sesión, el 22 de noviembre de 2001. Habida cuenta de las reacciones de los estados tras los atentados ocurridos en Estados Unidos el 11 de setiembre de 2001, la Declaración condena "de manera absoluta" los ataques terroristas y "expresa su profundo pesar por las víctimas que provenían de ochenta países incluidos muchos estados parte en la Convención contra la Tortura". En dicho documento, el Comité contra la Tortura recuerda

> […] a todos los Estados Partes en la Convención, el carácter irrenunciable de la mayoría de las obligaciones que han contraído por ellos al ratificar la Convención. Las obligaciones que figuran en los artículos 2: en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales que justifiquen la tortura; artículo 15: prohibición de que las confesiones extraídas como resultado de la tortura puedan ser invocadas como prueba, salvo en contra del torturador, y artículo 16: prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, son tres de esas disposiciones que deben observarse en toda circunstancia.[22]

La Asamblea General de la OEA, en la resolución 1906, sobre "Derechos Humanos y Terrorismo" de 4 de junio de 2002 resolvió:

[22] Mariana Blengio Valdés: *Manual de derechos humanos. Tortura,* Montevideo: CLAEH y Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de la República, 2006, pp. 13 ss.

> Reafirmar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas para preservar el estado de derecho y las libertades y los valores democráticos del Hemisferio.[23]

El día 3 de junio de 2002 fue aprobada la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en la cual se considera que este constituye "un grave fenómeno delictivo que preocupa profundamente a todos los Estados Miembros, atenta contra la democracia e impide el goce de los derechos y libertades fundamentales". Su texto establece un sinnúmero de medidas para combatir el terrorismo en el marco del respeto de los derechos humanos. El artículo 15, incisos 2 y 3, señala que nada de lo dispuesto en la Convención se interpretará en el sentido de menoscabar "otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional". Por el contrario,

> [Se debe] asegurar a toda persona que se encuentre detenida […] un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y la disposiciones pertinentes del derecho internacional.

Esta Convención fue ratificada por la gran mayoría de los países latinoamericanos: Paraguay (2003), México (2003), Nicaragua (2003), Venezuela (2003), Perú (2003) El Salvador (2003), Chile (2004), Honduras (2004), Guatemala (2005), Argentina (2005), Brasil (2005), Costa Rica (2006), Ecuador (2006), Grenada 2006), Uruguay (2006) y Colombia (2008). Canadá la ratificó en el año 2002 y Estados Unidos en el 2005.[24]

Las legislaciones represivas adoptadas en diversos países del mundo con el fundamento de la seguridad nacional y las prácticas abusivas en los interrogatorios y demás actuaciones constituyen una severa violación a los derechos humanos de muchas personas. En diversos casos las denuncias han arrojado luz sobre circunstancias que ameritan una solución inmediata que proteja los derechos vulnerados, como es el caso flagrante de la Base Naval de Guantánamo, donde se encuentran más de dos centenares de detenidos sin ninguna normativa internacional que los ampare.

Sobre el punto resulta por demás significativo lo ocurrido el 22 de enero de 2009, cuando el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, bajo los títulos "Revisión y disposición de las personas detenidas en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo y cierre de las instalaciones de detención" y "Asegurar la legalidad de los interrogatorios", ordenó que las autoridades revisaran en forma inmediata la situación de todas las personas detenidas en Guantánamo y aseguraran que las condiciones de detención cumplieran las leyes nacionales e internacionales aplicables, incluidas las Convenciones de Ginebra. Se reconoció también el derecho constitucional al hábeas corpus de todos los detenidos y se ordenó el cierre del centro de detención de Guantánamo en el

[23] Secretaría General de la OEA: *Informe sobre terrorismo y derechos humanos,* Washington: OEA, 2002, p. 295.

[24] Cf. ‹www.oas.org/juridico›.

plazo máximo de un año. Asimismo, la orden presidencial prohíbe utilizar prácticas de tortura en interrogatorios a detenidos llevados a cabo por la CIA.[25]

La decisión del Ejecutivo norteamericano constituye un augurio para comenzar a erradicar una situación denunciada por innumerables instituciones y organizaciones, entre ellas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2002, que también ha sido objeto de juicios con diferentes proyecciones en Estados Unidos.

6.2. Violencia policial y militar

En América Latina, en el correr de las últimas décadas, y aun cuando la gran mayoría de los estados observan regímenes democráticos, se verifica en forma persistente la existencia de prácticas autoritarias y violentas por parte del Estado, que deslegitiman la función policial o militar.

Al respecto puede consultarse el *Informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Brasil,* del 29 de setiembre de 1997,[26] que pone en evidencia la situación de violencia que se vive en ámbitos policiales y militares del país. El capítulo III, "La violencia policial, la impunidad, el fuero privativo militar para la policía", en su parte final, recomienda a Brasil, entre otros puntos, asegurar que los "agentes policiales usen la fuerza letal solo como último recurso para proteger la vida, y no para eliminar personas que son vistas como indeseables o simplemente sospechosas, ni cuando de pone en riesgo la vida de terceros" y "el castigo legal a policías responsables de crímenes dentro o fuera de su actuación policial". En el capítulo V, sobre "Violencia a menores de edad", el *Informe* denuncia, bajo el título "Tortura y malos tratos a menores por parte de policía militar":

> A pesar de las normas internacionales e internas que prohíben la tortura, la Comisión ha tenido conocimiento de que se han producido casos de tortura de menores por parte de la Policía Militar. Dicha información proviene de investigaciones parlamentarias de organismos independientes, de investigaciones periodísticas y de denuncias individuales.[27]

---

[25] "Comisión Interamericana celebra orden de cerrar el Centro de Detención en Guantánamo", comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2/2009, disponible en ‹www.iachr.org/comunicados›.

[26] La CIDH realizó una visita in loco entre el 27 de noviembre y el 8 de diciembre de 1995. Esta se dividió en cuatro delegaciones y se observó la situación en Brasilia y Río de Janeiro, en San Pablo, en los estados de Bahía y Pernambuco y en los de Pará y Roraima, respectivamente. El *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil* puede verse en el sitio web de la CIDH, ‹www.iachr.org›.

[27] Véase el informe citado, numerales 26-31. Con respecto a las denuncias, el Informe señala: "[…] según la Pastoral de Archidiócesis de San Pablo, el 20 de abril de 1991, un joven de 19 años fue quemado en su rostro con gas ácido por dos policías de las Rondas Ostensivas Tobías Aguilar". Así también denuncia que "Conforme al *Correio Brasiliense* del 17 de octubre de 1990, en Gama una menor denunció haber sido sometida a sesiones de golpes por parte de policías militares después de haber solicitado su ayuda para intervenir en un tumulto en la fiesta aniversario de la ciudad […]", y que "De acuerdo al diario *A Folha de São Paulo,* el 1 de setiembre de 1992 dos adolescentes, uno de 17 años y otro de 14, fueron torturados por once policías militares […]. Los policías

La Comisión denuncia casos de violencia y tortura en los establecimientos especiales destinados a menores. Al respecto señala:

> […] la violencia practicada en estas instituciones es causada por los propios menores o por los funcionarios encargados de su seguridad y asistencia. Muchas veces, los menores son torturados o asesinados por otros menores con la convivencia de los propios funcionarios que simplemente omiten adoptar medidas cuando tales menores someten otros a tortura. Otras veces los mismos funcionarios llegan a prestar armas a los menores para que éstos puedan practicar actos de violencia.[28]

Por su parte el *Informe Anual 2007* de la Comisión Interamericana con relación a Colombia, además de describir hechos que ponen en riesgo el debido respeto a los derechos humanos en el país, recomienda al Estado, entre otras acciones:

> Adoptar medidas efectivas tendientes a la desarticulación y desmantelamiento de estructuras armadas al margen de la ley y prevenir el fortalecimiento de grupos emergentes; remitir todas las causas que pueda involucrar ejecuciones extrajudiciales de la justicia penal militar a la justicia ordinaria e instalar mecanismos que garanticen la prevención e investigación de posibles ejecuciones extrajudiciales.[29]

En Uruguay la situación carcelaria merece especial atención. En el *Informe especial elaborado por el Comisionado Parlamentario Penitenciario*[30] en el 2008, a raíz de denuncias que se sucedieron en un complejo carcelario ubicado en el departamento de Canelones, se desprende la existencia de agresiones, abusos y amenazas a los reclusos provenientes por los funcionarios encargados de la cárcel:

> En el caso de maltrato físico se habrían retirado a los internos de sus celdas, desnudado y apaleado, y en ocasiones, a la vista y oído del resto de los internos y se habría omitido su asistencia.

Asimismo, se incluyen "quejas acerca de la destrucción de alimentos, radios, televisores, lámparas de luz", se expresa que "en lo que va del año se han realizado requisas

---

militares fueron acusados de torturar a los menores con una técnica conocida como 'ahogamiento', sumergiendo la cabeza de las víctimas en un tanque con agua. Además de eso fueron también acusados de agredirlos con gas y puntapiés, con un palo y un caño de revólver en costillas y cabeza".

[28] Véase el informe especial CIDH citado, capítulo V, § 33 ss.

[29] Véase el *Informe Anual 2007* de la CIDH, ‹www.iachr.org/annualrep/2007›.

[30] El Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario uruguayo fue creado por la ley 17684, de 29 de agosto de 2003, con el cometido principal de asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa supranacional, constitucional, legal y reglamentaria, referida a la situación de las personas privadas de libertad por decisión judicial. También le compete al la supervisión de la actividad de los organismos encargados de la administración de los establecimientos carcelarios y la reinserción social del recluso o liberado.

con un injustificado nivel de violencia" y que "algunos de los implementos requisados en Canelones solo pudieron ser ingresados del exterior". El *Informe* destaca un episodio de violencia en el que un guardia (que registra más de cien denuncias en su contra) empujó a un recluso por una escalera "fracturándole de una de sus clavículas". También refiere a regímenes de encierro "con una hora semanal de patio al aire libre", corte en el suministro de energía y en el teléfono público, y "omisiones" en el traslado de los presos a dependencias de Salud Pública.[31]

En marzo de 2009 luego de su visita al país, el relator especial de la ONU sobre Tortura Manfred Nowak,[32] elaboró un *Informe*[33] sobre la situación carcelaria que puso en evidencia el grado de emergencia humanitaria que revisten los establecimientos uruguayos. En un pasaje del *Informe* Nowak expresó:

> Durante la dictadura militar el Penal de Libertad se convirtió en un símbolo infame de tortura y malos tratos. Dos décadas después, sigue siendo conocido por sus condiciones infrahumanas. En particular, las condiciones en los módulos de acero conocidos como Las Latas, son un insulto a la Dignidad Humana de los reclusos, así como a la de los guardias que tienen que trabajar ahí, corriendo ambos riesgo para su vida.

El relator denuncia la existencia de una "alarmante violencia intracarcelaria":

> […] procesados y condenados se alojan como animales en los contenedores sobrepoblados durante casi 24 horas al día. Se encuentra a menudo forzados a tomar agua del inodoro y como resultado, a usar botellas de plástico o bolsas para hacer sus necesidades fisiológicas.

Entre las recomendaciones del relator se destacan: a) la necesaria reforma del sistema penal judicial, con hincapié en la prevención del crimen y en la resocialización de los delincuentes, y no en medidas punitivas y en una política de encierro de presuntos criminales y condenados lejos de la sociedad; b) satisfacer a los reclusos sus necesidades básicas: agua, comida, salud educación, recreación; c) llevar a cabo investigaciones efectivas sobre casos de tortura y malos tratos y llevar a los perpetradores de tortura ante la justicia.

---

[31] Véase el *Informe especial del Comisionado Parlamentario Penitenciario del Uruguay 1/2008 - 9/2008 sobre la Cárcel de Canelones,* en ‹www.parlamento.gub.uy›.

[32] Manfred Nowak fue nombrado relator especial el 1 de diciembre de 2004 por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En ese carácter es independiente de cualquier gobierno y trabaja a título individual. La Comisión nombró a un primer relator para examinar cuestiones relacionadas con la tortura en 1985. El mandato fue renovado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Abarca a todos los países, independientemente de que hayan ratificado o no la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

[33] Véase el *Informe especial del Relator Especial de la ONU sobre Tortura,* Manfred Nowak, sobre Uruguay, marzo de 2009, en ‹www.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/index.htm›.

La situación en América Latina en relación con la violencia, el abuso de la fuerza y la situación carcelaria, sintéticamente descrita, ha sido puesta en evidencia por la justicia y por la actividad de órganos de protección de los derechos humanos a escala nacional y regional, entre otros actores. Se evidencia la necesidad de seguir avanzando en la construcción de una conciencia cívica nacional que elimine y erradique la tortura y los tratos inhumanos o degradantes como medio de acción.

Para lograr tal cometido no basta la creación de normas. A ello deben agregarse elementos como sensibilizar y capacitar a los actores sociales, muy especialmente los vinculados a las fuerzas del orden y la seguridad, así como educar a la población en orden a una comprensión colectiva de la relevancia de la prohibición de todo tipo de conducta que vulnere los derechos de los seres humanos más allá de cualquier circunstancia fáctica.

7. Conclusiones

La regulación normativa muestra una constante respecto a la prevención y prohibición de la tortura. Dicha preocupación se materializa en la sanción de normas de fuente internacional y nacional que en forma armónica pretenden erradicar las prácticas de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Sin embargo, con la incorporación de estas normas en los ordenamientos jurídicos no basta. Las prácticas de tortura y tratos crueles o degradantes continúan verificándose, tal cual se ha visto.

Múltiples tareas deberán llevarse a cabo para combatir estas prácticas, sin que ninguna de ellas pueda asegurar su eliminación definitiva.

En este panorama, la prevención cobra un valor fundamental para alejar situaciones que determinen violencia y abuso. Entre las iniciativas que apuntan a ello, reviste especial interés la capacitación de la población, en particular de los grupos que se encuentran en situación directamente vinculada a la seguridad pública. Recomendaciones varias apuntan a erradicar las prácticas violentas a la hora de desarrollar esta labor.

Bibliografía consultada

Cançado Trindade, Antônio: *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. 2, Porto Alegre: Fabris, 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 2007,* en ‹www.iachr.org/annualrep/2007›.

— *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil,* en ‹www.iachr.org›.

García Ramírez, Sergio (coord.): *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Universidad Autónoma de México y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

Gros Espiell, Héctor: *Estudios sobre derechos humanos*, vol. I, Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

Informe especial del Comisionado Parlamentario Penitenciario del Uruguay 1/2008 - 9/2008 sobre la Cárcel de Canelones, en ‹www.parlamento.gub.uy›.

Informe especial del Relator Especial de la ONU sobre Tortura, Manfred Nowak, sobre Uruguay, marzo de 2009, en ‹www.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/index.htm›.

Long, Debra, y Nicola Boeglin Naumovic (comps.): *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Un manual para la prevención*, San José (Costa Rica) y Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2004.

OEA (comp.): *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano,* Washington: OEA, 2004.

OEA, Secretaría General: *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Washington: OEA, 2002.

Renucci, Jean François: *Droit européen des droits de l'homme*, París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 2.a ed., 2001.

Villan Duran, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Madrid: Trotta, 2002.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 307-322, ISSN 1510-4974

Eric Tardif (Canadá-México)*

Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo

RESUMEN

Hasta hace poco, la soberanía del Estado era considerada un valor absoluto en el derecho internacional, que permitía a los gobiernos implementar en su territorio las políticas que veían más convenientes. A pesar de un respaldo constante de los tribunales internacionales a la institución que es la soberanía, esta percepción ha ido cambiando, y ahora son cada vez más los ejemplos de injerencia del mundo exterior en el Estado. Los factores que explican esta nueva permeabilidad de las fronteras están relacionados con la internacionalización de los derechos humanos, la globalización, el papel creciente de los *mass media,* la emergencia de una jurisdicción penal internacional y de una plétora de nuevos actores en la comunidad internacional, así como la naturaleza cambiante de los conflictos armados.

Palabras clave: **derecho internacional, soberanía del Estado, ONU, Corte Internacional de Justicia, jurisprudencia comentada, derecho internacional de los derechos humanos, globalización.**

ZUSAMMENFASSUNG

Bis vor Kurzem wurde die staatliche Souveränität völkerrechtlich als ein absoluter Wert betrachtet, der es jeder Regierung gestattete, auf ihrem Gebiet die von ihr für angemessen gehaltene Politik durchzusetzen. Ungeachtet der fortlaufenden Unterstützung der Gerichte für die Souveränität als Institution hat sich diese Wahrnehmung geändert, so dass die Zahl der äußeren Einmischungen in die Angelegenheiten von Staaten zunimmt. Faktoren, die diese neue Durchlässigkeit der Grenzen erklären, sind die Internationalisierung der Menschenrechte, die Globalisierung, die zunehmende Bedeutung der Massenmedien, die Ausbildung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit und das Auftreten einer Vielzahl neuer Akteure der internationalen Gemeinschaft sowie die veränderte Natur von bewaffneten Konflikten.

Schlagwörter: **Völkerrecht, Souveränität des Staates, UNO, Internationaler Gerichtshof, kommentierte Rechtsprechung, internationales Recht der Menschenrechte, Globalisierung.**

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y catedrático de su Facultad de Derecho. Asesor del subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales en la Procuraduría General de la República Mexicana. <erictardif@hotmail.com>

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ABSTRACT

Until recently, state sovereignty was an absolute value in international law, that allowed governments to implement in their territory the policies they deemed more convenient. In spite of the international courts' constant endorsement of sovereignty, this perception has been changing, and examples of international interference with the sovereign state are increasing.

Factors that account for this new permeability of boundaries are related to the internationalization of human rights, globalization, the increasing power of mass media, the emergence of an international criminal jurisdiction, and of a number of new players in the international community, as well as the changing nature of armed conflicts.

Keywords: international law, State sovereignty, United Nations, International Court of Justice, annotated jurisprudence, international human rights law, globalization.

1. Introducción

El derecho internacional ha descansado durante varios siglos en la premisa de que la soberanía del Estado constituía una de sus piedras angulares. Este paradigma parece haber cambiado en un mundo globalizado, en el que la comunidad internacional, siempre más concientizada, se ha dotado de herramientas eficaces para injerirse de forma creciente en lo que acontece dentro de las fronteras de los estados. Prueba de ello es la reciente decisión del fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) de pretender empezar por primera vez un procedimiento en contra de un jefe de Estado en funciones. La organización de este nuevo orden mundial se ve complicada por el hecho de que, durante el último siglo, el número de estados que conforman la comunidad internacional se ha multiplicado por cuatro; este aumento ha causado mutaciones profundas en la esencia misma del derecho internacional y de la práctica de las organizaciones internacionales, a la vez que ha sido una de las más importantes fuentes de conflictos internacionales (Crawford, 2007: 4).

Para contextualizar la problemática que nos ocupa, en un primer apartado definiremos la idea de soberanía, desde el surgimiento de este concepto; en un segundo tiempo, analizaremos el trato que la comunidad internacional —en particular la Organización de las Naciones Unidas— le ha brindado en la praxis, para finalmente explicar por qué se puede hablar actualmente de un desgaste de la soberanía del Estado moderno.

2. El concepto tradicional de soberanía

La evolución histórica del concepto de soberanía comienza en la Edad Media, pero este se encuentra arraigado en el derecho divino de los reyes hasta que el jurista y filósofo Jean Bodin —en la segunda mitad del siglo XVI— lo formula dentro de un sistema filosófico de ideas políticas; se lo considera el primer autor moderno de la teoría de

la soberanía (Jellinek, 1954: 340). Cabe apuntar aquí que tanto en la Grecia antigua como en el mundo romano, la soberanía no había preocupado verdaderamente a los pensadores. Para Bodino, lo que distingue al Estado de todos los demás grupos formados por familias es la existencia de un poder soberano. El elemento esencial de la comunidad política es la presencia de un soberano común, sin el cual esta no puede concebirse como un Estado. Este Estado viene definido por Bodino como "todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder soberano, esto es, revestido de un poder supremo e independiente en lo exterior y en lo interior" (Serra Rojas, 2005: 413-414).

El poder soberano es perpetuo, inalienable, no sometido a leyes —ya que el soberano es la fuente del derecho—, y no es legalmente responsable ante los súbditos, ya que solo está limitado por las leyes de Dios y el derecho natural. El atributo primario de la soberanía es el poder de brindar leyes al ciudadano, sin la necesidad de obtener el consentimiento de algún ente superior. A partir de Bodino, la soberanía aparece como un atributo esencial del Estado y no ya simplemente como un atributo personal del monarca. Es de notarse, sin embargo, que Bodino, en la época transicional hacia el Estado moderno en la que hay que ubicarlo, defiende el absolutismo: debido a las numerosas guerras civiles, el único medio de salvación del Estado es el reconocimiento de la omnipotencia del rey (Heller, 1995: 80). El tratado de Westfalia en 1648 vino entonces a cristalizar el concepto de soberanía, al dividir Europa en varios estados con fronteras claramente establecidas (Bacik, 2008: 16).

Fue sin embargo necesario esperar unas décadas más para que se abandonara la idea de soberanía monárquica y se pasara más bien a un nuevo concepto, el de soberanía popular en el que esta reside en el pueblo: "el cuerpo de ciudadanos es soberano en el sentido de que posee la potestad suprema, no en virtud de una devolución derivada del orden jurídico establecido en el Estado, sino en virtud de un derecho primitivo anterior al Estado y a toda Constitución" (Carré de Malberg, 1948: 93). Este cambio se debió a los trabajos de Locke, Montesquieu y sobre todo Rousseau con su obra *El contrato social*.

De hecho, es posible afirmar que la soberanía puede ser vista en las versiones del contrato social, tanto de Hobbes como de Locke, como un tipo de pacto a través del cual el Estado promete proteger los miembros de una sociedad de cualquier intrusión foránea (Hoffman, 1998: 23).

Andrés Serra Rojas apunta que existen cuatro doctrinas acerca del fundamento de la soberanía. La primera es la teológica, que afirma que el poder es de esencia divina. La segunda es la del contrato social, que enuncia que los hombres, viviendo en estado de naturaleza, libres e iguales, renuncian a parte de su libertad para obtener la protección que ofrece un orden social. En tercer lugar, encontramos la doctrina del cuasicontrato social, en la que el Estado se encuentra efectuando una gestión de negocios en ausencia de los titulares. Las doctrinas inspiradas en la naturaleza del poder, finalmente, nos dicen que la existencia de una autoridad que se pueda imponer a los demás facilita el desarrollo de las comunidades sociales y otorga al hombre los beneficios de la vida social (Serra Rojas, 1998: 423).

La soberanía, en la teoría jurídica contemporánea, conlleva dos facetas: una interna y la otra externa. Internamente, es el hecho para el Estado, por un lado, de tener el poder máximo, de tal forma que prevalece sobre cualquier otra fuerza interna que exista, y, por el otro, de tomar las medidas que considere más idóneas para el mejor desarrollo de la comunidad. El aspecto externo —que es más precisamente el que nos interesa— es la capacidad que tiene un Estado de mantener su independencia de toda subordinación a otro Estado, y de ser tratado como igual en el seno de la comunidad internacional; es el criterio que permite distinguir los estados de otras formas de colectividades públicas (Morand, 2001: 154).

El tratadista Carré de Malberg (1948: 82) puntualiza:

> [N]o debe verse, en la soberanía interior y exterior, a dos soberanías distintas. Una y otra se reducen a este concepto único de un poder que no reconoce a otro ninguno por encima de él. Una y otra significan igualmente que el Estado es dueño en su territorio. La soberanía externa no es otra cosa que la expresión, a la vista de los Estados extranjeros, de la soberanía interior de un Estado. Recíprocamente, la soberanía interna no es posible sin la soberanía externa: un Estado que estuviera obligado a alguna sujeción respecto a un Estado extranjero no podría poseer tampoco una potestad soberana en el interior. Evidentemente, el concepto de soberanía se analiza o descompone en independencia en el exterior y superioridad en el interior del Estado, por lo que este concepto parece doble. Pero, en definitiva, soberanía interna y soberanía externa no son sino los dos lados de una sola y misma soberanía.

Dabin (2003: 116), por su lado, opina que no puede existir verdaderamente un concepto de soberanía *externa*, ya que la idea de soberanía presupone un poder superior y otro inferior, lo que no ocurre en el plano internacional, debido al principio de igualdad de los estados.

Al respecto, el eminente internacionalista mexicano Alonzo Gómez-Robledo Verduzco (1993: 82) establece que "para los efectos del derecho internacional, la noción de 'soberanía' comporta en ella misma la exclusividad, la autonomía y la plenitud de la competencia territorial; pero es obvio que dichos atributos de la 'soberanía' no pueden concebirse de manera absoluta, más que cuando se hace referencia al orden jurídico interno, pues en el orden internacional tales atributos se vuelven relativos".

Complementando el comentario anterior, podemos citar al jurista Bernardo Sepúlveda Amor (1995: 113), quien, antes ser electo par fungir como juez en la Corte internacional de justicia (CIJ), opinó que "la capacidad de cada uno de los Estados de determinar libremente sus formas concretas de organización política es un elemento medular de la soberanía".

La realidad que impera actualmente lleva algunos autores a hablar de crisis de la soberanía (véase por ejemplo Ferrajoli, 1999). En el plano internacional, en efecto, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que desde 1945 prohíbe la guerra, viene a suprimir el principal atributo de la soberanía externa de los estados. De igual

forma, la adopción de una plétora de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos resulta ser una limitación importante a la potestad de los estados (Hilla, 2008: 76). Estos documentos, en particular la Carta de la ONU, marcan el final del paradigma westfaliano y el nacimiento de un nuevo pacto social internacional, un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal en el que pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos.

3. La praxis en el seno de la comunidad internacional

La Liga de las Naciones, antecesora de la Organización de las Naciones Unidas, reconocía ya en su ordenamiento básico —el Pacto— un derecho de sus estados miembros a no ser objeto de injerencia alguna en sus asuntos internos. El artículo 15 de aquel Pacto, relativo a la acción del Consejo en el supuesto de que se presentara una controversia entre estados, disponía en su párrafo 8: "Si una de las partes pretende, y si el Consejo reconoce, que el diferendo versa sobre una cuestión que el derecho internacional deja a la competencia exclusiva de esta parte, el Consejo lo hará constar en un informe, pero sin recomendar solución alguna" (traducción mía).

La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) precisó, a los pocos años de la adopción del Pacto, lo que la expresión *competencia exclusiva* cubría. En su opinión consultiva del 7 de febrero de 1923, relativa a los *decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, el máximo órgano jurisdiccional de la organización comentó esta noción en los términos siguientes:

> Las palabras *competencia exclusiva* parecen […] considerar algunas materias que, aun pudiendo tocar muy de cerca los intereses de más de un Estado, no se encuentran, en principio, reguladas por el derecho internacional. En lo que atañe a estas materias, cada Estado es el único dueño de sus decisiones. La cuestión de saber si una materia cabe o no dentro del dominio exclusivo de un Estado es una cuestión esencialmente relativa: depende del desarrollo de las relaciones internacionales. […] Para fines de esta opinión, basta con subrayar que resulta muy factible que en el caso de una materia que, como la de la nacionalidad, no se halla en principio regulada por el derecho internacional, la libertad del Estado de actuar a su antojo se encuentre sin embargo restringida debido a compromisos que hubiese contraído para con otros Estados. En este caso, la competencia del Estado, en principio exclusiva, resulta limitada por reglas de derecho internacional. El artículo 15 párrafo 8 deja entonces de aplicarse respecto a los estados que se encuentran habilitados a recurrir a dichas reglas [pp. 23-24, traducción mía].

Alonzo Gómez-Robledo Verduzco (1993: 90) opina que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, esta es la definición más clara que se haya dado del concepto: el conjunto de "las materias que aun y cuando pudiendo tocar muy de cerca intereses de más de un solo Estado, no [son] en principio reglamentadas por el derecho

internacional, es decir, las materias en las cuales cada Estado es único soberano de sus decisiones".

Posteriormente, en la sentencia relativa al caso del *Lotus* (1927), el mismo órgano jurisdiccional estatuyó que "la limitación primordial impuesta al Estado por el derecho internacional es la de excluir —a menos que exista una regla permisiva contraria— todo ejercicio de su potencia sobre el territorio de otro Estado" (p. 18, traducción mía). La Corte afirmaba así el principio de la igualdad soberana de las naciones y su corolario: el principio de no intervención, directa o indirecta, en los asuntos exteriores o internos que pertenecen a la jurisdicción nacional de otro Estado. Se habla también de *soberanía territorial,* definida como la existencia del poder entero y exclusivo de un Estado sobre los hombres que habitan en su territorio, las cosas que allí se encuentran y los hechos que allí ocurren (Rousseau, 1977: 8).

La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2, párrafo 7, enuncia el mismo principio que contenía el Pacto:

> Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

La disposición en comento, que se refiere al concepto de *ámbito reservado de los estados* correspondiente a los asuntos que caen esencialmente dentro de su jurisdicción, ha sido objeto de numerosos análisis. La idea de ámbito reservado de los estados parece muy clara: corresponde a la distinción, comúnmente admitida, entre los asuntos internos y los asuntos exteriores, y constituye una de las más importantes garantías de respeto, por la ONU, del principio de igualdad soberana de los estados, sobre la cual está fundado (artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas). Es, pues, uno de los elementos esenciales del estatus jurídico de los estados miembros.

En este sentido, otro pronunciamiento jurisprudencial de singular importancia viene a reforzar el principio de no injerencia. En efecto, la Corte Internacional de Justicia —heredera de la CPJI—, en su sentencia del 9 de abril de 1949, relativa al caso del *canal de Corfú,* declaró:

> El supuesto derecho de intervención solo puede concebirse […] como la manifestación de una política de fuerza, la cual, en el pasado, ha dado lugar a los más graves abusos, y que no podría, fueran los que fuesen los recelos actuales de la Organización internacional, encontrar lugar alguno en el derecho internacional [p. 45, traducción mía].

De forma más reciente, la CIJ, con respecto al caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* de 1986, insistió en la validez del principio de no intervención considerado como principio común del derecho internacional. Tras recordar que

el concepto de no intervención "pone en juego el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia exterior", la Corte resaltó que el principio en cuestión "no ha sido realmente enunciado en la Carta", a pesar de lo cual se ha considerado como "constitutivo del derecho consuetudinario internacional" (p. 106).

Sin pretender dar una definición exhaustiva de la no intervención, la Corte determina, sin embargo, "los elementos constitutivos pertinentes para la solución del litigio", destacando que "este principio prohíbe a todo Estado o grupo de ellos intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro. La intervención prohibida es entonces aquella que se lleva a cabo en materias en las que el principio de soberanía de las naciones permite a cada Estado decidir libremente. Lo cual incluye cuestiones políticas, económicas, sociales y culturales" (p. 108). La CIJ va de esta forma, más allá que su antecesora. Sin embargo, la Corte añade que, para que se dé una intervención ilícita, no basta que se lleve a cabo en los citados rubros, sino que además debe realizarse a través de medios de presión prohibidos. Se afirma que "no se pueden considerar las medidas económicas de presión como violaciones al principio consuetudinario de no intervención" (p. 126). Si bien la Corte no ha necesitado definir lo que entiende por esto, podemos deducir que la legalidad de una medida, en relación con el principio de no intervención, únicamente puede resultar de su carácter no coercitivo.

En este mismo sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la praxis, ha identificado desde los primeros años de sus actividades un tema en particular que de ninguna forma puede caer bajo el dominio de la *competencia nacional exclusiva:* la protección de los derechos humanos. Desde 1950, por su actitud ante el problema de Sudáfrica, dio a entender que la forma en que un Estado trata a sus ciudadanos no sería jamás una cuestión exclusiva de interés interno. En frecuentes ocasiones, la Asamblea ha reaccionado ante la constatación, en el territorio de un Estado miembro, de graves violaciones a los derechos humanos internacionalmente protegidos. Por medio de múltiples resoluciones, la Asamblea ha conminado a los gobiernos a hacer realidad el pleno derecho a los derechos humanos y las libertades fundamentales.[1]

Si, en virtud del reparto de facultades con el Consejo de Seguridad, la Asamblea no dispone del derecho de exigir, este umbral ha sido sin embargo superado en contadas ocasiones; así, cuando la Asamblea trató de la política del *apartheid* en Sudáfrica, en su resolución 39/72, se pronunció de la siguiente manera: "Exige que todas las tropas del régimen racista de Sudáfrica se retiren inmediata e incondicionalmente de Angola, que se ponga fin a la ocupación ilegal de Namibia y que Sudáfrica respete cabalmente la independencia, la soberanía y la integridad territorial de los Estados africanos independientes".

La Corte Internacional de Justicia ha adoptado la misma postura que la Asamblea general de las naciones unidas. Así, en su célebre sentencia *Barcelona Traction*, la Corte enuncia: "En vista de la importancia de los derechos involucrados, se puede considerar

1 Podemos citar a guisa de ejemplos la resolución 272 (III), sobre Bulgaria y Hungría, y las 294 (IV) y 385 (V) sobre estos países y Rumania. De igual forma, Irán y Guatemala son otros casos de países que fueron objeto de resoluciones de la Asamblea General concernientes a violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en sus respetivos territorios.

que todos los Estados tienen un interés jurídico para que tales derechos sean protegidos; dichas obligaciones son obligaciones erga omnes" (traducción mía, párrafo 33). El punto clave de este pasaje es la afirmación del interés jurídico de todos los Estados de que ciertos derechos, *en vista de su importancia*, sean protegidos (Jiménez de Aréchaga, 1993: 48). Como apunta el doctor Gutiérrez Baylón (1999: 42-43), sin embargo, "la potestad jurídica internacional […] esta encomendada de manera estricta a varios órganos del sistema de las Naciones Unidas, sin que pueda interpretarse que cualesquiera Estados u organizaciones, a título del referido principio pudiesen tomar la justicia internacional en sus propias manos".

Finalmente, el Consejo de Seguridad ha relajado él mismo el criterio cuasiintocable de la no injerencia, cuando se trató de condenar los regímenes de *apartheid* en Rhodesia, en Namibia y sobre todo en Sudáfrica. Con insistencia, el Consejo de Seguridad sancionó al régimen de este último país, aplicando por primera vez un embargo, con fundamento en el artículo 41 de la Carta (resolución del 4 de noviembre de 1977). La cuestión kurda fue la ocasión para que el Consejo relativizara el ejercicio absoluto e ilimitado de la soberanía nacional (Corten y Klein, 1992: 85), estableciendo claramente un vínculo de causalidad entre un drama humanitario, resultado de una violación de los derechos humanos, y las fuentes de la amenaza contra la paz y la seguridad internacionales.[2] La defensa y la promoción de los derechos humanos forman entonces parte del campo de acción de las Naciones Unidas, ya que su no respeto puede constituir una amenaza para la paz. Esto es lo que fundamenta la intervención del Consejo, en virtud del capítulo VII de la Carta, titulado "Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión".

Pero el testimonio más reciente de la comunidad internacional sobre la importancia de la protección de los derechos humanos se encuentra probablemente plasmado en la Declaración de Viena, del 25 de junio de 1993, adoptada en forma unánime por los miembros de la ONU. Su párrafo 4 expresa específicamente que la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional (*Danish Institute of International Affairs*, 1999: 53-54).

Resulta interesante, para cerrar este apartado, referirnos al apunte del profesor Gros Espiell (1995: 219):

> La extensión del dominio reservado y la determinación de las materias que son o no propias de la jurisdicción interna, varían con las exigencias de la evolución histórica, de acuerdo con lo que resulta del derecho internacional. La actual idea de lo que es la comunidad internacional, el aumento constante de las materias cuya regulación es vital para la vida de la humanidad en su conjunto, y el cambio de las ideas respeto de cuáles son las cuestiones que no pueden ya estar reservadas exclusiva ni esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados,

2 La resolución 688 fue la primera en borrar prácticamente la distinción planteada entre asuntos internos y exteriores.

han llevado y seguirán llevando en el futuro al derecho internacional a ser competente y a regular asuntos que en una época anterior estaban en el dominio reservado de los Estados.

4. El desgaste de la soberanía

En el discurso de apertura de la 54.ª Asamblea general de la ONU, en 1999, el entonces secretario general, Kofi Annan, planteó ante los representantes de la comunidad de naciones que el concepto jurídico clásico de soberanía del Estado puede a veces ser llamado a desvanecerse, en algunas circunstancias, ante la "soberanía del individuo" (Reisman, 1990: 871). En efecto, a pesar de la importancia otorgada a la soberanía en el sistema jurídico internacional, los desarrollos en las últimas seis décadas han hecho evolucionar, gradual pero inevitablemente, el concepto original de soberanía. La variación en la interpretación jurídica de la norma contemplada en el artículo 2.7 de la Carta de la ONU, y el concepto en sí de soberanía del Estado, resultan del hecho de que las condiciones materiales en las cuales la soberanía es ejercida han cambiado drásticamente desde 1945.

4.1. La internacionalización de los derechos humanos

En primer lugar, la soberanía, en el sentido clásico, ha sufrido las consecuencias de la creciente internacionalización de los derechos humanos. El enorme incremento en el *corpus* normativo de los derechos humanos en las últimas décadas ha dado lugar, como se ha visto, a que esta cuestión se retirara del dominio de los estados soberanos individuales, y los derechos y libertades fundamentales del individuo hayan pasado a ser la preocupación de la comunidad internacional como colectividad. Los estados han firmado tratados o han adquirido compromisos en pro de los derechos humanos tal y como se habían desarrollado bajo el derecho internacional consuetudinario, lo que da como resultado un nexo cada vez mayor entre derechos humanos y el derecho a intervenir con fundamento en la necesidad de salvaguardarlos. Hoy, en oposición con épocas anteriores, se acuerda prioridad a la obligación de respetar los derechos humanos sobre el principio de soberanía y la jurisdicción doméstica de los estados (Brownlie, 1998: 564).

Durante mucho tiempo, los derechos humanos se trataron como asuntos esencialmente internos a la jurisdicción de los estados. Hoy, los derechos humanos son una parte establecida del derecho internacional, con una estructura institucional —que incluye definiciones sustantivas de derechos humanos y los mecanismos para hacer cumplir esos derechos— y una aplicación universal. Por lo tanto, resulta atinado hablar de una internacionalización masiva de los derechos humanos.

La naturaleza universal de los derechos humanos es claramente manifiesta en el título del primer instrumento global dedicado a ellos —la Declaración *Universal* de los Derechos Humanos— y, para mayor claridad, viene expuesta en su preámbulo,

que describe este documento como un estándar común para todos los pueblos y todas las naciones. La doctrina de la universalidad significa que, generalmente hablando, los estándares de los derechos humanos desafían barreras económicas, geográficas, políticas, sociales y culturales. Son universales y comunes. Desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se han adoptado otros numerosos instrumentos tendientes a la salvaguardia de estos derechos, tocando todos los aspectos de la vida humana, desde las situaciones suscitadas durante los conflictos armados, hasta la reciente Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Otros tratados importantes celebrados bajo los auspicios de la ONU en referencia a los derechos humanos son la Convención de 1948 sobre el genocidio y la Convención de 1951 referente al estatus de refugiado.

La ya citada Declaración de Viena de 1993 sobre derechos humanos lleva la universalidad más lejos, enfatizando en frases inequívocas que los derechos humanos y las libertades fundamentales son el derecho inherente de todos los seres humanos, y que la naturaleza universal de estos derechos y libertades se ubica más allá de cualquier cuestionamiento (*Danish Institute of International Affairs*, 1999: 53-54). La Declaración también remarca que todos los derechos humanos son universales, y que la comunidad internacional los debe tratar de una manera global y justa, con los mismos fundamentos y con el mismo énfasis.

La internacionalización de los derechos humanos también ha permeado regionalmente en bloques económicos de estados, tales como la Unión Europea, a la cual los estados europeos han cedido gran parte de su soberanía a favor de la integración de los derechos humanos y del desarrollo regional. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido ratificada por todos los estados africanos, así como el Acta Constitutiva de la recientemente creada Unión Africana. El citado documento permite explícitamente que la Unión intervenga (obviamente de manera militar) a fin de detener o evitar situaciones de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en los estados miembros de la Unión. Según lo observado en la ya citada opinión consultiva relativa a los decretos sobre nacionalidad publicados en Túnez y Marruecos, la aceptación por un Estado de las obligaciones de un tratado referentes a un tema dado tiene el efecto de eliminar ese tema del dominio puramente doméstico (p. 28).

Muchos de los principios vertidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos de la ONU y regionales de protección de los derechos humanos también se han asentado en instrumentos nacionales de salvaguardia, evidenciando adicionalmente la universalidad de estos derechos.

La protección de los derechos humanos se ha convertido en una responsabilidad cada vez más compartida entre los estados y la comunidad internacional. Si bien es cierto que la responsabilidad principal de velar por el respeto de los derechos humanos incumbe al Estado, también se lo puede convocar para rendir cuentas en foros internacionales, que han desarrollado mecanismos de supervisión cada vez más sofisticados para este propósito.

Además del Estado y las organizaciones intergubernamentales, las instituciones internacionales de gobernanza económica, notablemente el Fondo Monetario

Internacional (FMI) y el Banco Mundial, han tenido que abandonar su concentración en el factor económico, a fin de tener en cuenta los derechos humanos en sus operaciones. Durante mucho tiempo, las citadas instituciones prefirieron restringir sus actividades a la promoción del adelanto económico de sus países miembros, tratando los asuntos de derechos humanos como asuntos políticos. Sin embargo, estas instituciones comenzaron a considerar los asuntos de derechos humanos en las décadas de los ochenta y noventa, a fin de alcanzar un desarrollo humano integral. Por ejemplo, el FMI, en 1997, publicó lineamientos de gobernanza, mientras que el Banco Mundial comenzó a poner mucho más énfasis en la participación popular, apoyando de manera creciente la incorporación de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil en cuestiones económicas, sociales y políticas. En 1998, el Banco publicó una política integral sobre el nexo entre el desarrollo y los derechos humanos. El panel de inspección del Banco fiscaliza que las actividades de este cumplan con sus regulaciones, incrementando así la transparencia.

Pero aun antes de la incorporación de las consideraciones de los derechos humanos en las actividades del Banco Mundial, tanto el Banco como el FMI habían implementado, en la década anterior, programas de ajuste estructural, aparentemente con el objetivo de compensar las *décadas perdidas* en países en vías de desarrollo. Las características de esos programas de ajuste conllevan la reducción del papel del Estado en la economía, lo cual ha contribuido a contraer el papel clásico del Estado dentro de su propio territorio.

4.2. La globalización

El segundo factor que ha contribuido al desgaste de la soberanía del Estado se relaciona con el aumento exponencial, en las últimas décadas, de la interdependencia y la interconexión globales, según lo ejemplificado por el concepto de la globalización (véase Jackson, 2007). Las transformaciones en el escenario mundial han desgastado grandemente los límites entre las economías nacionales y la economía mundial, que nunca han estado tan cercanamente integradas como actualmente.

El fenómeno de la globalización favorece la formulación de puntos de vista uniformes sobre asuntos sociales, económicos, políticos, culturales y ambientales, haciendo del mundo una sola comunidad donde la vida y las actividades de cada persona son influidas, en última instancia, por las de otras alrededor del mundo. Aunque la globalización no es enteramente un nuevo fenómeno, la última década del siglo XX ha atestiguado una enorme aceleración del proceso. La globalización está ahora, más que nunca, multiplicando los contactos entre los pueblos, más allá de límites nacionales en los ámbitos de la economía, la tecnología, la cultura y el gobierno.

La globalización, en su actual forma, ha resultado de la interacción de ciertos factores. En primer lugar, se han desarrollado mercados de bienes y servicios nuevos, desregulados y globalmente ligados entre sí. En segundo lugar, han emergido últimamente flamantes actores en el nuevo orden global: los estados ya no son los actores principales; otras entidades, como las firmas multinacionales, se han incorporado a la escena

con un sistema de producción y mercado integrados. La Organización Mundial del Comercio —primera organización multilateral de corte económico con autoridad para hacer cumplir su normativa a los gobiernos nacionales—, una Corte Penal Internacional que globaliza la justicia penal, una red internacional creciente de ONG, así como los bloques comerciales regionales son ahora actores dinámicos en asuntos globales.

En tercer lugar, han emergido nuevas reglas y normas. Estas incluyen políticas económicas globales de mercado, con una privatización y una libertad mayores que antaño; las ya mencionadas convenciones sobre derechos humanos, con una cobertura y número de signatarios crecientes, y las convenciones sobre el Medioambiente, el Comercio y el Acuerdo Multilateral sobre Inversión, adoptados en años recientes. Finalmente, ahora existen medios y herramientas de comunicación más rápidos y más baratos, principalmente el fax, el teléfono celular, el correo electrónico e Internet. Todos estos factores combinados han dado lugar a tres fenómenos: reducción de tiempo, reducción de espacio y desaparición de fronteras. Estos fenómenos han conducido a su vez al desgaste de la doctrina clásica de la soberanía del Estado.

4.3. El papel de los medios y la tecnología de la información

El tercer factor que contribuye al desgaste del concepto de soberanía del Estado es el revolucionario progreso en las telecomunicaciones y la tecnología (Cohan, 2006: 910), que también se encuentra ligado al tema de los derechos humanos. Estas revoluciones han eliminado los controles que los gobiernos ejercían sobre la disponibilidad y la difusión de la información. Resulta ahora más fácil para un individuo o una organización enterarse de lo que está aconteciendo del otro lado del globo terráqueo.

El tema de la difusión de las violaciones de los derechos humanos fue recientemente ilustrado por la reacción del pueblo birmano ante la represión desatada por las autoridades locales en contra de las manifestaciones llevadas a cabo por los monjes opuestos a la junta militar (septiembre de 2007). Pocos periodistas extranjeros están acreditados en Myanmar, y las raras imágenes de la brutalidad con que las autoridades locales actuaron fueron tomadas por ciudadanos comunes que luego las difundieron hacia el exterior gracias a Internet, lo que provocó la condena, tan inmediata como vigorosa, de los miembros de la comunidad internacional. Este *periodismo ciudadano,* apoyado por el desarrollo de la tecnología de los teléfonos celulares que ahora a menudo vienen equipados con cámara fotográfica y de video, es testimonio de un mundo de las telecomunicaciones en constante evolución.

4.4. La individualización del derecho internacional y la aparición de nuevos actores en el plano internacional

Un cuarto factor que conduce al desgaste de la soberanía del Estado tiene que ver con la participación creciente de los individuos, organizaciones internacionales, ONG y otros actores no estatales en el ámbito internacional. Consecuentemente, el respeto

por la soberanía y los límites jurisdiccionales han ido evolucionando, de una teoría en la que prevalecía la soberanía absoluta a una postura mucho más relajada, en la que el papel de la soberanía no es ya tan crucial. Numerosos tratados, declaraciones de principios y otros instrumentos de derechos humanos definen el papel del individuo en el plano internacional. Además, el crecimiento del papel del individuo en derecho internacional queda manifiesto en las disposiciones referentes a los mecanismos de queja previstos en protocolos opcionales al Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, por ejemplo.

El derecho internacional se ha definido tradicionalmente como el derecho que gobierna la relación entre estados. Esta definición ha sido modificada por los desarrollos acontecidos en el derecho internacional, que otorgan cada vez más derechos a los individuos y les imponen más y más deberes y, por lo tanto, la capacidad de actuar en el plano internacional. Encontramos un ejemplo de tales progresos en el campo del derecho penal internacional, el cual castiga a los individuos que llevan a cabo crímenes internacionales y protege a los individuos de los autores de estos crímenes. Sobre esta base, el Estatuto de Roma de la CPI prevé una responsabilidad penal individual, la cual impide que un acusado se deslinde de sus actuaciones por el hecho de ser un jefe de Estado u oficial del gobierno. Como ya se apuntó, el fiscal de la CPI decidió recientemente utilizar esta disposición para contemplar la posibilidad de incoar un procedimiento contra el presidente de Sudán por los actos de genocidio perpetrados en Darfur. En el mismo sentido, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto del Tribunal penal para Ruanda, este órgano jurisdiccional en 1998 condenó a Jean Kambanda, primer ministro de Ruanda, por genocidio y lo sentenció a cadena perpetua.

La individualización del derecho internacional también ha conducido cada vez más a argumentos tendientes a responsabilizar a las corporaciones multinacionales y otros actores no estatales en referencia a las violaciones de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la individualización de los derechos humanos ha dado lugar a un incremento del papel de las ONG en la fiscalización del cumplimiento de las normas de derechos humanos en el marco del sistema de la ONU, así como en el ámbito de los mecanismos regionales de salvaguardia de estos derechos.

4.5. La naturaleza cambiante de los conflictos armados

El quinto, y uno de los factores principales que han contribuido al declive del concepto de la soberanía, es el cambiante patrón de los conflictos armados. El involucramiento de la comunidad internacional en conflictos violentos y crisis humanitarias ha aumentado sustancialmente desde el final de la Guerra Fría. Al mismo tiempo, el sistema de seguridad mundial ha sufrido mutaciones importantes. Mientras que la Guerra Fría fue marcada por una rivalidad global entre las superpotencias, muchos países ahora están descubriendo que ya no son de suficiente importancia estratégica como para recibir ayuda internacional.

El resultado de esta situación, en la que la implicación directa de las superpotencias en los conflictos está declinando, es la exacerbación de los conflictos armados a un

grado tal que algunos estados se están desintegrando o están al borde de ello. Por lo tanto, los gobiernos de varios países han adoptado medidas represivas ásperas en un intento de mantener la unidad nacional.

También la polarización de los conflictos armados entre los de carácter interno y los interestatales se ha ido desvaneciendo desde el final de la Guerra fría. Los conflictos internos a menudo conducen a conflictos entre estados y viceversa. Un buen ejemplo de ello es el conflicto en la República Democrática del Congo, que comenzó como insurrección interna contra el gobierno del presidente Mobutu Sese Seko, pero terminó implicando a otros siete países africanos.[3] De la misma forma, muchas fronteras nacionales no coinciden con límites étnicos, religiosos o culturales, lo que facilita un desbordamiento de los conflictos. Adicionalmente, los flujos de refugiados que cruzan las fronteras tienen el impacto de internacionalizar un conflicto armado que hasta ese momento era interno.

Estos nuevos patrones de conflicto significan que los medios diplomáticos tradicionales de intervención pueden no resultar los más idóneos cuando los propios gobiernos amenazan a sus poblaciones con exterminarlas. Las sanciones económicas también tienen un efecto limitado, ya que su impacto llega a ser solamente evidente en el largo plazo, mientras que la prevención del genocidio de civiles requiere una acción rápida y decisiva. Esto significa que la intervención militar es a menudo la única manera disponible de contener una catástrofe, lo cual ha desgastado sustancialmente el principio de la soberanía del Estado como es concebido tradicionalmente.

5. Conclusión

Aunque el concepto conocido de Estado no esté a punto de desaparecer, ya no es lo que solía ser. Los efectos combinados de la globalización, el papel de los medios y de la tecnología de la información, la individualización del derecho internacional, los nuevos actores en el plano internacional y la naturaleza cambiante de los conflictos armados han conducido al desgaste sustancial de la doctrina de la soberanía del Estado según se concebía tradicionalmente. La multiplicación de los llamados *estados desvalidos —failed states* en inglés—, en los que las estructuras institucionales se desmoronan, es otra expresión de este mismo fenómeno.

La soberanía del Estado ha sido todavía más erosionada por la política y los condicionamientos estructurales impuestos en países que han recibido ayuda de las instituciones de Bretton Woods y las agencias donadoras bajo el esquema bilateral. Está por otro lado reconocido y aceptado desde hace varias décadas que algunos estados se han involucrado en procesos de formulación de la política pública de varios países, supuestamente independientes, de la comunidad internacional.

3 Angola, Namibia y Zimbabue mandaron tropas para apoyar al gobierno; Ruanda y Uganda penetraron en el territorio para apoyar a los rebeldes; Libia y Somalia manifestaron su apoyo al gobierno.

Otro tema de gran relevancia y de mucha actualidad, en el marco de la multiplicación de los modelos de unión que se están forjando a escala regional en varias partes del globo terráqueo y con varios grados de integración, es la problemática suscitada por la reubicación de la soberanía en el ámbito internacional —por ejemplo, en relación con la transferencia de soberanía de los países miembros de la Unión Europea hacia los órganos centrales de esta organización (véase la obra colectiva al cuidado de Colin Warbrick y Stephen Tierney, 2006).

Por lo tanto, cabe concluir que la noción de *soberanía del Estado,* según se entiende en la actualidad, es el resultado de una evolución que la hace apartarse de su noción original —la noción westfaliana—. Resulta de suma importancia no perder de vista esta mutación cuando nos proponemos aprehender los pormenores de las relaciones interestatales en un mundo globalizado siempre más complejo, o analizar el quehacer jurídico internacional.

Referencias bibliográficas

Advisory Council on International Affairs and Advisory Committee on Issues of Public International Law: *Humanitarian Intervention*, La Haya: Advisory Council on International Affairs, 2000.

Bacik, Gokhan: *Hybrid Sovereignty in the Arab Middle East: The Cases of Kuwait, Jordan, and Iraq*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.

Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 5.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1998.

Carré de Malberg, Raymond: *Teoría general del Estado* (traducción), México: Fondo de cultura económica, 1948.

Cohan, John: "Sovereignty in a Postsovereign World", en *Florida Journal of International Law*, n.º 18, 2006.

Corten, Olivier, y Pierre Klein: *Droit d'ingérence ou obligation de réaction*, Bruselas: Bruylant, 1992.

Crawford, James: *The Creation of States in International Law*, 2.ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 2007.

Dabin, Jean: *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política* (traducción), México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Danish Institute of International Affairs: *Humanitarian Intervention. Legal and Political Aspects*, Copenhague: Gullanders, 1999.

Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 1999.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso: "Jurisdicción interna, principio de no intervención y derecho de injerencia humanitaria", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 76, 1993.

Gros Espiell, Héctor: "El llamado 'derecho de injerencia humanitaria' en un mundo interdependiente", en Modesto Seara Vázquez (ed.): *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Gutiérrez Baylón, Juan de Dios: "Kosovo y la crisis del sistema constitucional de las Naciones Unidas", en *Lex*, n.º 46, 1999.

Heller, Herman: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (traducción), 2.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica. 1995.

Hilla, John: "The Litterary Effect of Sovereignty in International Law", en *Widener Law Review*, n.º 14, 2008.

Hoffman, Stanley: "Sovereignty and the Ethics of Intervention", en Jonathan Moore (ed.): *Hard Choices: Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention*, Oxford: Rowman & Littlefield, 1998.

Jackson, Robert: *Sovereignty: The Evolution of an Idea*, Cambridge: Polity Press, 2007.

Jellinek, Georg: *Teoría general del Estado* (traducción), Buenos Aires: Albatros, 1954.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo: "La sanción en el derecho internacional humanitario", en Eduardo Jiménez de Aréchaga (dir.): *El derecho internacional humanitario en el mundo de hoy*, Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Comité Internacional de la Cruz Roja, serie Congresos y Conferencias n.º 10, 1993.

Marcelli, Fabio: *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione fra comunità*, Milán: Franco Angeli, 2007.

Merriam, John: "Kosovo and the Law of Humanitarian Intervention", en *Case Western Reserve Journal of International Law,* n.º 33, 2001.

Morand, Charles-Albert: "La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation?", en Laurence Boisson de Chazournes, y Vera Gowlland-Debbas: *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2001, pp. 153-175.

Rabault, Hugues: *L'Etat entre théologie et technologie origine, sens et fonction du concept d'Etat*, París: L'Harmattan, 2007.

Reisman, W. Michael: "Kosovo's Antinomies", en *American Journal of International Law*, n.º 93, 1990.

Sepúlveda Amor, Bernardo: "No intervención y derecho de injerencia: el imperio o la decadencia de la soberanía", en Modesto Seara Vázquez (comp.): *Las Naciones Unidas a los 50 años,* México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Serra Rojas, Andrés: *Teoría del Estado*, 17.ª ed., México: Porrúa, 2005.

Warbrick, Colin, y Stephen Tierney (eds.): *Towards an International Legal Community? The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, Londres: The British Institute of International and Comparative Law, 2006.

V. Derecho procesal y derechos humanos

- Bruno Gaiero Guadagna e Ignacio M. Soba Bracesco
  El proceso de hábeas data en el Uruguay
  (protección de datos personales y acceso a la información pública)

- Pedro Gareca Perales (Bolivia)
  Los principios constitucionales y procesales en la jurisprudencia penal
  en materia de revisión y los límites de la justicia comunitaria y ordinaria

- Lucas L. Moroni Romero (Argentina)
  El derecho procesal de los derechos humanos, ¿una nueva disciplina?

- Marcelo Gil (Argentina)
  La violación del principio de progresividad de los derechos humanos en Argentina
  como nueva hipótesis de sentencia arbitraria por cosa juzgada írrita

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, 325-349, ISSN 1510-4974

Bruno Gaiero Guadagna* e Ignacio M. Soba Bracesco (Uruguay)**

El proceso de hábeas data en el Uruguay (protección de datos personales y acceso a la información pública)

RESUMEN

El trabajo analiza la evolución del sistema procesal uruguayo en relación con la protección de datos personales y el acceso a la información pública, fundamentalmente a raíz de la reciente aprobación de las leyes 18331 y 18381, que establecen un proceso especial y autónomo para la sustanciación de pretensiones referentes al hábeas data propio e impropio. Se analizan brevemente el contexto sociocultural de la aprobación de la normativa, el acceso al sistema de justicia, la necesidad de la protección procesal de estos institutos, y los aspectos más relevantes de los nuevos instrumentos procesales proporcionados por la reciente legislación uruguaya.

Palabras clave: protección de datos personales, hábeas data, acceso a la información pública, garantías procesales, derechos fundamentales, legislación comentada, Uruguay.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der Entwicklung des uruguayischen Prozesssystems im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten und den Zugang zu öffentlichen Informationen, besonders nach der Verabschiedung der Gesetze 18331 und 18381, die ein spezifisches, selbstständiges Verfahren zur Durchsetzung des Informationsanspruchs bezüglich der eigenen und anderer Personen geschaffen haben. Dabei wird der soziokulturelle Kontext, in dem die Bestimmungen verabschiedet wurden, ebenso zusammenfassend analysiert wie der Zugang zum Justizsystem, die Notwendigkeit des prozessrechtlichen Schutzes der genannten Institute und die wichtigsten Aspekte der von der uruguayischen Gesetzgebung vor Kurzem geschaffenen prozessrechtlichen Instrumente.

Schlagwörter: Schutz von personenbezogenen Daten, Habeas Data, Zugang zu öffentlichen Informationen, Prozessgarantien, Grundrechte, kommentierte Gesetzgebung, Uruguay.

---

* Aspirante a profesor adscripto en Derecho Procesal I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. ‹bgaiero@gmail.com›

** Aspirante a profesor adscripto en Derecho Procesal I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. ‹ignaciosoba@adinet.com.uy›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of the Uruguayan procedural system with reference to the protection of personal data and access to public information sources, especially on account of the recent enactment of laws 18331 and 18381, which establish a special and autonomous procedure to deal with claims relating to proper and improper *habeas data*. The socio-cultural context of the approval of the law is briefly discussed, as well as access to the legal system, the need for procedural protection of these rules, and several outstanding aspects of the new procedures established by this recent Uruguayan legislation.

Keywords: protection of personal data, habeas data, access to public information, procedural guarantees, fundamental rights, annotated legislation, Uruguay.

1. Introducción

La información tiene gran relevancia en la determinación y planificación de la conducta diaria de los individuos. Es bien sabido que la información habilita a determinar la conducta propia y ajena. La concentración de información se transforma, así, en un reducto incuestionable de poder.

El acceso al dato personal se ha impuesto como una *urgencia* en la sociedad actual, al verse los individuos enfrentados al absurdo de no tener información sobre los datos que existen sobre sí mismos.

Por otra parte, la transparencia que exige un Estado de derecho democrático hace también impostergable el control efectivo de la información pública atinente a la gestión de los distintos gobiernos.

El manejo de los datos personales y el acceso a la información pública es, cada día más, una cuestión claramente cotidiana y sumamente delicada, aunque esto todavía pase algo inadvertido en el Uruguay.[1]

[1] No obstante, vale reconocer el proceso que en los últimos años se empezó a gestar en Uruguay para institucionalizar la solución de estos problemas a través de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC). La AGESIC inició su proceso de creación en el año 2005, a través de la ley 17930, del 19 de diciembre de ese año, que se completó con otras normas legales hasta concretar su institucionalización en el 2008. Su objetivo es promover el avance de la sociedad de la información y del conocimiento, impulsando a las personas, las empresas y el gobierno a que hagan el mejor uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Puntualmente, en relación con la fiscalización del tratamiento de los datos personales, el artículo 31 de la ley 18331, del 11 de agosto de 2008, creó la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales como órgano desconcentrado de la Agencia, encargado de velar por el respeto de los derechos relativos al tratamiento de datos personales. Asimismo, y de forma similar a como acontece con las pretensiones sobre manejo de datos personales o hábeas data propio, la ley 18381, del 17 de octubre de 2008, en su artículo 19, creó la Unidad de Acceso a la Información Pública como otro órgano desconcentrado de la AGESIC, en este caso, encargado de velar por el respeto de los derechos previstos en la Ley de Acceso a la Información Pública. De cualquier manera, queda de manifiesto que en Uruguay, comparativamente con otros ordenamientos jurídicos, los esfuerzos por efectivizar las garantías propias del Estado de derecho relativas a la cuestión que se tratará en esta obra, y que han sido plasmados en la legislación, no son de larga data.

En otros países es inconcebible una actitud prescindente respecto de una cuestión tan trascendente y ya asimilada por el común de las personas. No en vano se ha hablado, por ejemplo, de la aparición de un nuevo poder de dominio social sobre el individuo: el poder informático.

Los mecanismos para viabilizar las pretensiones vinculadas a la protección de datos personales (ley 18331, de 11 de agosto de 2008),[2] así como las de acceso a la información pública (ley 18381, de 17 de octubre de 2008),[3] serán el objeto del presente trabajo.

En definitiva, luego de reseñar y describir algunos aspectos trascendentes para el análisis del hábeas data propio y del hábeas data impropio, ingresaremos en el análisis de los principales elementos de interés procesal para el hábeas data en el Uruguay.

2. El garantismo procesal

En la esencia del estudio del proceso de hábeas data y de sus particularidades nos encontramos, desde un inicio, con su postulación en los ámbitos nacional e internacional como garantía procesal.[4]

Tanto el principio de tutela jurisdiccional efectiva como el concepto de garantía procesal de los derechos sustanciales (los cuales componen el marco teórico de nuestro trabajo) influyen de forma concreta y relevante en los planteos sobre la protección de datos personales y el acceso a la información pública.

Así, visualizamos al Estado constitucional de derecho como metagarantía de los derechos de las personas y en él —y para su funcionamiento— ubicamos al proceso.

El proceso (desde el deber ser, como tal) es el único que hace al derecho sustancial coercible y, por ende, derecho. La garantía debe estar ahí, siempre presente, para hacer efectivos los derechos.[5] [6]

---

[2] Su texto completo puede consultarse en el sitio oficial del Parlamento uruguayo, ‹http://sip.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18331&Anchor=› (19.8.2009).

[3] Su texto completo puede consultarse en el sitio oficial del Parlamento uruguayo, ‹http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18381&Anchor› (19.8.2009).

[4] Algunas de las preguntas que trataremos de responder en este análisis (y que a priori todos nos deberíamos formular en torno a las garantías), son aquellas que Gelsi Bidart ya ha explicitado para su comprensión: "Toda delimitación de una garantía ha de responder a varias preguntas esenciales: 1.º) *qué* se garantiza; 2.º) *a quiénes* se garantiza; 3.º) *quién* garantiza; 4.º) *cómo* se realiza la garantía; y —concluye magistralmente el autor— 5.º) ¿es *eficiente* la garantía? Vale decir: ¿se logra, con ella, el resultado perseguido?". Adolfo Gelsi Bidart: *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo: B de F, 2006, p. 192.

[5] El propio Código General del Proceso (CGP), en su artículo 14, párrafo primero, establece una norma muy importante en ese sentido: "Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales". En ese mismo sentido, Alejandro Abal Oliú: *Estudios del Código General del Proceso*, t. I, Montevideo: FCU, 1992, pp. 9-27; ídem: *Derecho procesal*, t. I, Montevideo: FCU, 1999, pp. 101-110; Enrique Véscovi et al.: *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Montevideo: Ábaco, 1992, pp. 273-283; Ángel Landoni Sosa: "La interpretación y la integración de las normas en el CGP y en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo, 2004, pp. 475-485; Ángel Landoni Sosa et al.: *Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia*, vol. 1, Montevideo: B de F, 2002, pp. 31-33.

[6] A su vez, relacionado con el concepto de garantía, puede hacerse mención a la característica de la *instrumentalidad* del derecho procesal. En reiteradas ocasiones, la doctrina procesalista ha

Como hemos dicho en otras oportunidades,[7] "Creemos que la noción de garantía es uno de los elementos que permiten apreciar el muy complejo tema de la vinculación […] entre las respectivas disciplinas jurídicas", las sustanciales y el derecho procesal. El desarrollo del concepto de garantía funciona así de nexo entre aquellas disciplinas que estudian el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información con el derecho procesal.

Así, la ley 18331, en su artículo 37, establece:

> Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial *efectiva* para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en bases de datos públicos o privados; y —en caso de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización— a exigir su rectificación, inclusión, supresión o lo que entienda corresponder […].[8]

Por otra parte, en el artículo 22 de la ley 18381 se dispone:

> Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial *efectiva* que garantice el pleno acceso a las informaciones de su interés (artículo 694 de la Ley Nº 16.736, de 5 de enero de 1996).[9] [10]

Señala Gelsi Bidart:

> El proceso es, ni más ni menos, un medio o instrumento de garantía, al servicio de todos los derechos invocados o alegados por un hombre cualquiera. Tiene en sí, pues, un sentido de universalidad: garantía para todos y para cada hombre, en relación con cualquiera de sus derechos. Aquí el problema práctico radica en lograr que dicha universalidad se verifique realmente […].[11]

Como indica Andrés Ibáñez, el concepto de garantía hace que el legislador deba dar los instrumentos "adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas

---

referido a dicha característica como una de las notas salientes del derecho procesal, desde el punto de vista de su utilidad y de su relación con los derechos sustanciales. A saber, entre muchos otros: Dante Barrios De Ángelis: *Teoría del proceso*, Montevideo: B de F, 2.ª ed. actualizada, 2005, p. 77; Enrique E. Tarigo: *Lecciones de derecho procesal civil,* t. I, Montevideo: FCU, 3.ª ed., 1998, pp. 40-42; Abal Oliú: *Derecho procesal*, o. cit., pp. 45-46.

7 Bruno Gaiero Guadagna e Ignacio M. Soba Bracesco: "Aspectos procesales y de garantías en la clausura de establecimientos por la administración tributaria", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo, 2007, p. 697.

8 Cursivas añadidas.

9 Cursivas añadidas.

10 Ley 16736, artículo 694: "Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus competencias, garantizando a los administrados el pleno acceso a las informaciones de su interés".

11 Gelsi Bidart: *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, o. cit., p. 195.

generadas por los derechos".[12] Sin la garantía los derechos no son tales, sino una mera expectativa no jurídica. Por eso expresa con gran claridad el maestro Ferrajoli:[13]

> […] las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

Uno de los pilares para que el Estado constitucional de derecho sea profundamente democrático es, justamente, la adopción por parte del ordenamiento jurídico de garantías debidas, adecuadas y efectivas (o simplemente garantías). En lo que hace a nuestro estudio, la consagración de la garantía procesal debida, adecuada y efectiva para los derechos sustanciales en juego (esto es, protección de datos personales y acceso a la información pública).

En definitiva, el proceso y su vinculación con el Estado constitucional de derecho pueden ser abordados desde una nueva derivación del modelo de Ferrajoli: el *garantismo procesal*.[14]

3. Sociedad, cultura y proceso

Es evidente que diferentes factores sociales y culturales influyen en el derecho y, en lo que a nosotros interesa, en el proceso. En cuanto al hábeas data, las variables socioculturales, económicas e incluso políticas son un elemento a tener en cuenta muy especialmente y que explican la necesidad del instituto y la forma de su efectivización como garantía.

Antes de comenzar a analizar el tema desde la óptica normativa, referiremos brevemente a la gestación de la necesidad social y cultural de contar con los instrumentos de protección adecuados, efectivos y eficientes para satisfacer los requerimientos de las personas en materia de hábeas data propio e impropio. También referiremos a la cuestión del acceso al sistema de justicia y cómo diferentes aspectos sociales, culturales e incluso económicos influyen en este.

---

[12] Perfecto Andrés Ibáñez, en prólogo al libro de Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.ª ed., Madrid: Trotta, 2004, p. 12.

[13] Luigi Ferrajoli: "El derecho como sistema de garantías", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 2, Montevideo, 1999, p. 210; ídem: *Derechos y garantías…*, o. cit., p. 25.

[14] Como lo describe Alvarado Velloso, el *garantismo procesal* es "una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución". Y especifica aún más el concepto señalando que "en otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales". Adolfo Alvarado Velloso: "El garantismo procesal", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: *Activismo y garantismo procesal,* p. 145, disponible en ‹http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/view› (19.8.2009).

Este apartado intenta explicar, pues, cómo esos factores influyeron en el proceso de hábeas data: a) en cuanto a que la relevancia —cada día más alta— del manejo de los datos personales y del acceso a la información pública hizo imperiosa la regulación y efectivización del instituto, y b) en cuanto a cómo los factores sociales y culturales tienen relevancia en el acceso real al sistema de justicia.

3.1. Creciente necesidad del instituto

Como señala Delpiazzo:[15]

> Es casi un lugar común, al ocuparse de la sociedad de la información en la que nos hallamos inmersos, utilizar el adjetivo "nuevo" no solo para aludir al desarrollo tecnológico sino también a la incidencia del mismo en el campo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, ya en 1890 Warren y Brandeis[16] destacaban en su obra clásica *The Right to Privacy* que recientes inventos y métodos comerciales hacían necesario dar nuevos pasos en orden a asegurar el respeto de lo que en el *common law* se considera *el derecho a que nos dejen en paz* (*"the right to be let alone"*).

A pesar de no existir en la época de los autores referidos un nivel de volatilidad de la información tan alto como el que nos toca vivir desde hace algunos años, aquellos consiguieron ya plasmar una idea guía plenamente vigente hoy por hoy.

La evolución de la protección de los datos de las personas y el acceso a la información pública se relaciona —inevitablemente— con el contexto histórico, social, cultural y político en el que se vive.

---

[15] Carlos E. Delpiazzo: "A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso", en Carlos E. Delpiazzo (coord.): *Protección de datos personales y acceso a la información pública*, Montevideo: FCU, 2009, p. 9.

[16] Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis: "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, 1890, ‹http://www.lawrence.edu/fast/BOARDMAW/Privacy_brand_warr2.html› (18.9.2009). Altmark y Molina han reseñado algunos de los pormenores del famoso caso en su obra: "Con motivo de los inconvenientes que le estaban ocasionando determinadas publicaciones periodísticas, un joven abogado de Boston, Samuel D. Warren (quien se había casado con la hija del senador Bayard y había comenzado a llevar una vida de lujo y rumbosa, hecho que atrajo la curiosidad y chismografía de la llamada prensa amarilla, hasta el punto de convertirse en un escándalo, sobre todo en la puritana sociedad bostoniana de fin de siglo), en colaboración con Luis D. Brandeis (quien luego llegó a ser juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde sostuvo su celebre discordia en el caso Olmstead v. United States —1928—) publican el trabajo titulado 'The right to privacy' en la 'Harvard Law Review', ensayo en que los autores plantean que todo individuo tiene derecho a 'ser dejado en paz', o a 'ser dejado tranquilo', o a 'que lo dejen solo', o a 'no ser importunado', es decir, plantean efectivamente el necesario reconocimiento de la existencia de una vida íntima, destacando el necesario arbitrio de los medios adecuados para protegerla del modo en que se protege la propiedad privada. Se menciona también, investigando los orígenes, que Kohler, en Alemania, se había referido ya en 1880 a un 'derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada". En Daniel Ricardo Altmark y Eduardo Molina Quiroga: "Régimen jurídico de los bancos de datos", en Daniel Ricardo Altmark (dir.) y Rafael A. Bielsa (coord.): *Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional*, vol. 6, Buenos Aires: Depalma, 1998, pp. 142-143.

Así, la evolución de la protección de los datos personales relativos a cuestiones religiosas, políticas, sindicales, comerciales, financieras, etcétera, varía sustancialmente de época en época; no es lo mismo la situación en las postrimerías de la revolución industrial a fines del siglo XIX que en la segunda mitad del siglo XX con el comienzo de la revolución tecnológica o en los comienzos del siglo XXI, ya instalados fenómenos como la globalización e internet. En la actualidad, la necesidad se torna mucho más intensa, en virtud de que la característica de los datos y sus registros se vuelve más y más compleja.[17]

Lo mismo sucede con el acceso a la información pública. La gradual consagración y profundización de la democracia en el ámbito internacional luego de finalizada la segunda guerra mundial ha llevado a que, poco a poco, las ideas de transparencia en la gestión de gobierno, cristalinidad en el manejo de los recursos estatales y acceso a la información pública (entre otras) sean requeridas cada vez más como parte del estándar mínimo que componen las reglas de juego de la democracia y del Estado constitucional de derecho.

En este nuevo siglo, y luego de numerosos eventos relevantes para explicar la necesidad del instituto, la cuestión se ha complejizado y sigue aumentando más y más en su trascendencia.

Simplemente a modo de ejemplo, luego del 11 de setiembre de 2001, la lucha contra el terrorismo ha potenciado innumerables carreras detrás de los datos personales de ciudadanos de todas partes de mundo. Y esto ha generado numerosos intercambios y tiranteces entre diferentes países (en particular, Estados Unidos de América) y organismos internacionales. Así, la administración del presidente Obama viene haciendo gestiones ante la Unión Europea para alcanzar un acuerdo que le permita el acceso libre a informaciones personales de ciudadanos europeos. En concreto, la propuesta consiste en que Estados Unidos siga teniendo acceso al servidor financiero SWIFT (Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunications) incluso después de que su servidor principal se traslade de Estados Unidos a Suiza.[18] El banco de datos

[17] Hoy por hoy, la informática y el mundo de la inteligencia artificial a que ha dado lugar aquella, ha permitido la acumulación ilimitada de datos que pueden ser memorizados y transmitidos. Al "poder social informático" se ha contrapuesto la "libertad informática". Como señala Fernández Segado: "Esta ya no es el antiguo 'right to privacy' como derecho a la intimidad entendido como separación y defensa del individuo frente a la sociedad; es un nuevo derecho social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar la información sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla". Francisco Fernández Segado: "El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España", en *Ius et Praxis*, año 3, n.º 1, Universidad de Talca, 1997, p. 35. Comienza entonces a mostrarse como un derecho a disponer de la información, de preservar la propia identidad de información o lo que es lo mismo, de controlar, consentir o rectificar la información que de uno se tiene.

[18] La Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (SWIFT, por sus siglas en inglés) es una empresa a través de la cual el sector financiero lleva a cabo parte de sus operaciones comerciales. A través de SWIFT se intercambian mensajes financieros de tipo estandarizados, lo que permite que diariamente se envíen y reciban millones de esos mensajes entre las diversas entidades bancarias, instituciones de valores y clientes corporativos que utilizan el sistema en todo el mundo. SWIFT, cuya sede central se encuentra en Bélgica, es únicamente un transmisor de mensajes, no posee fondos ni gestiona cuentas en nombre de los clientes, tampoco almacena información financiera de forma permanente. Su política empresarial se basa en el intercambio

SWIFT almacena informaciones de transferencias de 8.000 entidades de más de 200 países. En 2006 se supo que los servicios secretos estadounidenses estaban accediendo a esos datos desde los atentados del 11 de setiembre de 2001,[19] con la finalidad de rastrear eventuales mecanismos de financiación al terrorismo. Este dato de la realidad más reciente no hace más que evidenciar la valiosísima importancia que, en todas partes del mundo, tiene el acceso y el control de los datos personales.

Respecto del Uruguay, el contexto social y cultural también ha variado, y ello se refleja —como suele suceder— en la aparición vertiginosa de regulación. Se pasó de la ausencia total de normas reglamentarias de los institutos que se comentan a su consagración legal en diversas leyes. En materia de protección de datos personales, el contexto en el que se encontraba Uruguay era el de la ausencia total de requisitos mínimos para *calificar* al país como seguro en lo referente al tratamiento de dichos datos, tanto en el ámbito nacional como en el flujo internacional.[20] Por su parte, en cuanto al acceso a la información pública, el panorama era el de la existencia de algunas normas dispersas en el ordenamiento jurídico, no siempre eficaces, y con una baja utilización, control y difusión entre los ciudadanos.

A comienzos del siglo XXI, la protección de datos personales y el acceso a la información pública comienzan lentamente a reclamarse con mayor frecuencia, ya sea como forma de defensa o protección contra el tratamiento inadecuado de los datos personales, como forma de evitar la *vigilancia* o intromisión creciente de los otros,

---

seguro de datos privados entre entidades financieras, al tiempo que se garantiza la confidencialidad e integridad de los mensajes transmitidos. *SWIFT,* ‹http://www.swift.com/about_swift/company_information/index.page?lang=es› (25.8.2009).

[19] *Deutsche Welle. DW-World.de*, ‹http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4519807,00.html› (28.7.2009).

[20] Así, podemos referir al mensaje del Poder Ejecutivo (el cual acompañó en su oportunidad al por entonces proyecto de Ley de Protección de Datos Personales) y a los antecedentes parlamentarios de la ley, donde se dejan traslucir algunas de las finalidades de la normativa; entre otras, y en primer lugar, el permitirle al país encuadrar dentro de los requerimientos de la Unión Europea como país seguro en cuanto al envío de datos. En segundo lugar, la posibilidad de ofrecer apoyo y asistencia a los interesados en el ejercicio de sus derechos (incluyendo asesoramiento a los ciudadanos sobre sus derechos, campañas de difusión sobre los derechos sobre los datos personales, etcétera). En tercer lugar, ofrecer vías adecuadas de recurso a quienes resulten perjudicados en el caso de que no se observen las normas, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional. Incluso se llegó a explicitar la preocupación por evitar potenciales obstáculos para acceder a nuevos mercados y también se consideró que ser un país con niveles no adecuados de protección de los datos personales, puede significar un desincentivo a las inversiones, en especial aquellas provenientes de la Unión Europea, ya que en el ámbito europeo se han elaborado múltiples normativas para atender al fenómeno del flujo transfronterizo de datos de carácter personal (solo a modo de ejemplo, ya en 1981 el Convenio de Estrasburgo, del 28 de enero de aquel año, en su artículo 12 preveía el tema mencionado atinente a la circulación de datos; unos años más tarde, en la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, se establecieron referencias más concretas —artículos 25 y 26— a la transferencia de datos personales a terceros países, debiendo estos garantizar ciertos niveles de protección adecuados para el tratamiento de los datos). Lo anterior se reafirma en los considerandos del decreto reglamentario de la ley 18331 (decreto 414/009, del 31 de agosto del 2009), cuando se expresa: "[…] es conveniente la adecuación del ordenamiento jurídico nacional en la materia al régimen de derecho comparado de mayor recibo, fundamentalmente el consagrado por los países europeos a través de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo […]". *Presidencia de la República,* ‹http://www.presidencia.gub.uy/_web/decretos/2009/08/813.pdf› (18.9.2009).

incluido el Estado, o como parte del elenco de necesidades más importantes de la vida en democracia.

3.2. Acceso real al sistema de justicia

Una de las principales circunstancias sociales relacionadas con la tutela jurisdiccional es la cuestión previa del acceso real al sistema de justicia.

Como hemos venido refiriendo, al día de hoy los cambios en la tecnología han adquirido ritmo frenético. Estos imprimen, a su vez, cambios sociales, culturales, económicos y una dinámica particular de cambios en el derecho.

Antes de ver cómo esos cambios se tratan de asumir por la normativa, referiremos al acceso de las personas al sistema o administración de justicia.

El acceso real al sistema de justicia, en el caso concreto del acceso a los datos personales y a la información, no presenta, en principio, problemas diferentes a los que se plantean —en general— con otros derechos humanos. Solo que, en ocasiones, se ponen de manifiesto aristas más acuciantes y sensibles en la temática que nos encontramos considerando. A modo de ejemplo y como hemos mencionado, a raíz de la *urgencia* de tutela procesal en ciertos supuestos vinculados con el hábeas data.

El marco teórico del garantismo nos lleva a detenernos en la distancia que eventualmente existe entre un determinado proceso (considerado teóricamente o en abstracto) y el acceso a él, su utilización y aplicación por y para el hombre. Entiéndase bien: las condiciones básicas para hacer efectivo el acceso al sistema de justicia son, a nuestro modo de ver, uno de los presupuestos indispensables de toda garantía procesal.

La adecuación y el acercamiento entre el proceso abstracto y el proceso real es un problema que no solo interesa a la sociología jurídica o a la sociología del proceso, sino que preocupa a la propia *teoría del proceso.*[21]

La reforma del proceso civil en el siglo XXI hacia un proceso realmente garantista implica la disminución de la distancia entre el proceso consagrado en el plano de la normativa y el proceso real que atiende a los problemas de la vida de las personas o grupos de personas.

Tal como se señala en la Declaración de Azul, de noviembre de 2008:

> […] durante siglos el proceso civil fue el instrumento con el que los poseedores solucionaban sus litigios, de modo que los no poseedores quedaban excluidos de

[21] De este modo, Barrios De Angelis observa: "El medio histórico en que cada norma se desenvuelve es un conglomerado de fenómenos materiales y espirituales; de institutos, preconceptos, técnicas de todo carácter, cultura o culturas interpenetradas. Se trata de un ámbito más amplio […] que tiene la peculiaridad de ser, en parte, *objeto* de la norma (la sociedad que esta regula) y en parte *contenido* de la norma: porque ese mismo contenido es cultura, enlazando al resto de los fenómenos culturales, como parte de una totalidad". Dante Barrios de Angelis: *El proceso civil. Código General del Proceso*, Montevideo: Idea, 1989, p. 28. A nuestro entender, conviene destacar —una vez más— la importancia de la cultura circundante a la norma que, como destaca Barrios De Angelis en la obra citada, es la norma misma. En el caso de la protección de datos y el acceso a la información, pensamos que en el Uruguay no se cuenta con la difusión deseable o suficiente de la normativa.

> sus ámbitos. Sólo determinadas capas de la población tenían acceso a este proceso, lo que suponía un número no excesivo de procesos que podían ser decididos por una organización judicial reducida y con pocos medios personales y materiales.[22]

En concreto, las condiciones para el acceso no solo son físicas (en un sentido estricto, comprendiendo por ejemplo la edad o la capacidad o discapacidad de los individuos), también son geográficas, económicas, socioculturales (la discriminación en razón de edad, capacidad-discapacidad o género trascienden lo meramente físico para convertirse en factores distorsionantes desde la perspectiva del acceso adecuado y efectivo al sistema), etcétera.

Interesa destacar, simplemente por ser una de las manifestaciones más recientes sobre el punto, algunas de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.[23] Allí se hace referencia, entre otras cosas, a lo que buscamos enfatizar: la *cultura jurídica*.

Los puntos 26 y 27 de dichas reglas refieren, respectivamente:

> Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
>
> Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Sin duda, la problemática de la *cultura jurídica* se manifiesta —a nuestro entender— como especialmente trascendente en el tema de la protección de datos personales y acceso a la información pública.[24] La vulnerabilidad ante el trasiego irregular o

---

[22] Declaración de Azul sobre el Proceso Civil en los Países Iberoamericanos, del 14 de noviembre de 2008, suscrita en la ciudad de Azul, Argentina, ‹http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/› (13.8.2009).

[23] Suprema Corte de Justicia del Uruguay, acordada 7647, del 1 de abril de 2009, mediante la cual se declaran con valor de acordada (esto es, norma de carácter reglamentario destinada principalmente a organizar el funcionamiento de las oficinas de los tribunales y emanada del jerarca del Poder Judicial) a las mencionadas reglas, aprobadas previamente por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, "las que deberán ser seguidas, en cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que refieren" (artículo 1).

[24] Esta cuestión también se ha tratado respecto de otros temas de actualidad ("nuevas realidades"), como el de los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. En ese sentido, se han realizado apreciaciones en torno a un cambio profundo en el plano cultural y de paradigma procesal que se está produciendo, desde hace ya un tiempo, tanto en el ámbito nacional como (más aún) en el internacional. A modo de ejemplo, se ha dicho: "La tutela de estos nuevos derechos o intereses: difusos, colectivos e individuales homogéneos requiere de un cambio cultural, pero debemos advertir, como lo ha hecho el Dr. Van Rompaey, que aun lograda la 'culturalización' o concientización acerca de los derechos e instrumentos de defensa que la ley pueda consagrar y proveer, la tutela no será totalmente eficaz si no se logra llevar a la realidad la creación de un proceso ágil y eficaz para la efectiva protección de esos derechos". En definitiva, se debe insistir en la búsqueda de una mayor participación de los operadores del derecho, no solo en

ilegal de datos personales se hace más preocupante en países que cuentan con amplios sectores de su población en condiciones de pobreza y de marginalidad. En especial, precisamente, cuando esa marginalidad restringe la conciencia sobre los instrumentos que están al alcance de las personas y ello conlleva a una disminución de la eficacia de la herramienta procesal y a una subutilización de los mecanismos de garantía previstos en el ordenamiento jurídico.

4. Evolución del hábeas data y de su tutela jurisdiccional en el Uruguay: antecedentes normativos y regulación actual del hábeas data propio e impropio

En el derecho comparado existen esfuerzos de larga data por efectivizar las garantías propias del Estado constitucional de derecho relativas a la cuestión que se trata en esta obra. Ahora bien, en el Uruguay, la evolución del hábeas data y de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos vinculados con la protección de los datos personales y el acceso a la información pública ha sido —como veremos seguidamente— paulatina.

4.1. Panorama procesal anterior a la aprobación de leyes específicas sobre hábeas data

4.1.1. Constitución de la República

Con anterioridad a la existencia de normativa específica con rango de ley sobre este tema, la doctrina ya consideraba reconocida por la Constitución la posibilidad de entablar todas las pretensiones necesarias para tutelar los derechos humanos en general.[25]

Cabe señalar que no hay una norma específica que refiera al instrumento del hábeas data en la Constitución.[26]

---

lo que hace a la difusión o debate doctrinario del problema sino también a la toma de conciencia de la importancia práctica de estos instrumentos para la protección de los derechos humanos de diversa índole (en el caso, intimidad, privacidad, honor, etcétera). Al respecto: Ángel Landoni Sosa y Santiago González Miragaya (con la colaboración de Ignacio M. Soba Bracesco): "Medidas cautelares en los procesos colectivos. En particular, en procesos relativos a los derechos del consumidor, medio ambiente y otros intereses difusos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo: FCU, 2006, pp. 625-626.

[25] Gelsi Bidart señalaba con acierto, en relación con los artículos 7 (protección en el goce de ciertos derechos esenciales), 72 y 332 de la Constitución: "[…] llevan a la inequívoca conclusión de que deben existir procesos o etapas procesales o medidas procesales concretas, que amparen los derechos fundamentales. A lo que debe añadirse lo que llamamos 'principio de la universalidad del proceso': siempre hay proceso en garantía de cualquier derecho o deber no aplicado o lesionado en la realidad concreta": Gelsi Bidart: o. cit., p. 242.

[26] A diferencia, por ejemplo, de la Constitución Nacional argentina (en la redacción dada por la reforma Constitucional de 1994) que, en su artículo 43.3 prevé expresamente el instituto del hábeas data: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos". No obstante, en la Constitución uruguaya,

A los efectos de la protección de los derechos vinculados con el hábeas data, debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 72 y 332 de la Constitución de la República.[27]

La doctrina destacó que no era necesaria la aprobación de una ley sobre el mecanismo de tutela de derechos supralegales (por ejemplo, a través del amparo) más que como una reglamentación del instituto ya constitucionalmente reconocido.[28]

Viera sostuvo, de conformidad con otros relevantes exponentes del derecho procesal, que según la Constitución no era imperiosa la existencia de una ley para que se pudiera otorgar la garantía del amparo genérico para todo tipo de derecho supralegal,

> […] toda vez que cualquiera de los derechos y libertades, expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución (artículo 72) se viera lesionado por acto de ilegitimidad manifiesta que causare o pudiera causar al titular del derecho afectado un daño irreparable. La falta de reglamentación legal podía ser llenada, conforme con el referido artículo 332 de la Carta por recurrencia a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a la doctrina más recibida.[29]

4.1.2. Ley 15737, del 8 marzo de 1985, que ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969)

Esta norma y el instrumento internacional que por ella se incorporó al derecho interno uruguayo son anteriores a la ley 16011, que reglamentó el amparo nacional. En

---

desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, se puede señalar que existen normas procesales concretas que refieren —a modo de ejemplo— al hábeas corpus, inconstitucionalidad de la ley, anulación de actos administrativos, etcétera.

[27] Constitución, artículo 72: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno". Constitución, artículo 332: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

[28] El sistema de amparo es de raíz constitucional. En tal sentido, entre otros, véase Luis Alberto Viera: *Ley de Amparo,* 2.ª ed., Montevideo: Idea, 1993, p. 11; Gelsi Bidart: o. cit., pp. 240-241 y 261-264; Ángel Landoni Sosa: "La tutela de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. El derecho uruguayo", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* n.º 3, Montevideo, 2006, p. 541. La doctrina publicista se pronunció en el igual sentido; Daniel Ochs Olazábal: *La acción de amparo,* Montevideo: FCU, 1995, pp. 7-10; Emilio Biasco Marino: *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo y otras medidas cautelares,* Montevideo: AEU, 1997, pp. 52-55. Asimismo, en los antecedentes normativos (informe de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, del 12 de abril de 1988), también se reconoce: "[…] un importante sector de nuestra doctrina ha entendido que la acción de amparo no está supeditada a su eventual disciplina legal dado que, con sujeción a lo dispuesto por los artículos 7, 72 y 332 de la Carta, a más de algunas convenciones internacionales de las que el país es signatario, el instituto es de entera recepción en nuestro derecho positivo sin que sea menester el dictado de otras normas expresas" (en Ochs Olazábal: o. cit., p. 85).

[29] Viera: o. cit., p. 11.

particular destacamos el artículo 25 de la Convención,[30] que, de forma coincidente con la opinión de Sagüés,[31] consagra el denominado *amparo interamericano,* otorgando a toda persona la posibilidad de un *recurso* sencillo, rápido y efectivo.

Una vez más, se prestigia de forma concreta la *protección judicial* (nomen iuris del artículo 25) y se recoge nada menos que el principio de tutela jurisdiccional efectiva.

4.1.3. Código General del Proceso (CGP), aprobado por ley 15982, de 18 de octubre de 1988, y ley 16011, de 19 de diciembre de 1988

A pesar de que la ley 16011, de 19 de diciembre de 1988, fue sancionada con posterioridad al CGP (aprobado por ley 15982, de 18 de octubre de 1988), la primera entró en vigencia con anterioridad, en función de la postergación en la vigencia del CGP.

Antes de la aprobación de las leyes 18331 y 18381 —que consagraron vías procesales específicas para viabilizar las pretensiones sobre tratamiento de datos personales y acceso a la información pública— la doctrina y la jurisprudencia nacionales eran pacíficas en admitir que esas pretensiones se vehiculizaban a través del proceso previsto en la ley 16011.[32]

En aditamento a ese argumento, la doctrina también señalaba que, de cualquier manera, todo sujeto podía viabilizar una pretensión de hábeas data en razón de la previsión del artículo 11 del CGP, a través del proceso ordinario previsto en dicho cuerpo normativo.[33]

En tal sentido, Recarey[34] señalaba:

---

[30] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 25: "Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales […]".

[31] Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ad-Hoc, 2006, pp. 180-185.

[32] Destacamos lo referido por el Poder Ejecutivo al momento de remitir el proyecto de ley de amparo, en su mensaje del día 1 de marzo de 1985 (fecha emblemática que coincide con la asunción del primer presidente electo democráticamente luego de la dictadura padecida por el país desde el año 1973 hasta esa fecha), en tanto se expresa que el texto legal que se propone no pretende ser "definitivo", por cuanto "[…] la multiplicidad y complejidad de las situaciones que movilizarán el uso del amparo aconsejan ser parco en las normas reglamentarias y permitir que las luces, la prudencia y la experiencia de los magistrados vayan supliendo las insuficiencias u oscuridades de aquellas. Dicho de otro modo, la jurisprudencia habrá de tener una importancia singular en la consolidación y verdadera eficacia del instituto como garantizador de la plena vigencia de toda una gama de los derechos humanos". Ochs Olazábal: o. cit., p. 83.

[33] La ley procesal define al fin del proceso como el logro de la efectividad de los derechos sustanciales. En efecto, cualquier persona tiene autorización para plantear un problema jurídico concreto ante los tribunales; basta para ello con que cuente con legitimación en la causa en cuestión (11, 14 y 337 y siguientes del Código General del Proceso).

[34] Agrega con acierto el autor que, precisamente, el artículo 1 de la ley 16.011, prescribe el amparo como remedio frente al menoscabo de cualquiera de los "derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de hábeas corpus"; Alejandro Recarey: "Publicidad de información en poder del Estado sobre desapariciones forzadas. Satisfacción procesal de los derechos

> […] se ha considerado que el vehículo idóneo para plasmar este derecho —rotulable como *hábeas data*— es el recurso de amparo, de raigambre constitucional, reglamentado por la ley 16011.

La opinión de Gelsi Bidart,[35] nada menos, afirmaba:

> La amplitud con que ha sido encarado el amparo en el derecho de Uruguay, permite incluir en él, aunque no haya sido expresamente contemplado, los diferentes problemas del "hábeas data".

4.2. Panorama procesal luego de aprobada la primera ley específica sobre hábeas data en el Uruguay

La ley 17838, publicada en el *Diario Oficial* el 1 de octubre de 2004, denominada de "Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de hábeas data", pretende considerar la dificultad que implica para las personas el uso que, en los distintos bancos de datos privados y estatales, se realiza de las distintas informaciones de carácter personal que les pertenecen.

Ahora bien, tal como señaló Guerra Pérez:

> [Esta ley no alcanzaba] a la protección de todos los datos personales porque el uso que de ellos pueda realizarse en cualquier circunstancia, sino que está limitada a la protección de datos personales cuyo tratamiento tenga un destino comercial […] (artículos 1.º y 2.º de la ley).

En tal sentido, lo que significó un relevante avance para la protección de datos utilizados con fines comerciales no significó más que un leve y relativo avance en la regulación de la protección de datos personales con carácter general (incluidos todos los datos personales que no son manejados con fines comerciales).[36]

Los artículos 17, 18 y 19 de la derogada ley[37] establecieron, por primera vez en nuestro ordenamiento, una estructura específica por la que debía transcurrir el hábeas data.

Se refería, concretamente, a las pretensiones de conocer los datos personales, rectificarlos, actualizarlos, eliminarlos o suprimirlos.

---

derivados del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica", en *La Justicia Uruguaya On Line,* ‹http://online.lajusticiauruguaya.com.uy/DesplegarCaso.asp?t=119&p=Doctrina8› (22.8.2009).

[35] Adolfo Gelsi Bidart: "El proceso de amparo en la ley de Uruguay (n.º 16.601 de 19/XII/1988)", en *La Justicia Uruguaya On Line,* ‹http://online.lajusticiauruguaya.com.uy/DesplegarCaso.asp?t=113&p=Doctrina6› (22.8.2009).

[36] No obstante, cabe reconocer que el artículo 2.2 de la ley reguló de forma parcial cuestiones relativas no solo a datos de carácter comercial. Es así que estableció: "Para la obtención y tratamiento de datos *que no sean* de carácter comercial se requerirá expresa y previa conformidad de los titulares, luego de informados del fin y alcance del registro en cuestión" (cursivas añadidas).

[37] La derogación expresa del régimen allí establecido opera en virtud de lo dispuesto por el artículo 48 de la ley 18331.

En lo estrictamente procedimental, el artículo 19 señalaba que ese proceso se regía "en lo general, por las normas del Código General del Proceso" y "en lo particular", por algunos artículos de la Ley de Amparo, 16011.

Esto significaba un avance y una diferenciación respecto del proceso regulado en la ley 16011, dado que la remisión se entendía estrictamente a lo procedimental. A diferencia del amparo, se trataba de un proceso autónomo del amparo y no residual como aquel. Asimismo, tampoco estaba limitado por la caducidad de treinta días prevista en el artículo 4 de la ley 16011.

En cuanto a la fundabilidad de la pretensión y vinculado con la no residualidad, no se exigía tampoco la nota de *ilegitimidad manifiesta* requerida por el artículo 1 de la ley 16011 para el amparo.

4.3. Panorama procesal actual del hábeas data en el Uruguay

4.3.1. Ley 18331

La sanción de la ley 18331 forma parte del proceso de adaptación a las exigencias y estándares regionales e internacionales en lo referente al hábeas data en sentido propio y a la confiabilidad y seguridad de los sistemas de información del país.

En esta ley se regulan, entre otras cosas, los caracteres generales del hábeas data, sus principios, los derechos de los titulares de los datos, las bases de datos de titularidad pública y privada, el contralor administrativo del cumplimiento de la presente ley[38] y, finalmente, aquello que más nos convoca: el proceso de hábeas data, que se analizará en el capítulo referente a las cuestiones de interés procesal.

4.3.2. Ley 18381

Por su parte, el llamado *hábeas data impropio* también está siendo objeto de particulares esfuerzos y seguimientos en la legislación más reciente. Así, unos meses después de promulgada la ley 18331, se aprobó el texto normativo que se analiza. Se consagró una regulación específica para reglamentar el derecho fundamental de acceso a la información pública, pero con una estructura procesal muy similar a la del hábeas data propio para la sustanciación de las pretensiones involucradas con el mencionado acceso a la información.

Tal como señala Delpiazzo, existe una marcada tendencia mundial a consagrar esta acción especial, generalmente llamada hábeas data impropio, para los supuestos en que la administración requerida se niegue o guarde silencio frente a una concreta solicitud de información.[39]

---

[38] Véase nota al pie 1, respecto a la creación del órgano administrativo de contralor.

[39] Carlos Delpiazzo: "Hábeas data. A propósito del acceso a la información pública", ponencia al seminario *El derecho de hábeas data en el Uruguay,* Montevideo: Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH), 24 de abril de 2008, disponible en ‹http://www.claeh.edu.uy/html/images/stories/docs/Ponencia_carlos_delpiazzo.pdf› (30.8.2009).

Como ya hemos dejado traslucir, en esta ley se establece una estructura especial y abreviada para la efectivización de los derechos sustanciales de las personas en lo referente a pretensiones de acceso a la información pública. Los detalles de dicha estructura se analizarán en el capítulo siguiente.

5. Análisis de las cuestiones de interés procesal en el hábeas data propio e impropio

5.1. Los sujetos del proceso

Los órganos del Poder Judicial son los que tienen a su cargo lo que en la terminología tradicional se denomina la resolución de las contiendas o conflictos de intereses, y que para Barrios De Angelis consiste en la eliminación o exclusión de la insatisfacción jurídica.[40] Mientras tanto, los órganos administrativos de contralor ya referidos (Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales y Unidad de Acceso a la Información Pública, ambas ubicadas como órganos desconcentrados dentro de la AGESIC) tienen atribuciones y cometidos que refieren a la realización de informes, evacuación de consultas, emisión de opiniones, promoción y publicidad de los derechos reglamentados en las leyes, así como también potestades sancionatorias (en el caso de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales) o de denuncia (Unidad de Acceso a la Información Pública).

Puede apreciarse, de esa forma, la diferencia de roles que debería existir siempre entre los órganos que ejercen función jurisdiccional y aquellos que son llamados a ejercer la función administrativa en torno al hábeas data.

Esto nos remite, a la luz del garantismo, a la cuestión de quién garantiza los derechos de los que se ven asistidas las personas, ya que a veces, ante soluciones erróneas en cuanto a los roles, se podría desnaturalizar el concepto mismo de garantía. Parece lógico que la respuesta sea que quien garantiza los derechos fundamentales debe de ser siempre, en última instancia, un órgano jurisdiccional. Esto es, alguien distinto a los titulares de la *acción* y de la *excepción.* Como bien señala Superti:

> No hace falta esforzarse demasiado para advertir que cuando una garantía opera frente a una autoridad que por sí sola puede excepcionarla, automáticamente deja de ser garantía.[41]

[40] Dante Barrios De Ángelis: *Teoría del proceso*, Montevideo: B de F, 2.ª ed. actualizada, 2005, pp. 201-202 (entre otras).

[41] Héctor Superti: "La garantía constitucional del juez imparcial", en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (dirs.): *El debido proceso,* Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 326. Citado por Santiago Garderes y Gabriel Valentín: "Bases para la reforma del proceso penal", Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, p. 194.

Estos desarrollos teóricos se traducen en soluciones concretas en cuanto a la distribución de la competencia. En primera instancia entenderán en los asuntos vinculados con el hábeas data propio e impropio los juzgados letrados (de la materia que se corresponda con el caso concreto, civil o contencioso-administrativo);[42] a su vez, en segunda instancia (para los supuestos de apelación) la competencia —en función de los criterios generales previstos en el ordenamiento para la administración de justicia— será de los tribunales de apelación en lo civil. En el caso del recurso de casación (de ser admisible en estos procesos)[43] entenderá la Suprema Corte de Justicia. Lo mismo sucede con la resolución del recurso de revisión de la cosa juzgada.

En cuanto a la legitimación de las partes en el proceso de hábeas data propio, estas pueden ser tanto personas físicas o jurídicas, públicas o privadas (artículos 1, 2, 4, 24, 28, 37 y 38, entre otros). Debe tenerse en cuenta que la propia ley 18331 en su artículo 4 da algunas definiciones, como la de destinatario de la comunicación de datos (literal *f*), del encargado del tratamiento de los datos (literal *h*), el responsable de la base de datos o del tratamiento (literal *k*), titular de los datos personales (literal *l*) y usuario de los datos personales (literal *n*). Estas figuras muestran que no se encuentran legitimados solo el titular del dato personal o responsable de la base de datos en una causa vinculada con el hábeas data.

Finalmente, en el hábeas data impropio, los artículos 3, 13, 22 y 23 de la ley 18381 prevén específicamente la legitimación de cualquier persona (incluye a las personas jurídicas) para ejercer el derecho de acceso a la información pública, aun cuando no sean ciudadanos del país o tampoco —en principio— habitantes. Esta amplia legitimación parece estar estableciendo una *acción popular* o *class action* que responde, precisamente, a la finalidad del instituto de acceso a la información pública. Por su parte, los legitimados pasivamente son exclusivamente organismos públicos, sean estatales o no (por lo que en el Uruguay esta previsión abarca a las personas públicas paraestatales).

Por último, entendemos también aplicable la disposición contenida en el artículo 42 del CGP (cuando se dan sus requisitos) para la defensa de los intereses difusos, en tanto allí se prevé que la representación de aquellos recaiga en el Ministerio Público, cualquier interesado o cualquier asociación o institución de interés social "que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido".

---

[42] La ley 18331, en su artículo 38, refiere a que, cuando sea una pretensión dirigida contra personas públicas estatales, entenderán los juzgados con competencia en la materia contencioso-administrativa, y cuando la pretensión se entable contra otros sujetos, entenderán los juzgados con competencia en la materia civil. A su vez, la ley 18381, en su artículo 23, establece idéntica solución.

[43] Con relación al recurso de casación en el proceso de hábeas data propio e impropio hay argumentos de índole procesal para sostener tanto la posición que lo admite como la que lo rechaza. Sin perjuicio de que esa problemática (así como otras atinentes a la técnica legislativa empleada por el legislador o la interpretación e integración de las normas procesales contenidas en las leyes que se comentan, como la cuestión de la adhesión a la apelación) no puede ser analizada en el presente trabajo en virtud de su extensión, es del caso señalar que —a nuestro entender— para su resolución debe analizarse en primer lugar el alcance de los artículos 40 y 25 de las leyes 18331 y 18381 respectivamente. Allí se expresa que el procedimiento se rige por las normas contenidas en la ley y, en lo pertinente, por las resultancias de la aplicación del artículo 14 y 15 del CGP, los cuales establecen pautas y criterios para la interpretación e integración de la norma procesal.

5.2. El objeto del proceso

Dentro de la estructura procesal prevista por las leyes 18331 y 18381 se puede apreciar una serie de varias pretensiones, que pueden ser englobadas en dos núcleos principales: el hábeas data propio (regulado por la primera de las leyes mencionadas) y el hábeas data impropio (regulado por la segunda).

Desde el punto de vista de la estructura y de la similaridad de la finalidad y temática de los dos núcleos, existe un solo proceso de hábeas data.

La estructura seleccionada por el legislador, tal como se verá, se aproxima a la del proceso de amparo en el Uruguay. Se enmarca en la tendencia legislativa nacional de otorgar a la tramitación y sustanciación de ciertas pretensiones una estructura muy similar a la del amparo.[44]

Las pretensiones previstas en el artículo 37 de la ley 18331 son:[45]

a. conocimiento de los datos personales que se tienen, así como conocimiento sobre la finalidad y el uso de estos datos (tanto para bases de datos públicas como privadas, siempre que no estén exceptuadas del ámbito de aplicación de la ley, conforme su artículo 3);
b. en casos de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización:
   b.1. rectificación,
   b.2. inclusión,
   b.3. supresión.

Modificar, actualizar, eliminar, etcétera, son otros contenidos de la pretensión de condena que se pueden entender comprendidos en los verbos empleados por la propia ley, en casos de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización.

Asimismo, la expresión utilizada al final del primer inciso del artículo 37 de la ley 18331 (en cuanto se podrá exigir "lo que entienda corresponder") deja abierto el elenco de posibles contenidos para las pretensiones, quitándoles carácter taxativo a las referencias incluidas en el artículo en cuestión. A modo de ejemplo, puede pensarse en que se prohíba hacia el futuro el tratamiento de ciertos datos, conjuntamente con la supresión o eliminación de los que pudieran llegar a existir en un momento determinado. En ese hipotético caso, y si bien la prohibición de tratamiento es uno de los

[44] A modo de ejemplo, se puede señalar lo previsto en el artículo 2 de la ley 17940, que establece una "tutela especial" para ciertos casos de violaciones a la libertad sindical, y la estructura elegida por el legislador para obtener la reinstalación o reposición del trabajador discriminado parcialmente es idéntica a la del amparo. También, recordamos lo establecido en la ya citada ley 17838, que remitía —en cuanto a la estructura— al procedimiento del amparo.

[45] Véase supra, en la sección 2, la transcripción parcial de la disposición citada. Asimismo, en cuanto a la reglamentación, corresponde tener presente la regulación prevista en los artículos 9 y siguientes del decreto del Poder Ejecutivo 414/009, del 31 de agosto del 2009 (también ya mencionado), que se refiere al derecho de acceso, rectificación, actualización, inclusión, supresión y aquellos referentes a la comunicación o cesión de datos.

supuestos enumerados por el artículo 37, no estaría comprendida como condena hacia el futuro en el contenido de una condena a rectificar, incluir o suprimir datos existentes, pero sí quedaría abarcada por la expresión ampliatoria final a la que ya referimos ("lo que entienda corresponder").

En definitiva, y dado el carácter no taxativo del artículo 37, se comprende —en principio— todo lo vinculado a *proteger* los datos personales.

En cuanto al hábeas data impropio regulado en la ley 18381, esta norma en su artículo 22 refiere a una acción (rectius: pretensión) de pleno acceso a la información pública.[46] Dado la finalidad perseguida por la ley (nada menos que el control democrático de la gestión pública y su transparencia), el contenido posible de las pretensiones referentes al acceso a la información pública debe ser interpretado con un criterio amplio. Es decir, y conforme a la última doctrina,[47] todas las pretensiones necesarias para el control de la información referente a la administración pública.

Por otra parte, en cuanto al posible reclamo de daños y perjuicios por incumplimientos de las leyes referidas, la estructura para vehiculizar la pretensión indemnizatoria no parece ser la regulada en las leyes 18331 y 18381.

La especialidad de la estructura está justificada por la particularidad y urgencia (eventual) que el tratamiento de estas cuestiones amerita para el legislador. Una pretensión no urgente —como es la indemnización patrimonial del daño ocasionado— parece exigir un texto y voluntad legislativos expresos para alejarse de la estructura de principio.

Tal como resalta Fígoli:[48]

> Por último, señalamos que la Ley 18.331 no ha previsto a texto expreso la acción de indemnización.[49] No obstante ello, ha reconocido en su artículo 12 el principio de responsabilidad, por lo que de producirse y poder probarse un daño, deberá seguirse la vía ordinaria por cobro de daños y perjuicios contra el responsable de la base de datos.

Esta es la posición sustentada por la incipiente jurisprudencia que ha comenzado a surgir en Uruguay a raíz de esta reciente legislación.[50]

---

[46] Véase el texto del citado artículo en la sección 2, supra.

[47] Daniel Ochs Olazábal: "Acceso a la información en poder del Estado y restricciones fundadas en la confidencialidad", en Carlos E. Delpiazzo (coord.): *Protección de datos personales y acceso a la información pública*, Montevideo: FCU, 2009, pp. 29-32.

[48] Andrés J. Fígoli Pacheco: "Las telecomunicaciones y la protección de datos personales en la ley 18331", *en Revista La Justicia Uruguaya On Line,* ‹http://online.lajusticiauruguaya.com.uy/DesplegarCaso.asp?t=138&p=Doctrina10› (13.9.2009).

[49] Algunas legislaciones prevén expresamente la indemnización directamente en las leyes referentes al hábeas data; otras, en cambio, dejan librado dicho aspecto a las normas generales del ordenamiento. En el caso de España, el derecho a indemnización se prevé en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (artículo 19). Cf. *Agencia Española de Protección de Datos,* ‹https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/legislacion/estatal/common/pdfs/Ley-15_99.pdf› (13.9.2009).

[50] Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno, sentencia 12/2008, en *Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales,* ‹http://www.protecciondedatos.gub.uy/sitio/pdf/sentencia-tac-5.pdf› (13.9.2009).

Finalmente, es bueno destacar que todas las pretensiones a las que hicimos referencia están incluidas en el objeto de este proceso. Tal como lo señalara Guerra,[51] a diferencia de lo ocurrido con el objeto del proceso del amparo, no tiene el hábeas data ese carácter residual y no importa la existencia de otros remedios efectivos para la cuestión. Este es, incondicionadamente, el procedimiento aplicable a las pretensiones analizadas en este capítulo.

5.3. El procedimiento: principales características

Se trata de un procedimiento sumario, autónomo, definitivo, no residual, de tutela diferenciada para ciertos derechos de raigambre constitucional previstos por la norma, ubicado fuera del Código General del Proceso (extracódigo), contencioso y de conocimiento.

A diferencia de su antecedente (el amparo) y dado que no se trata de un procedimiento residual, el legislador no previó un plazo específico de caducidad, por lo que regirán, en todo caso, solamente los plazos generales de prescripción.

En primer lugar, corresponde referir a la actividad previa al proceso judicial. Así, la ley 18331 prevé en sus artículos 14, 15 y 38.*A* que deberá haberse solicitado previamente al eventual demandado en el futuro proceso el derecho que se pretende y que no se haya satisfecho su pedido en un plazo de cinco días hábiles (en ese sentido, decreto reglamentario 414/009, artículo 9). Asimismo y de conformidad con el citado artículo 14 de la ley 18331, no se debe haber realizado un pedido anterior (en el caso, de pretensión de acceso en el hábeas data propio) en un término menor de seis meses, salvo que exista un interés legítimo y específico que justifique su planteamiento anticipado.

A su vez, la ley 18381 establece en sus artículos 13 a 18 un procedimiento de naturaleza administrativa para acceder a la información, y dispone un plazo de veinte días hábiles para permitir o negar el acceso, que puede prorrogarse por otros veinte días hábiles. Por su parte, en el artículo 23 se reconoce que el proceso judicial procede cuando el sujeto obligado se hubiese negado a proporcionar la información o no lo hubiese hecho en plazo.

Otro punto aparte amerita la cuestión sobre el requisito de conciliación previa, previsto por la Constitución Nacional en su artículo 255, en principio, para todo proceso.

La naturaleza del hábeas data y la finalidad de celeridad y tutela diferenciada perseguida por el legislador hacen aconsejable excepcionar este tipo de procesos del requisito de conciliación.

No obstante, y a pesar de la incoherencia que esto puede significar, dado que no existió una previsión expresa al respecto, parece necesario exigir la tentativa de conciliación previa al proceso.

Distinta era la situación del amparo que, con acierto, fue expresamente excepcionado de la conciliación previa.

[51] Walter Guerra Pérez: "Hábeas data. Normas procesales. Primera lectura de la ley 17838", en *Revista de Derecho Público*, n.º VII, Universidad Católica del Uruguay, 2005, p. 147.

Sin perjuicio de lo anterior, se señala que aquellos procesos de hábeas data propio e impropio en los cuales sea actor o demandado el Estado u otra persona pública estatal estarán exceptuados de la conciliación, por expresa previsión del artículo 294.12 del CGP.

En cuanto a la cuestión estructural, se reitera que los procesos previstos en la ley 18331 y en la ley 18381 (artículos 40 a 45 y 25 a 30, respectivamente) se encuentran regulados de forma idéntica.

Sucintamente, se pueden identificar las siguientes etapas procedimentales:

1. Como venimos de decir, de regla, conciliación previa.
2. Presentación de la demanda, dando cumplimiento a los requisitos generales previstos en el CGP para el acto de proposición inicial de la parte. De conformidad con lo anterior y en cuanto al contenido de la demanda, se deberá, básicamente, indicar de forma precisa los hechos constitutivos de la pretensión concreta, los fundamentos de derecho, los medios de prueba de que quiera valerse y el petitorio, entre otros aspectos.
3. Contralor liminar de la demanda, con la posibilidad de que el tribunal entienda que esta es manifiestamente improcedente y mande archivar las actuaciones. El demandante podrá apelar dicha resolución, en un plazo perentorio e improrrogable de tres días hábiles, con lo que las actuaciones se elevarán al tribunal de apelaciones, sin traslado a la contraria ni más trámite.
4. En caso de entenderse que la demanda es procedente por el tribunal de primera instancia (o por el de segunda instancia en el caso de la apelación de la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que dispone el archivo de las actuaciones), se convocará a una audiencia pública que debería celebrarse dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir del primer día hábil siguiente al de presentación de la demanda (en casos excepcionales se podrá prorrogar la audiencia por hasta tres días hábiles más). La actividad desplegada en la audiencia, en la que deberá estar presente el juez (so pena de nulidad —principio de inmediación—), es a grandes rasgos la siguiente:
   a. Sin perjuicio de la audiencia de conciliación previa, recién en esta etapa, se "oirán las explicaciones del demandado", sin admitirse el planteamiento de cuestiones previas, incidentales y de reconvenciones. Se trata, pues, de una manifestación atenuada del principio de bilateralidad que nos resulta ciertamente cuestionable y que encontraría su fundamento en la sumariedad de la estructura por la que se tramitan pretensiones privilegiadas por el legislador, relativas a derechos de rango supralegal.
   b. Se producirán las pruebas, pudiendo el tribunal rechazar las manifiestamente impertinentes o innecesarias.[52] También será en la propia

[52] Téngase en cuenta que eventualmente puede que se esté ante cuestiones muy complejas desde el punto de vista gnoseológico y/o probatorio, por lo que el tribunal puede requerir, a modo de ejemplo, que se realicen inspecciones judiciales en el lugar donde se encuentran las bases de

audiencia en donde se deberá interrogar a los testigos que puedan proponerse o a las partes. Finalmente, se realizarán los alegatos de bien probado, relativos a las resultancias probatorias de la causa. Se debe tener en cuenta, además, que el tribunal de primera instancia en cualquier momento podrá ordenar diligencias para mejor proveer. El tribunal gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia.

5. La sentencia definitiva se dictará en la audiencia antes referida o a más tardar dentro de las veinticuatro horas de celebrada. El contenido de la sentencia dependerá, obviamente, de la pretensión planteada y del objeto del proceso concreto. A su vez, el tribunal en cada caso podrá hacer lugar o no a lo solicitado (de forma total o parcial). En caso de acogerse la pretensión se deberá identificar concretamente la autoridad o el particular contra quien se dirige la pretensión, determinar de forma precisa lo que deba o no deba hacerse y el plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no puede ser mayor de quince días corridos e ininterrumpidos computados a partir del día siguiente al de la notificación.
6. Dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, se podrá interponer recurso de apelación en escrito fundado por quien considere que la sentencia le causa agravio. De dicho recurso se dará traslado a la contraparte por igual plazo.
7. En segunda instancia, el tribunal resolverá en acuerdo dentro de los cuatro días hábiles siguientes a la recepción del expediente. La interposición del recurso no suspende los efectos de las medidas decretadas, las cuales deben ser cumplidas de inmediato.

Por último, resta referir a la posibilidad de adoptar medidas provisionales durante la tramitación del proceso, si resultara la necesidad de actuación inmediata para la protección de los derechos presuntamente violados. A su vez, se menciona que si se planteara la inconstitucionalidad de alguna norma de rango legal se procederá a la suspensión del proceso solo después de que el tribunal que entiende en la causa adopte las medidas provisorias del caso (o, eventualmente, deje consignadas las circunstancias de las razones por las que las considera innecesarias).

datos, con la concurrencia de peritos o incluso directamente pericias (como puede ser, en cuestiones de índole informática, una pericia para conocer el contenido de un servidor determinado, las modificaciones que se le introdujeron, etcétera). La cuestión es discutible en tanto nos encontramos ante una estructura sumaria, en la que el debate probatorio está acotado al menos desde el punto de vista de los tiempos dentro del proceso.

6. Conclusiones

1. La regulación de la protección de datos personales y acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico uruguayo es relativamente reciente. En cuanto a la protección y tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de las personas, la necesidad actual del instituto es incuestionable. También lo es en virtud de su importancia para el país desde el punto de vista de su posicionamiento internacional, tanto por la trascendencia del flujo transfronterizo de datos como por la relevancia dada a la transparencia y el acceso a la información de los organismos públicos.

2. Se destaca, desde una perspectiva evolutiva y descriptiva de las garantías en el derecho procesal uruguayo, la aparición de un sistema de tutela diferenciado y específico para los derechos sustanciales involucrados en la protección de datos personales y el acceso a la información pública.

3. Las nuevas tutelas se diferencian del proceso de amparo en el Uruguay en que desaparecen algunas de sus limitaciones, como el carácter residual del amparo y el requisito de la existencia de *ilegitimidad manifiesta* para tutelar el derecho o la caducidad de treinta días (limitante temporal) para la presentación de la demanda de amparo, entre otras. Asimismo, también se diferencia del proceso de amparo en cuanto a que en los procesos de hábeas data propio e impropio se resuelve de forma definitiva la pretensión planteada.

4. Sin perjuicio de lo anterior, las diversas pretensiones que se pueden sustanciar en el proceso de hábeas data (propio e impropio) tramitarán por una estructura idéntica a la del amparo, cuya naturaleza es también contenciosa y sumaria.

5. De la descripción de las etapas del procedimiento se puede apreciar que en este predomina una bilateralidad atenuada, la sumariedad en el debate, y tiempos procesales acotados para la realización del procedimiento probatorio. En definitiva, la profundización del análisis de la presente cuestión desde el punto de vista del derecho procesal pasa, fundamentalmente, por la utilización adecuada de los principios involucrados; a saber (básicamente): debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

Bibliografía

Abal Oliú, Alejandro: *Derecho procesal*, t. I, Montevideo: FCU, 1999.

— *Estudios del Código General del Proceso*, t. I, Montevideo: FCU, 1992.

Altmark, Daniel Ricardo, y Eduardo Molina Quiroga: "Régimen jurídico de los bancos de datos", en Daniel Ricardo Altmark (dir.) y Rafael A. Bielsa (coord.): *Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional*, vol. 6, Buenos Aires: Depalma, 1998.

Alvarado Velloso, Adolfo: "El garantismo procesal", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: *Activismo y garantismo procesal,* p. 145, disponible en ‹http://www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/view› (19.8.2009).

Barrios De Angelis, Dante: *El proceso civil. Código General del Proceso*, Montevideo: Idea, 1989.

— *Teoría del proceso*, Montevideo: B de F, 2.ª ed. actualizada, 2005.

Biasco Marino, Emilio: *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo y otras medidas cautelares,* Montevideo: AEU, 1997.

Delpiazzo, Carlos E.: "A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso", en Carlos E. Delpiazzo (coord.): *Protección de datos personales y acceso a la información pública*, FCU, Montevideo, 2009.

— "Hábeas data. A propósito del acceso a la información pública", ponencia al seminario *El derecho de hábeas data en el Uruguay,* Montevideo: Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH), 24 de abril de 2008, disponible en ‹http://www.claeh.edu.uy/html/images/stories/docs/Ponencia_carlos_delpiazzo.pdf› (30.8.2009).

Fernández Segado, Francisco: "El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España", en *Ius et Praxis*, año 3, n.º 1, Universidad de Talca, 1997.

Ferrajoli, Luigi: "El derecho como sistema de garantías", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 2, Montevideo, 1999.

— *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi), Madrid: Trotta, 4.ª ed., 2004.

Fígoli Pacheco, Andrés J.: "Las telecomunicaciones y la protección de datos personales en la ley 18331", en *La Justicia Uruguaya On Line,* ‹http://online.lajusticiauruguaya.com.uy/DesplegarCaso.asp?t=138&p=Doctrina10› (13.9.2009).

Gaiero Guadagna, Bruno, e Ignacio M. Soba Bracesco: "Aspectos procesales y de garantías en la clausura de establecimientos por la administración tributaria", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo, 2007.

Garderes, Santiago, y Gabriel Valentín: "Bases para la reforma del proceso penal", Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

Gelsi Bidart, Adolfo: *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo: B de F, 2006.

— "El proceso de amparo en la ley de Uruguay (n.º 16601, de 19/XII/1988)", en *La Justicia Uruguaya On Line,* ‹http://online.lajusticiauruguaya.com.uy/DesplegarCaso.asp?t=113&p=Doctrina6› (22.8.2009).

González Miragaya, Santiago: "Naturaleza jurídica del proceso de hábeas data, sus consecuencias y otros aspectos procesales", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* n.º 1, Montevideo, 2008.

Guerra Pérez, Walter: "Hábeas data. Normas procesales. Primera lectura de la Ley 17.838", en *Revista de Derecho Público,* n.º VII, Universidad Católica del Uruguay, 2005.

Landoni Sosa, Ángel: "La interpretación y la integración de las normas en el CGP y en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo, 2004.

— "La tutela de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. El derecho uruguayo", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* n.º 3, Montevideo, 2006.

Landoni Sosa, Ángel, y Santiago González Miragaya (con la colaboración de Ignacio M. Soba Bracesco): "Medidas cautelares en los procesos colectivos. En particular, en procesos relativos a los derechos del consumidor, medio ambiente y otros intereses difusos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo, 2006.

Landoni Sosa, Ángel, et al.: *Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia*, vol. 1, Montevideo: B de F, 2002.

Ochs Olazábal, Daniel: "Acceso a la información en poder del Estado y restricciones fundadas en la confidencialidad", en Carlos E. Delpiazzo (coord.): *Protección de datos personales y acceso a la información pública*, Montevideo: FCU, 2009.

— *La acción de amparo,* Montevideo: FCU, 1995.

Recarey, Alejandro: "Publicidad de información en poder del Estado sobre desapariciones forzadas. Satisfacción procesal de los derechos derivados del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica", en *La Justicia Uruguaya On Line,* ‹http://online.lajusticiauruguaya.com.uy/DesplegarCaso.asp?t=119&p=Doctrina8› (22.8.2009).

Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ad-Hoc, 2006.

Tarigo, Enrique E.: *Lecciones de derecho procesal civil,* t. I, Montevideo: FCU, 3.ª ed., 1998.

Véscovi, Enrique, et al.: *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Montevideo: Ábaco, 1992.

Viera, Luis Alberto: *Ley de Amparo,* Montevideo: Idea, 2.ª ed., 1993.

Warren, Samuel D., y Louis D. Brandeis: "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, 1890, ‹http://www.lawrence.edu/fast/BOARDMAW/Privacy_brand_warr2.html› (18.9.2009).

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 351-375, ISSN 1510-4974

Pedro Gareca Perales (Bolivia)*

Los principios constitucionales y procesales en la jurisprudencia penal en materia de revisión y los límites de la justicia comunitaria y ordinaria

RESUMEN

La única forma de dar valor y eficacia a lo que se hace por el acceso a la justicia, y particularmente al recurso de revisión de sentencia condenatoria a favor del injustamente condenado, es la nítida presencia de la cadena de razonamientos jurídicos de los tribunales que pronuncien resolución de absolución. Es el único modo de conseguir legitimidad permanente y ser garante de un orden jurídico nutrido de principios constitucionales y procesales, capaz de restituir la libertad a aquel a quien teniéndola por derecho le fue cancelada injustamente. Una forma inteligente de la justicia comunitaria que preserve los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios campesinos requiere que sus decisiones se den dentro de los límites de sus territorios ancestrales y naturales.

Palabras clave: proceso penal, sistema judicial, debido proceso legal, prueba en el proceso penal, recurso de revisión, derecho indígena, justicia comunitaria, jurisprudencia comentada, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Rechtswirksamkeit und Geltung einer Gerichtsentscheidung, vor allem aber eines Antrags auf Revision eines Urteils zu Gunsten des zu Unrecht Verurteilten, beruht ausschließlich auf der geordneten Darlegung der rechlichen Argumentationskette der Gerichte, die einen Freispruch aussprechen. Damit ist sie die einzige Art und Weise, um dauerhafte Legitimität zu erwerben und zum Garanten einer Rechtsordnung zu werden, die auf verfassungs- und prozessrechtlichen Prinzipien beruht, dank derer es möglich ist, einer Person die ihr von Rechts wegen zustehende Freiheit zurückzugeben, nachdem sie ihr zu Unrecht entzogen wurde. Eine intelligente Form der kommunitären Justiz, die in der Lage sein soll, die Kollektivrechte der ursprünglichen indigenen Landbevölkerung zu verteidigen, wird den Geltungsbereich ihrer Entscheidungen auf die Grenzen ihrer althergebrachten, natürlichen Gebiete beschränken müssen.

---

* Abogado y profesor de las universidades Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Fiscal general de la República y abogado asistente de la Sala Penal y de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. ‹gareciza@entelnet.bo›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Schlagwörter: Strafprozess, Gerichtswesen, rechtmäßiges Verfahren, Beweis im Strafprozess, Antrag auf Revision, indigenes Recht, kommunitäre Justiz, kommentierte Rechtsprechung, Bolivien.

ABSTRACT

The only way to provide value and effectiveness to access to justice, particularly when considering review of a guilty judgment in favor of someone unjustly convicted, is to maintain a clear line of legal reasoning of courts that pronounce decisions of acquittal. This is the only way to achieve legitimacy and ensure a legal order nurtured with constitutional and procedural principles, able to reinstate freedom for those whose right to freedom was unjustly terminated. Provision of an effective form of community justice, preserving the collective rights of indigenous peoples, requires that their decisions are made consistent with ancestral legal limits.

Keywords: criminal process, court system, due process of law, criminal law evidence, review of judgment, indigenous rights, indigenous law, community justice, annotated jurisprudence, Bolivia.

1. La jurisprudencia penal y los principios constitucionales y procesales presentes en las decisiones de revisión

El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, entendido en su esencia como una de las garantías del proceso penal y, dentro de este, del sistema de recursos que hubiera diseñado el legislador para revisar sentencias condenatorias ejecutoriadas, establece:

> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

La garantía procesal supone un control de la corrección del fallo, que consiste en que un tribunal superior constituido anteladamente por la ley —que, como es lógico, se presupone con mayor experiencia e intachable imparcialidad— examine y reexamine si la sentencia fue pronunciada conforme al principio de legalidad. Queda claro entonces que la naturaleza y el alcance de esta normativa internacional están referidos más a las garantías procesales del debido proceso, sin penetrar en el tema de fondo.

Ahora bien, dada la naturaleza del recurso de revisión, que por causales o motivos específicos establecidos en la ley tiene por finalidad anular la sentencia condenatoria ejecutoriada calificada de injusta, es pertinente referirnos a los principios que orientan la consideración y la aplicación de la nueva prueba en el proceso autónomo de la revisión; todo en virtud de la relevancia del presupuesto probatorio y la particularidad de cada una de las causales venidas en el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal.

1. *El principio de legitimidad y lealtad de la prueba.* Significa que la obtención de la prueba con carácter de reciente podrá ser requerida y conseguida por el condenado y por los autorizados por la Ley Procesal para interponer la revisión. La excepcionalidad al criterio expuesto viene dada con el margen potestativo que le confiere la Ley Procesal al tribunal de revisión para emprender la iniciativa de producir pruebas de oficio que contribuyan al descubrimiento de la verdad respecto a la inocencia del condenado.
2. *El principio de la pertinencia y eficacia jurídica de la prueba.* Se entiende que aquella prueba desconocida por el tribunal debe tener vinculación directa con el hecho base de la condena, de modo que la fuerza de contenido sea determinante para descubrir la verdad y reponer la injusticia reclamada en la revisión.
3. *El principio de confrontación de la prueba.* Ha de resultar altamente beneficioso que el tribunal de revisión, al estar en conocimiento del expediente original —desde luego, después de producida la admisión del recurso—, realice una exhaustiva confrontación entre las pruebas que ya fueron valoradas en el contradictorio y la nueva prueba ofrecida por el condenado, a fin de no verse sorprendido en su decisión.
4. *El principio de fundamentación.* Si el condenado tiene interés especial en rever la sentencia que ataca de injusta, dada la utilidad y el carácter determinante de la nueva prueba que acompaña al recurso planteado, podrá solicitar al tribunal de revisión una audiencia para fundamentar su petitorio, a efecto de que el órgano jurisdiccional competente se forme un mejor conocimiento del hecho.
5. *El principio de la publicidad de la prueba.* Garantiza que la nueva prueba que acompaña el condenado sea conocida por el fiscal o acusador particular, a efecto de analizarla y elaborar su requerimiento y contestación al tiempo de haber sido notificados con el recurso.
6. *El principio de la carga de la prueba.* Quien pretende demostrar con prueba de reciente obtención la justificación de la causa o motivo de su inocencia o absolución en la comisión del delito por el cual fue condenado, está en la inexcusable obligación de acreditar el extremo con documentos o sentencias condenatoria firmes posteriores el proceso, o con leyes más benignas y sentencias del Tribunal Constitucional que tengan efecto derogatorio. Se exceptúa la iniciativa de oficio que pudiera realizar el tribunal de sentencia cuando así lo considere urgente de necesaria.
7. *El principio de la imprescriptibilidad de la prueba.* Significa que, al proceder el recurso de revisión en todo tiempo, obvio resulta que la necesidad de la prueba nueva que interesa al condenado no tenga plazos ni términos para su obtención, con la única condición de que sea lograda por medios lícitos.
8. *El principio de la retroactividad de la ley en su dimensión probatoria.* Por precepto constitucional se deja sentado que la ley rige para lo venidero y se reconoce de manera excepcional el principio de la retroactividad de toda ley penal que beneficie al delincuente; resultado benéfico que no solamente se refiere a la descriminalización del tipo penal, la reducción de la pena, la seguridad jurídica o la sanción económica, sino también a otras, como la prescripción de la pena, la rehabilitación, etcétera.

9. *El principio de la derogatoria de la ley convertida en prueba exclusiva.* Entendible es el principio desde la perspectiva de la invocación de la causal, referida a la procedencia del recurso de revisión que se sustente, cuando se acredite por medio de la nueva prueba la existencia de una sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional que derogue el tipo de la norma penal en que se fundó la condena injusta. El principio tiene relación estrecha con la prueba que emerge del órgano constitucional al asumir una decisión por efecto de una demanda indirecta o incidental de inconstitucionalidad. Pero la derogatoria también puede producirse por vía de la actividad del legislador, en cuyo caso la fuente de la prueba nueva cambia de origen.
10. *El principio de exclusividad de la prueba.* La injusticia de una sentencia despierta el interés público y el clamor se acentúa a medida que la reposición se dilata en el tiempo, por los efectos psicosociales que produce una situación de esta naturaleza. Por eso el legislador ha instituido al condenado por sentencia firme como el legitimado con exclusividad por la ley para rever su situación y obtener la nueva prueba.
11. *El principio de la prueba concernida a la indemnización.* Los daños y perjuicios materiales y morales que le depare al condenado una sentencia injusta, que sea anulada a consecuencia de la interposición del recurso de revisión, en puertas del fallo abren el derecho del absuelto de culpa y pena a solicitar la indemnización con cargo al Estado (querellante) o acusador particular cuando se trata de delitos privados.
12. *El principio de dignidad.* Entendido como el derecho de toda persona a un trato que no lesione su condición de ser racional, libre y capaz de autodeterminación responsable, postula que si la sentencia es de absolución o extinción de la pena, cabe al tribunal de revisión disponer la inmediata publicación de la parte resolutiva del fallo en un medio de comunicación social de alcance nacional, y por vía de jurisprudencia ordenar la inmediata suspensión o cancelación de la ficha de registro de condenados en el REJAP.
13. *El principio de repetición ilimitado del recurso.* Anida el principio en el interés de la comunidad y de modo especial en el condenado para activar un nuevo recurso de revisión fundado en causales distintas, cuando el penado haya obtenido como resultado de su solicitud el rechazo del tribunal de revisión.
14. *El principio de la presunción de inocencia.* De singular relevancia resulta el derecho que le asiste al imputado a que se presuma su inocencia mientras no recaiga contra él una sentencia penal condenatoria firme. El quiebre de la presunción de inocencia en el proceso ordinario con la interposición del recurso de revisión experimenta el suspenso de su eficacia o ineficacia por error judicial, dado este último supuesto por decisión justificable del tribunal de revisión que declara la absolución del condenado con la consiguiente libertad y rehabilitación de todos sus derechos que injustamente los tribunales del proceso le habían suspendido.

2. Las causales preferentemente utilizadas en el recurso de revisión

Partiendo de que nuestro estudio comprende el análisis de la jurisprudencia penal generada en el periodo 1991 a 2001 —es decir el repertorio producido en materia de revisión bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal 1972, vigente en 1973, y la pronunciada por el Tribunal Supremo en su Sala Penal conforme a las normas contenidas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal de 31 de mayo de 2001, que a su vez comprende la jurisprudencia a partir de 2002 hasta 2009 (mayo)—, trataremos de identificar en estos dos bloques de extraordinaria valía, por separado, cuáles han sido las causales que mayor vivencia han experimentado por la acción de los condenados al interponer el recurso de revisión.

Las causales en que se basaron los condenados, o los legitimados para promover el recurso de revisión, con mayor frecuencia fueron las consignadas en los incisos 4 y 5 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal de 1972, que textualmente señalan:

> [4.] Cuando después de la sentencia condenatoria se descubrieren nuevas e irrefutables pruebas de la inocencia del condenado […].
>
> [5.] Cuando después de la condenación, se llegare a constatar que el crimen no existió […].

Esta trascendencia apuntada permite descubrir, en forma complementaria, que los condenados por delitos de tráfico de sustancias controladas y transporte han sido los que en más de una veintena de oportunidades han activado el recurso de revisión (en número de 25), seguido por los responsables penalmente por los delitos de alzamiento armado (5) y concusión impropia (2), de los cuales la incidencia de admisión es mínima y las resoluciones de fondo con sentencia de reversión merecen el mismo criterio. Esta situación demanda una mejor adecuación del recurso a los requisitos de admisión y procedencia que se vienen desarrollando en la legislación latinoamericana y española.

En el desempeño de esta modesta labor, ciertamente importante como reflujo para emprender algunas modificaciones al instituto de la revisión, se aprecia que, bajo la vigencia plena del Nuevo Código de Procedimiento Penal, los condenados han hecho uso del recurso de revisión de sentencia condenatoria con mayor preferencia amparados en la causal 4, incisos *a, b* y *c,* del Código de Procedimiento Penal (del 25 de marzo de 1999), disposición que establece:

> Cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos, se descubran hechos preexistentes o existan elementos de prueba que demuestren: a) Que el hecho no fue cometido; b) Que el condenado no fue autor o partícipe de la comisión del delito y c) Que el hecho no sea punible […].

Por otra parte, es pertinente indicar que, de las más de cincuenta acciones de revisión que se hallan materializadas en la jurisprudencia penal estudiada, aproximadamente

un 90% han sido declaradas inadmisibles y el resto han sido objeto de resolución de fondo en sus formas tradicionales de *Rechazo por improcedente* y *Anulando la sentencia directamente o disponiendo la realización de un nuevo juicio.* Se advierte, asimismo, que los recurrentes que más han solicitado la revisión de sentencia firme han sido los condenados por delitos de trafico de sustancias controladas (en número de 6), seguidos por el despojo (5), falsedad material e ideológica y uso de instrumento falsificado (5), violación agravada (4), giro de cheque en descubierto (3), estafa (3) y estelionato (3).

Cabe hacer hincapié en el término adoptado por la jurisprudencia, en sentido de que *la nueva prueba tiene que se ser de reciente obtención,* es decir, totalmente desconocida por el tribunal del proceso y por el concernido. La cualidad asumida por la doctrina de la jurisprudencia en el tema de la revisión habría que tomarla no en el sentido restrictivo, sino en la dirección que reporte la acogida de mayores variantes de pruebas bajo el concepto de *nuevas.* Verbigracia, entendemos que podría ser doblemente injusto que el condenado, sabiendo que es inocente, al interponer la revisión fundamente que no cometió el delito atribuido y que la condena ha sido dictada por el tribunal omitiendo la prueba determinante para su inocencia sin darle ningún valor. Prácticamente este sería el caso que podría interpretarse como una variante de desconocimiento a pesar de haber sido ofrecida oportunamente en el proceso, puesto que lo que interesa no es la fecha del calendario en que se obtiene la nueva prueba, sino acreditar que esa prueba se mantuvo alejada del análisis crítico, lógico y valorativo del juez o tribunal, sea por negligencia del condenado, por omisión involuntaria del órgano jurisdiccional u otro elemento perturbador de tal intensidad que impidió su valoración acorde a la ley procesal, como sería valido admitir el recurso en caso de indefensión absoluta y violación de los derechos fundamentales del condenado. Empero, son supuestos que precisan de un desarrollo legislativo futuro.

De manera conclusiva en este tema de reflexión, más allá del elemental derecho a la presunción de inocencia y de la trascendencia de preservar el valor de la justicia y la dignidad de la persona, que están siempre despiertos y detrás de este derecho, la pérdida de la libertad y otros derechos no se justifica por el desacierto del sistema jurídico, sino por la proverbial probidad que a tiempo se repone por vía de revisión.

3. Los efectos inmediatos de la sentencia de absolución

Desde el contenido del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, se considera que si la sentencia es absolutoria o de extinción de la pena, se dispondrá la inmediata libertad del injustamente condenado, la rehabilitación plena en sus derechos del injustamente inhabilitado, el pago de la indemnización por concepto de los daños y perjuicios morales y materiales que le haya ocasionado la sentencia condenatoria y/o la devolución de la cantidad pagada en concepto de sanción económica fijada y la entrega de los bienes y objetos confiscados. Asimismo, se dispondrá la publicación de la

parte resolutiva en que se declaró la absolución o extinción de la pena en un medio de comunicación social de alcance nacional.

La normativa indicada prevé el caso cuando la sentencia reduzca el tiempo de privación de libertad que resta por cumplir al condenado; el fallo contendrá el nuevo cómputo a cuyo efecto se precisará el día de finalización de cumplimiento de la pena impuesta. En este supuesto estaríamos ante una anulación parcial de la sentencia, en virtud de mantenerse la condena por el delito acusado, con la única modificación de que la responsabilidad penal en términos de tiempo se reduce en beneficio del penado, sea por efecto de una ley nueva que se aplica retroactivamente a su favor, por la mala interpretación de la ley vigente, por defecto en el cómputo o por haber aplicado una ley abrogada en la creencia de su vigencia.

A las claras se observa que la parte resolutiva de los Autos Supremos que anulan la Sentencia, el Auto de Vista y Auto Supremo en su caso y absuelven de culpabilidad y pena al condenado por los delitos atribuidos, en virtud de haber justificado plenamente la causal invocada en su petición de revisión, disponen la inmediata libertad del condenado siempre y cuando no estuviere detenido por otras causas y se remitan los antecedentes al juez de origen para que de cumplimiento a lo ordenado; de igual manera se dispone la publicación de la parte resolutiva de la sentencia en un órgano de prensa nacional.

Las acciones de ejecución que lleve a cabo el juez o el tribunal de origen han de consistir en librar el mandamiento de libertad o excarcelación del(de los) injustamente condenado(s); el trámite de la reparación de daños y perjuicios de índole moral y material que le(s) haya ocasionado la sentencia cuando esta sea promovida en los términos que establece la segunda parte, libro primero, título III, artículos 382 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; las medidas de rehabilitación de sus derechos suspendidos; la devolución de los montos de dinero pagados por concepto de sanción en días multa; los bienes muebles e inmuebles confiscados y la publicación de la parte resolutiva de la sentencia en un medio de comunicación de alcance nacional.

Merece la pena recordar que el problema, aparentemente accesorio, podría tornarse también sustancial al remitir los actuados de la revisión al juez o tribunal de origen. Así por ejemplo, la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios que debe concluir con la labor valorativa de las pruebas ofrecidas, señalando el total de la indemnización a cancelarse al condenado injustamente, podría influir negativamente en la garantía del principio de imparcialidad, incluido como lógica consecuencia el principio de legalidad penal, pues si la Ley Procesal Penal establece que si se dispone la realización de un nuevo juicio no podrán intervenir los mismos jueces que dictaron la sentencia, supone que la prohibición no es solo para el caso de remisión a ese nuevo juicio, sino que también alcanza cuando la sentencia anulada es dictada directamente por el tribunal de revisión. En consecuencia, al criterio del legislador de impedir la contaminación en el recurso de revisión sería válido extender el resguardo intacto de la imparcialidad aun en el cumplimiento de los efectos de la sentencia de absolución de culpa y pena, o de inocencia.

Si reparamos en que los efectos de la sentencia son de ejecución inmediata, conforme se lee del primer acápite del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia sea absolutoria o declare la extinción de la pena, se ordenará la inmediata libertad del injustamente condenado […]"), es claro que la medida debe partir al instante y del tribunal que asumió el conocimiento y la decisión principal en la revisión. A este respecto, es pertinente remitirse al contenido semántico del término *inmediato:* "Que sucede de seguida sin tardanza, algo que debe ocurrir al instante, sin interposición de nadie".[1] De ello se infiere que la inmediatez es condición de lo inmediato, que se interpreta como aquello que está próximo en el espacio, cercano en el tiempo y de prontísima realización.

Si se cataloga a la libertad como uno de los bienes jurídicos de mayor resguardo e importancia, probablemente resulte inadecuada la remisión para la ejecución de los efectos de la nueva sentencia, de manera especial el referido a la protección de la libertad y los derechos fundamentales. En efecto, la medida de remisión estaría en contra de la agilidad y la adaptabilidad de la norma procesal y, subsecuentemente, del principio de inmediatez. *La simetría de lo esbozado alcanza su amplificación justiciera en la sentencia del Tribunal Constitucional SC 1646/2005-R,* que indica librar en el acto el respectivo mandamiento de libertad conforme a lo dispuesto por el artículo 129.7 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, lo que sí debe preocupar es la cuestión referida a que el tribunal de revisión ha preferido guardar silencio en el tema de la ficha de registro de antecedentes, por lo que de suyo se espera un desarrollo jurisprudencial en este orden. Simplificando la cuestión, sería pertinente que el tribunal de revisión, al decidir la anulación de la sentencia condenatoria a favor del recurrente (condenado) por los delitos acusados, disponga con carácter de urgencia en forma explícita la supresión de la ficha de registro de antecedentes penales al REJAP, a fin de que se proceda a cancelar los datos penales que dejaron de ser tales por efecto de la sentencia de absolución.

En el caso del nuevo juicio, el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal determina:

> Si se dispone la realización de un nuevo juicio, no podrán intervenir los mismos jueces que dictaron la sentencia. En el nuevo juicio, la sentencia no podrá fundarse en una nueva valoración de la prueba que dio lugar a la sentencia anulada. El fallo que se dicte en el nuevo juicio no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera instancia.

Ahora bien, es propio de los procesos ordinarios el intenso debate de la prueba. Similar actividad se ejerce en el nuevo juicio de revisión, pero no para revalorar la prueba, que ya fue sometida a consideración del criterio y análisis jurídico del juez o

[1] Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá-Zamora y Castillo: *Diccionario enciclopédico de derecho usual,* t. IV, Buenos Aires: Heliasta, 12.ª ed., 1979, p. 731.

tribunal, sino para apreciar la nueva prueba que el recurrente haya ofrecido como de carácter relevante y desconocida, y la que pudieran producir los acusadores.

El legislador parece haber redactado el artículo precedente en forma negativa; así se infiere de la triple prohibición que describe: 1) que no pueden intervenir los mismos jueces que pronunciaron la sentencia; 2) que la sentencia no podrá fundarse en una nueva valoración de la prueba del proceso, y 3) que la sentencia que se dicte en el nuevo juicio no podrá imponer una sanción más grave que la sentencia primera. Generalmente, las normativas que utilizan la técnica prohibitiva terminan afectando los principios de igualdad y legalidad; por cuanto anteladamente se limita la amplia libertad del juez en momento de tener que emitir la decisión final. Obviamente que se justifica desde todo punto de vista la separación de los jueces que tuvieron opinión de fondo con anterioridad a la revisión, ya que en determinados casos podrían verse en dilemas jurídicos contradictorios que llevaran a interpretar sus actuaciones como prevaricato.

El profesor Montero Aroca Juan, al calificar que la jurisdicción por esencia es un tercero imparcial, señala con claridad lo siguiente:

> Los jueces y magistrados, al aplicar el Derecho objetivo en el caso concreto, no persiguen el interés general; con su decisión en un asunto, no aspiran a trascender a fines distintos de la mera actuación de la ley en el caso concreto.

En línea seguida y denotando la imparcialidad que debe primar en la actuación del juzgador, afirma:

> Si la jurisdicción actúa siempre con desinterés objetivo, el juez y magistrado concreto ha de hacerlo también con desinterés subjetivo, es decir no puede tener un interés personal y propio en el asunto concreto, y de ahí que la ley regule también la abstención y la recusación como medios para lograr la imparcialidad.[2]

En cuanto al segundo impedimento, la línea jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal Supremo de forma sólida y frecuente es la prohibición de que los tribunales de apelación vuelvan a valorizar la prueba que bajo los principios de contradicción e inmediatez fue producida en el proceso. Entendemos que no tendría ningún sentido volver a valorizar la prueba en que se fundó la sentencia injusta, si precisamente lo que se cuestiona es el error judicial que emergió del proceso original, sobre la base de una causal de revisión y sustentada con nueva prueba eficaz y relevante. Al respecto la STC 139/2000 afirmó:

> Los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustenten la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la

[2] Juan Montero Aroca: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 55.

> concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores constitucionalmente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción de los hechos declarados probados en la norma penal aplicada.[3]

En este enclave del tópico, y desde un punto de vista puramente formal, la pena es la consecuencia jurídica esencial del delito entendido como comportamiento típico, antijurídico y culpable. Es decir que la pena se conmina y se impone, en su caso, en atención al hecho cometido, pero ha de aspirar a ser en todo caso útil, y solo conseguirá serlo si sirve a finalidades de prevención. Asimismo, se destaca que la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización.

En este contexto explicativo, si la sentencia fuera condenatoria y pasada en autoridad de cosa juzgada, se abre la posibilidad al condenado de volver a presentar el recurso de revisión, si existen marcadas dudas de que el tribunal haya incurrido en manifiesto error judicial al condenarlo. Aparentemente este accionar generaría una cadena interminable de recursos, pero lo imposible de mantener a la vista del interés social y público es la injusticia, con sus repercusiones negativas de orden psicológico, familiar, social, económico, etcétera.

4. Avances de la nueva jurisprudencia penal y análisis comparativo con la jurisprudencia penal producida bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1972

Con este estudio comparativo de la doctrina contenida en la jurisprudencia penal se busca medir el alcance del recurso de revisión, en periodos inicialmente en que estuvo vigente el Código de Procedimiento Penal de 1972 y su similar de 25 de marzo de 1999, que entró plenamente en vigor el 31 de mayo de 2001.

Este es el objetivo que hemos asignado a esta propuesta de investigación que en apretada síntesis trataremos de precisar.

La jurisprudencia penal que surgió con la aplicación del Código de Procedimiento Penal abrogado (1972) estableció, entre sus primeras reglas, que el recurso de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada será declarado *inadmisible* cuando el recurrente no acredite mediante testimonios o fotocopias legalizadas que la sentencia que ataca de injusta, se halla debidamente ejecutoriada, y cuando el condenado recurrente no haya ofrecido la nueva prueba irrefutable y tampoco haya especificado la causal en que se funda el recurso. En tanto, la decisión de *improcedencia* se adopta cuando el recurrente de la revisión que busca demostrar su inocencia no llega a presentar nuevos

[3] Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional,* Madrid: Civitas, 2002, p. 118.

e irrefutables elementos de convicción que no participó ni consumó el hecho, o, si se prefiere, cuando no ha justificado plenamente la causal invocada. Asimismo, se *anula la sentencia* cuando el recurrente ha demostrado incontrastablemente el error judicial en que incurrieron los jueces o tribunales al dictar sentencia condenatoria, que en el fondo implica que se ha justificado plenamente la causal motivo y fundamento del recurso.

Como otra forma de resolución, el tribunal de revisión se ha declarado *sin competencia* —interpretando el sentido y el alcance del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal de 1972— y ha asumido que la Sala Penal únicamente tiene competencia para revisar las sentencias condenatorias ejecutoriadas que hubiesen dictado los jueces y tribunales inferiores, entre las que no se halla la sentencia única pronunciada por el Supremo Tribunal en juicio de responsabilidad contra el ex presidente de la República, ministros de Estado y otros; razón por la cual, por principio de jerarquía y gradualidad, carece de competencia para conocer y decidir el recurso. Actualmente la tendencia de la jurisprudencia del derecho comparado, principalmente la que proviene de los tribunales constitucionales, se funda en la necesidad de interpretar toda una gama de requisitos y condiciones procesales, en el sentido de promover al máximo el ejercicio de las acciones, las demandas y los recursos contemplados en la Ley Procesal, por cuanto lo que de verdad importa es hacer efectivo el derecho sustancial de la justicia.

Si nos detenemos en la jurisprudencia producida en vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, la resolución declarada *inadmisible* responde a aquellas situaciones en que: el recurrente acompaña el recurso de revisión con pruebas que ya fueron calificadas en el proceso por los jueces y tribunales; presenta la nueva prueba en fotocopias no debidamente legalizadas; se evidencia la falta de legitimidad en el recurrente; el recurso no contiene las disposiciones legales aplicables al caso específico; se pretende cuestionar el desarrollo y la conclusión del proceso penal; se intenta atacar resoluciones que deciden incidentes en grado de apelación; resulta evidente que la prueba aportada no es relevante para variar el resultado del proceso en función de la causal invocada, y definitivamente cuando no se cumplen los requisitos formales que exige la primera parte del artículo 423 del Código de Procedimiento Penal. Se aprecia que todas las variantes que llevan al Tribunal de revisión a declarar inadmisible el recurso tienen su encaje de legalidad en los presupuestos de la norma citada, de modo que en ningún momento se desliga de la Ley Procesal.

En sentido uniforme la jurisprudencia del tribunal de revisión ha establecido que el actor, para lograr la *admisión de su recurso,* debe observar de manera estricta la primera parte del artículo 423 del Código de Procedimiento Penal; es decir, debe hacer concreta referencia de los motivos que fundan su pretensión, las disposiciones aplicables, y acompañar la nueva prueba relevante. En efecto, la resolución de *admisión* ha tenido su complemento con el transcurso del tiempo; tanto es así que se ha asumido que, para abrir la competencia del tribunal de revisión, el recurrente está obligado ha ofrecer la prueba fehaciente de reciente obtención. Además se advierte que en la gran mayoría de los autos supremos la técnica utilizada para admitir el recurso se basa en

el análisis de los fundamentos de la demanda y, principalmente, en la nueva prueba aparejada.

Ahora bien, entre las medidas que adopta el tribunal al *admitir el recurso,* de conformidad con el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, dispone que este se ponga en conocimiento del Ministerio Público y el acusador particular, para que con carácter de citación y emplazamiento respondan dentro del término de diez días desde su legal citación. Asimismo, ordena se libre orden instruida encargando su ejecución a la corte superior del distrito judicial respectivo para que el tribunal de sentencia remita en el término de cinco días el expediente original a despacho del Tribunal Supremo. Se advierte que estas medidas de la parte resolutiva del auto de admisión no son explícitas en toda la jurisprudencia, por lo que sería aconsejable que se uniformara este aspecto tan importante, particularmente por los efectos que una sentencia de inocencia o absolución de culpabilidad generan de manera particular en la víctima.

A renglón seguido, tomando en cuenta que una de las formas de resolución de fondo del tribunal es *rechazando el recurso de revisión cuando sea improcedente,* los fundamentos que conducen a adoptar la decisión se plasman de manera objetiva y razonable en los términos que siguen:

> […] pretender fundar una revisión de sentencia argumentando que debió aplicarse en el caso un sistema procesal no vigente, carece de sustento legal; extremo que inviabiliza la revisión.

Por otra parte, siguiendo la inspiración de la doctrina del derecho comparado que reconoce que la legitimidad de las decisiones judiciales depende del razonamiento jurídico acorde a la Constitución y la ley, el tribunal de revisión en su última jurisprudencia ha acuñado:

> Teniendo en cuenta que el recurso de revisión constituye un medio de ataque de la cosa juzgada que se fundamenta en razones de justicia, cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias por causales contenidas en el Código de Procedimiento Penal, cuando existen elementos probatorios que demuestren la injusticia de un fallo; […] Se rechaza por improcedente al no haberse probado la causal invocada.

El repaso de la jurisprudencia penal de las salas penales del Tribunal Supremo permite descubrir su pensamiento sobre el valor de la justicia y el derecho de justicia del condenado, en los casos en que resuelve *anular la sentencia impugnada,* conforme a los fundamentos jurídicos siguientes:

> [1.º] Si la nueva prueba acompañada a la solicitud de revisión el tribunal encuentra plenamente probada, justificada la causal invocada. Elementos de prueba relevantes recién descubiertos, no pueden ser punibles ya que no acarrean ningún perjuicio contra el bien jurídico protegido por los tipos penales acusados.

La fundamentación para anular la sentencia condenatoria se basa en una escritura pública de venta que desvirtúa totalmente los delitos por los que fueron condenados los recurrentes.

> [2.º] Se entiende que la defensa es imprescindible cuando aparece objetivamente exigida para rechazar un ataque; […] Es naturalmente permitida la simple amenaza de causar daño como el efectuar disparos al aire para amedrentar.

La procedencia para anular la sentencia con la síntesis del razonamiento indicado tiene su fuerza y valor en la causal 1 del artículo 11 del Código Penal (legítima defensa).

> [3.º] La ley penal más benigna es la que estuvo vigente en el momento del hecho, no se toma en cuenta la agravación surgida por la promulgación de la nueva ley.

El caso de revisión que motivó el fundamento objeto de interés tiene relación con la condena impuesta contra el recurrente por delito de lesión seguida de muerte de una niña de escasos diez meses, en la que a criterio del tribunal el condenado, por medio de apoderado legal, justificó plenamente la causal prevista en el numeral 5 del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, que establece que procede la revisión "Cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna". El efecto de la anulación de la sentencia se tradujo en la reducción de la pena impuesta de cinco a cuatro años de reclusión.

> [4.º] Las dos sentencias resultan incompatibles entre sí porque ambas tratan iguales hechos producidos […] entre las mismas personas que se ofendieron recíprocamente y actuaron como querellantes e imputadas simultáneamente, atribuyéndose la comisión de idénticos delitos y dando como resultados fallos distintos y contradictorios dictados por separados por la misma juez.

La procedencia para anular la sentencia en el caso objeto de examen se sustentó en que la recurrente demostró plenamente la causal 1 del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

> Cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos por otra sentencia penal ejecutoriada.

En esta labor de comparación, y refiriéndonos concretamente a la *parte resolutiva* de la jurisprudencia penal que se elaboró con la aplicación del Código de Procedimiento Penal de 1972, se nota que existe uniformidad en los efectos y previsiones adoptados en cada uno de los autos supremos que anulan sentencias; así se ilustra con el AS 819, de 12 de diciembre de 1996, que:

> Anula la sentencia condenatoria de fecha 23 de julio de 1992 pronunciada por el Juez Séptimo de Partido en lo Penal de la ciudad de La Paz y el correspondiente

> A. V. que la confirma, de fecha 19 de marzo de 1993, Nº 304, dictado por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz y dispone que dicho juzgado ponga en libertad al recurrente Sr. E. M. C., siempre que no es estuviere detenido por otras causas, nulidad de fallos judiciales que solo comprende a esta persona exclusivamente.

En el caso de la jurisprudencia penal surgida en vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, en la parte resolutiva de los autos supremos que la integran existen coincidencias con sus similares desde 1972 en delante, en lo pertinente a que el tribunal de revisión en primer término anula la sentencia, auto de vista y auto supremo; en segundo lugar absuelve de culpa y pena a los recurrentes por los delitos acusados en aplicación de una de las causales del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, y en tercer término, al ordenar la devolución de obrados del distrito judicial del departamento respectivo, dispone la publicación en un órgano de prensa nacional de la parte resolutiva de la sentencia, de acuerdo a lo previsto en la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal. Este último aspecto, la publicación de la nueva sentencia de absolución de culpabilidad, es la diferencia sustancial con su homólogo de 1972, y el carácter extensivo de los efectos de la absolución a favor de uno de los hermanos, dado que su situación resulta idéntica a la del recurrente de revisión, en aplicación del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de fuente de derecho, es razonable exigir, en aras del principio de uniformidad en la aplicación de la ley, que el tribunal construya los criterios de ecuación permanente en la parte resolutiva del fallo, sobre todo en aquellos referidos a la *orden de que con carácter de inmediato se libre el mandamiento de libertad del injustamente condenado; la rehabilitación plena de sus derechos, la devolución de la cantidad pagada en concepto de pena pecuniaria, la inmediata devolución de sus bienes confiscados y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.* De igual manera se observa que el fiscal interviene con su requerimiento en una sola revisión de fondo y desaparece en las resoluciones restantes; entendemos que esta participación del fiscal desde la jurisprudencia de 1973 hasta el 2001 inclusive ha sido la nota más característica en estos periodos, y que hoy se deja esperar su retorno, por los delitos de carácter público, que son los de mayor solicitud de revisión.

Merece también un tratamiento uniforme en la parte resolutiva del auto supremo el que la publicación de la sentencia que anula el fallo condenatorio y absuelve de culpa y pena al condenado, o la extinción de la pena, sea explícita en toda la jurisprudencia, conforme a los términos de la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal.

5. Ventajas novedosas de la jurisprudencia actual en materia de revisión

El derecho fundamental de acceso al recurso de revisión y a obtener una decisión objetiva y razonada en sujeción a la justificación plena de una de las causales de procedencia

que prevé el Código de Procedimiento Penal ha dejado atrás y en el archivo las decisiones no fundamentadas, que afectaban al derecho de la presunción de inocencia, el debido proceso, la obligación de los jueces y tribunales al imperio de la ley. Entendido el acceso a la administración de justicia y al recurso de revisión funcionalmente como corresponde a su esencia, ciertamente que ampara la pretensión de que lo resuelto por el tribunal se ejecute y cumpla a cabalidad.

El Tribunal Constitucional, en la STC 1523/04, del 28 de septiembre, ha establecido como línea jurisprudencial:

> […] cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución […] cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma.

El tribunal de revisión ha tenido que suplir las deficiencias de las normas procesales para dar cabida al derecho sustancial del condenado, fijando el término de diez días al Ministerio Público y al acusador particular para que, a partir de su legal notificación con el auto de admisión contesten con fundamento el recurso, y en similar medida confiere el término de cinco días para que el juez de sentencia eleve el expediente original al despacho del Tribunal Supremo.

Adquiere notable importancia la amplia libertad interpretativa del tribunal de revisión, que ha cambiado prácticamente el concepto restrictivo que se mantenía en el AS 819, del 12 de diciembre de 1996, respecto a los efectos extensivos de la sentencia anulatoria en circunstancias en que solo uno de los condenados haya recurrido. Efectivamente, al amparo de este criterio y en aplicación del contenido del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal, mediante el AS 101, del 12 de febrero de 2003, ha adoptado la doctrina siguiente:

> Si bien el recurso ha sido interpuesto por H. A. Q. R., la naturaleza de la prueba acompañada y los efectos que esta acarrea para el fondo de la causa, opera también a favor de su hermano Z. Q. R., dada que su situación resulta idéntica a la del recurrente.

A propósito de la justificación de cambios adecuados en la jurisprudencia penal, la sentencia T-123 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia señaló:

> […] si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial.

A este respecto el profesor Eduardo Cifuentes Muñoz, en *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia,* manifestó:

> Esta forma de proceder pone a cubierto al juez contra cualquier sospecha de arbitrariedad y, al mismo tiempo, le concede una amplia libertad interpretativa, lo que evita que permanezca rígidamente sujeto al precedente.[4]

La parte resolutiva de la sentencia nueva que anula la condenatoria injusta y absuelve al recurrente por los delitos acusados tiene la precisión de ordenar la inmediata libertad del recurrente, siempre y cuando no estuviere detenido por otras causas, mandamiento de libertad que no es expedido por el tribunal de revisión sino por el juez o tribunal de sentencia. Ello en cierta forma le resta celeridad a la ejecución y produce una contradicción con la línea jurisprudencial asumida por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que corresponde al órgano jurisdiccional que la medida adoptada se materialice y sea cumplida a cabalidad, para lo cual y dentro de su competencia plena debe librar el respectivo mandamiento en previsión de los artículos 129.7 y segunda parte del 428 del Código de Procedimiento Penal.

La publicación, en un medio de comunicación de alcance nacional, de la parte resolutiva de la sentencia que declaró la absolución del recurrente o extinción de la pena tiene su base en la previsión de la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, de modo que, al ser imperativa la obligación, el tribunal de revisión deberá consignar la orden de publicación en cada una de sus resoluciones en que le corresponda anular la sentencia condenatoria plenamente justificada de injusta.

Por otro lado, surge con nitidez la garantía que materializa el tribunal de revisión, en consignar en la parte resolutiva del auto supremo que *el rechazo por improcedente del recurso deducido no le impide al condenado la interposición de un nuevo recurso por causales diferentes.* Esta misma posición favorable para el recurrente, que tiene su asidero en el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal, se contempla de manera expresa en la jurisprudencia que declara *inadmisible el recurso de revisión,* que para mayor ilustración se transcribe textualmente:

> La medida jurisdiccional adoptada en los términos de la parte resolutiva, de ninguna manera limita el derecho del recurrente de poder intentar uno nuevo por otras causales conforme establece el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal.

En todo caso, cualquiera sea la ubicación de la permisión legal en la estructura del fallo, lo importante es que el condenado tenga la certeza de que el recurso adverso no excluye una nueva oportunidad para intentar rever la sentencia, con prueba nueva, idónea, objetiva y relevante.

---

[4] Eduardo Cifuentes Muñoz: *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia. (Síntesis de la doctrina constitucional),* Bogotá, 2008, p. 283.

Por último, el Tribunal, refiriéndose a las acciones de revisión y al papel del Estado como dispensador de justicia, para evitar declarar inadmisible el recurso de revisión por no cumplir determinados requisitos formales, ha adoptado como medida para hacer expedito el acceso a la justicia la providencia siguiente:

> […] que el recurrente con carácter previo acompañe y acredite las circunstancias de ejecutoria de la sentencia, bajo pena de inadmisibilidad del recurso, en el plazo de cinco días computable a partir de su legal notificación.

De relevante y oportuna se califica la decisión del Tribunal si esto contribuye a repudiar la denegación de justicia, pues los requisitos de forma y de fondo consagrados en los códigos procesales se deben aplicar según la premisa de que su sentido último es hacer efectivo el derecho sustancial.

Como valor añadido podría calificarse el progreso que ha tenido la jurisprudencia en el valor de la libertad del injustamente condenado, al adoptar en una resolución de admisión del recurso "la necesidad urgente de suspender la sentencia recurrida de revisión, si por efecto de su apreciación primaria considera fundado el recurso".[5] Es destacable la previsión del tribunal de revisión en este caso, en que se ve compelido de asumir la medida, probablemente orientado a evitar en dichas circunstancias perjuicios mayores al condenado.

6. Líneas jurisprudenciales importantes en el recurso de revisión

Conviene subrayar que, con claridad e innovación respecto a otras sentencias, actualmente el tribunal de revisión ha sentado como fundamento de procedencia del recurso y línea jurisprudencial las que se describen:

- "La prueba acompañada al recurso de revisión deberá ser de una calidad indiscutiblemente relevante, de tal forma que si el órgano jurisdiccional la hubiera conocido durante el proceso, el resultado habría sido absolutamente distinto".
- "La nueva prueba documental deberá ser relevante y trascendente para los fines del recurso de revisión, a efecto de desvirtuar la responsabilidad penal del recurrente respecto a los delitos por los cuales fue procesado y condenado".
- "La revisión encuentra su fundamento cuando la sentencia no ha considerado prueba determinante sobre el hecho juzgado, debido a que esta fue conocida con posterioridad a la condena; es decir que estuvo fundada en información falsa o fue dictada sin haber considerado información de características

[5] Auto supremo 422, del 8 de octubre de 2005.

lo suficientemente relevantes, que en caso de haber sido conocidas durante el proceso, hubiera cambiado su situación jurídica".

- "La revisión es viable cuando existen elementos formales valederos que propicien situaciones clamorosamente injustas dignas de ser reparadas".
- "Lo que importa a los efectos de la revisión demandada, es demostrar en base a nuevas circunstancias no tenidas en cuenta por los juzgadores, la manifiesta injusticia de la sentencia condenatoria".
- "Los casos de procedencia de la revisión de sentencia no están vinculados a la errónea aplicación o interpretación de una norma sustantiva ni a los vicios en la aplicación de la norma adjetiva, por el contrario, se debe fundar en hechos probados que demuestren que la sentencia que se pide su revisión es totalmente injusta".
- "El recurso de revisión constituye un medio de ataque de la cosa juzgada que se funda en razones de justicia, cuya finalidad es la de rescindir sentencias condenatorias por las causales contenidas en el Código de Procedimiento Penal, cuando existen nuevos elementos probatorios que demuestren la injusticia del fallo".

6. Propuestas para hacer eficaz el derecho a la revisión

6.1. La participación del órgano legislativo

La nueva Constitución Política del Estado mantiene como atribución del Tribunal Supremo de Justicia la facultad de conocer y resolver casos de revisión extraordinaria de sentencia, previsión contenida en la segunda parte, título II, sección I, artículo 184.7.

La constitucionalización de la revisión en procesos ordinarios civiles, que por tradición histórica se mantiene en el texto de la Constitución, debió cobijar la revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada como atribución de la Sala Penal que forma parte del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, si este órgano es único y está integrado por doce magistrados —los que serán elegidos mediante sufragio universal próximamente— y se organiza en salas especializadas según sus necesidades, es de esperar que la Asamblea Legislativa Plurinacional considere en una futura reforma la constitucionalización de la acción de revisión en materia penal, reconocimiento que se justifica por la naturaleza, la finalidad y los efectos que tiene el impropiamente llamado *recurso,* al reponer la justicia como última ratio en aquellos casos en que por desconocimiento de la prueba se ha condenado al que no tiene ninguna responsabilidad en el hecho delictivo.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia deberá contemplar como atribución de las salas penales el conocimiento y la resolución de la acción de revisión, especificando los fallos que serán objeto de la demanda. Esta previsión deberá estar consignada en el Nuevo Código de Procedimiento Penal; es decir, donde se especifique que procederá la revisión contra sentencias condenatorias ejecutoriadas que

dicten los jueces y tribunales colegiados en procesos ordinarios, militares y en juicios de responsabilidad, en todo tiempo y a favor del condenado en los casos señalados por la Ley Procesal Penal.

La reforma del proceso penal deberá incluir la intervención del Ministerio Público, al estimarse que la demanda de revisión deberá proceder solo contra delitos de acción pública. La experiencia demuestra que las sentencias que con mayor frecuencia son atacadas como manifiestamente injustas son las que han recaído en delitos de esta naturaleza, principalmente en delitos de sustancias controladas.

Al tratarse de una acción que tiene por finalidad anular la sentencia condenatoria ejecutoriada injusta por las causales que señala el Código Procesal Penal, requiere con urgencia que sea expedita en cuanto al acceso y los plazos procesales, tanto para la admisión como para el pronunciamiento de la resolución de fondo. Así, se sugiere que, una vez admitido el recurso en la línea de la jurisprudencia penal, se fijen diez días de término para la contestación del acusador particular y requerimiento del fiscal general, cinco días para la remisión del expediente original a despacho del Tribunal Supremo y diez días para pronunciar el fallo definitivo, previo sorteo de la causa.

En puerta de la demanda de revisión el Tribunal Supremo deberá pronunciarse sobre la admisión o inadmisión en un término razonable de 10 días a partir de su radicatoria, previa notificación a las partes.

6.2. La proyección de la jurisprudencia penal

Desde la perspectiva de la jurisprudencia penal se han ponderado los avances logrados en relación con el recurso de revisión; tanto es así que en materia de plazos procesales se vislumbran resoluciones en tiempos más reducidos. Sin embargo, pensamos que aún hay aspectos pendientes que deben encararse, como los sugeridos en el punto anterior, de tal modo que el actual término medio de un año o poco más sea cuanto antes revisado y superado en aras de una justicia oportuna y razonable.

En sede del tribunal, y como efecto de la sentencia declarativa de absolución de culpa y pena del condenado, entendemos que el mandamiento de libertad deberá ser librado por el órgano jurisdiccional que emitió el fallo —es decir, por el tribunal de revisión— y su ejecución estará a cargo del juez de ejecución penal, siempre y cuando no estuviere detenido por otras causas. La propuesta tiene su encaje justificador en la interpretación sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 129.7 y 428, y en atención a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, por tratarse del valor *libertad* de la persona, el mandamiento deberá expedirse en la misma audiencia oral, exigencia aplicable para el caso de remisión a otro tribunal.

Por efecto de la sentencia anulatoria, el injustamente condenado tiene derecho a la reparación inmediata por los daños y perjuicios causados por los delitos no cometidos, comprobado ello plenamente por el tribunal de revisión. La indemnización, a cargo del Estado o del acusador particular, deberá ser calificada directamente por el tribunal que pronunció el fallo absolutorio o de inocencia, y si ello no fuera posible,

el trámite a aplicarse será el contenido en los artículos 382 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Merecen inmediatez y urgencia en este caso la rehabilitación plena del ejercicio de los derechos afectados como consecuencia de la condena injusta, el levantamiento de las medidas de seguridad, la devolución de los bienes incautados y/o confiscados y los montos cancelados por concepto de sanciones económicas. Estos derechos que hacen a los efectos de la sentencia anulatoria, tienen que ser expresamente ordenados en la parte resolutiva del auto supremo y de manera uniforme en las salas penales del Tribunal Supremo, ya que en definitiva es la claridad y la forma explícita del contenido dispositivo la fórmula más adecuada para hacer cumplir y ejecutar lo resuelto. La doctrina procesal penal del derecho comparado señala:

> El tribunal se legitima no por el acervo de conocimiento de la ley y su aplicación de procedimiento; sino por saber que su decisión ejecutoriada ha sido cumplida con inmediatez y sin dilaciones injustificadas.

En el elenco de efectos de la sentencia anulatoria, en virtud de que el recurrente ha demostrado y justificado plenamente una de las causales previstas en el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, se incluye el derecho que le asiste al condenado absuelto de culpabilidad de suspender la ficha de registro de antecedentes penales en el REJAP, medida que corresponde sea materializada por vía de jurisprudencia, concretamente disponiendo la cancelación de esos antecedentes expresamente en la parte resolutiva del fallo, y sin espera de tiempos por no tener la cualidad de las resoluciones que se mencionan en los artículos 440 y 441 del citado procedimiento.

Suscita enorme interés el sentido interpretativo amplio que corresponde hacer al artículo 421, primera parte, del Código de Procedimiento Penal, cuando expresa: "Procederá el recurso de revisión de las sentencias condenatorias ejecutoriadas, en todo tiempo y a favor del condenado […]". Obviamente no hace ninguna excepción en cuanto al órgano jurisdiccional que pronuncie la sentencia condenatoria, ni establece que la gradualidad o instancia en que sea emitida determine la incompetencia del tribunal de revisión. En el intelecto de la normativa se cobija a las sentencias condenatorias ejecutoriadas que pronuncien los jueces y tribunales de sentencia, los tribunales que conozcan en apelación restringida, los fallos en procesos abreviados, las sentencias únicas en juicios de responsabilidad, las que emerjan de los tribunales militares y, en su caso, las decisiones condenatorias de la jurisdicción indígena originaria campesina donde resulte responsable del hecho el citadino en tránsito circunstancial por desconocer los valores, cultura, costumbres y tradiciones de la comunidad, siempre y cuando haya sido sometido a proceso por el mismo hecho en la justicia ordinaria y en ambas existan sentencias condenatorias ejecutoriadas.

Las ideas centrales que inspiran la cobija de resoluciones jurisdiccionales como objeto del recurso de revisión, apuntadas en el párrafo precedente, al estar vinculadas absolutamente con la libertad y la reposición de la justicia en situaciones desproporcionadas y sorpresivas, negligentes o por motivo de desconocimiento de la nueva

prueba, *son de clara estirpe sancionatoria* y por tanto no son ajenas a la revisión; máxime si existe un tribunal competente para tramitar y resolver el recurso.

Algo que no puede escapar nuestra atención es lo referido a la obligación que tiene el tribunal de revisión de disponer con carácter de inmediatez la publicación de la parte resolutiva de la sentencia que declaró la absolución o extinción de la pena a favor del condenado recurrente en un medio de comunicación social de alcance nacional, en los términos que señala la última parte del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, medida que deberá ser insertada de forma explícita y uniforme en los autos supremos que declaren la anulación de la sentencia.

En situaciones en que se disponga la realización de un nuevo juicio, el tribunal de revisión ha reconocido en su jurisprudencia que la *garantía de la no reformatio in peius* no solo tiene cobija en el derecho penal, pues la prohibición de reformar la condena en perjuicio del recurrente no solamente es aplicable en materia penal, sino que se extiende a otras ramas del derecho y se hace exigible en las actuaciones administrativas y fundamentalmente disciplinarias, las cuales claramente son de índole sancionatoria y, por tanto, son cobijadas bajo el paraguas de esta garantía.

La extensión de los efectos de la sentencia de absolución a favor del condenado que no hubiere recurrido de revisión por descuido, negligencia, carencia de recursos u otro factor, reconocida en el AS 101, del 12 de febrero de 2003, merece destacarse como producto de una interpretación cabal del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

> Cuando en una causa existan coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos, favorecerá a los demás, a menos que los motivos en que se base sean exclusivamente personales.

Una nueva práctica creativa y fecunda en las sentencias de revisión en su versión anulatoria es la introducción de la *doctrina legal aplicable,* fórmula inteligible que, al justificar las causales previstas de los numerales 5 y 6 del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, referidas a la procedencia de la revisión cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna, y cuando una sentencia del Tribunal Constitucional tenga efecto derogatorio sobre el tipo o norma penal que fundó la condena, dichas doctrinas en su composición estructural y en su intrínseco razonamiento jurídico, ligadas a principios constitucionales y universales reconocidos por instrumentos internacionales, inexcusablemente devienen en obligatorias para los tribunales y jueces inferiores.

6.3. Límites de la justicia comunitaria y los efectos de sus sanciones

En la segunda parte del título III, capítulo IV, artículos 190 al 192 de la Constitución Política del Estado, del 7 de febrero de 2009, se constitucionaliza la *jurisdicción indígena originaria campesina,* que será ejercida por sus autoridades en cada uno de los pueblos originarios campesinos, conforme a los valores culturales, usos, costumbres

y tradiciones ancestrales, respetando el derecho a la vida, el derecho a la defensa y los derechos fundamentales que garantiza la Constitución.

La diversidad cultural expresada en los 36 pueblos indígenas sustancialmente implica que la justicia basada en el derecho consuetudinario pondrá de relieve, en especial, los principios de igualdad e integralidad, al aplicarse a todos los componentes de los pueblos indígenas originarios campesinos sin distinción alguna de origen, religión, etcétera, y en su praxis abarcará las innumerables conductas de faltas, contravenciones y jurídicas que afecten a la comunidad sin distingo de la naturaleza de la materia. Estas peculiaridades intrínsecamente ligadas a los miembros de estas comunidades que se hallen en su ámbito territorial o circunstancialmente se encuentren de paso por faenas agrícolas, ganaderas o forestales, son las que marcan una diferencia sustancial con la justicia ordinaria.

La jurisdicción y competencia de la justicia comunitaria ejercerá sus funciones jurisdiccionales en el marco de una Ley de Deslinde Jurisdiccional, a efecto de no violar los derechos humanos y los derechos fundamentales de la persona reconocidos en los instrumentos internacionales y consagrados en los artículos 14, 15 y siguientes de la Nueva Constitución Política del Estado, así como de evitar crispaciones con la justicia ordinaria (constitucional y agroambiental)

Al ser la única en su género y en la historia de Bolivia que dará paso a la existencia de dos sistemas jurídicos en un mismo Estado de derecho, los elementos básicos que esta deberá contener son:

- La exposición de motivos que refleje el caminar dilatado durante siglos de los pueblos que buscan su propia identidad cultural, igualdad jurídica, económica, social y el goce de los derechos sociales.
- El marco descriptivo y conceptual del contenido y la finalidad de la justicia comunitaria, su grado de independencia y valores que la consoliden como sistema jurídico en el país.
- Su organización jurídica y social respecto a la ubicación de los estamentos sociales originarios campesinos en tierras altas, valles y tierras bajas.
- La determinación de su ámbito de actuación jurisdiccional y competencial en las circunscripciones territoriales; la situación del flujo de migrantes hacia las ciudades y el tratamiento hacia ellos, y los mecanismos de resolución de conflictos en materias integrales con criterios de cohesión social y gratuidad.
- La legitimidad de los pueblos indígenas y campesinos nacida de la Constitución; la jurisdicción y competencia desde su visión histórica y cultural, dirigida a lograr la interrelación con todos los pueblos originarios campesinos y con la justicia ordinaria.
- Los principios de identidad e igualdad, independencia, autonomía, jerarquía y obligatoriedad, integralidad, oralidad y publicidad, como pilares de garantía y eficacia de los derechos a la vida, la justicia comunitaria, el derecho a la amplia defensa y el respeto de los derechos humanos y derechos fundamentales.

- Los sistemas de conciliación y negociación como las alternativas más ágiles y eficaces para garantizar el equilibrio y la armonía intercomunales.
- A partir de los resultados en la solución de conflictos que se tengan en el acervo jurídico de los pueblos originarios, y tomando en cuenta su propia sabiduría ancestral, realizar un inventario de faltas y contravenciones, comportamientos jurídicos que importen ruptura social, que incluya el repertorio sistematizado en lo posible de las sanciones adoptadas en cada situación.
- La determinación de las autoridades que tendrán a su cargo la ejecución de la responsabilidad sancionatoria y en qué casos los efectos de estas serán personales, familiares o de la comunidad; máxime si se tiene en el cuenta que la finalidad de la sanción es prevenir que los hechos se repitan y no constituyan un mal ejemplo para los demás integrantes de la comunidad.
- El carácter de revisable de las sanciones impuestas en caso de que se violen los derechos humanos, los derechos fundamentales de los sometidos al procedimiento consuetudinario, y en situaciones en que por razones desconocidas de las autoridades jurisdiccionales la sanción no se hubiera producido. En estos dos casos excepcionales pensamos que la decisión sancionatoria injusta deberá ser objeto de revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional y por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Verbigracia, el caso de Marcial Fabricano, castigado con exceso y crueldad inhumana mediante azotes con doble lazo por miembros de la comunidad perteneciente a los pueblos indígenas del Parque Nacional Isiboro Sécure (Tipnis), no merece justificación consuetudinaria por hermanos de su propia estirpe. Al no ser interpretado como *justicia comunitaria,* corresponde que quienes resulten identificados como presuntos autores de esta agresión física que viola la dignidad y los derechos humanos sean llevados a los estrados judiciales; máxime si nadie puede asumir la decisión múltiple de denunciar, calificar el hecho, juzgar, sancionar y ejecutar la sanción.
- La pena de muerte bajo ningún concepto debe ser aplicada, por respeto al derecho a la vida, y por todos los procedimientos del derecho consuetudinario deberá impedirse que los integrantes de la comunidad hagan justicia por sus propias manos. En todo caso deberá regularse la denuncia como cauce para la sanción respectiva, según los principios ya señalados.
- El registro de las sanciones establecidas y su cancelación merecen ser definidos como consecuencia de la cesación o el cumplimiento de las medidas impuestas. Asimismo, en uso de su autonomía, las comunidades deberán tender a contar con su propio instrumento legal de registro con precisión de su organización y autoridades legítimas, elegidas de acuerdo a sus costumbres y cultura, a efecto de mantener la interrelación sólida en resguardo de los derechos colectivos de sus integrantes.

  Las autoridades encargadas de promover la coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurídicos, que si bien no se pueden integrar sí son susceptibles de fortalecimiento jurisdiccional y ejecutivo, corresponde que

> sean identificadas plenamente, como preludio de los diversos problemas competenciales en acciones de carácter personal y patrimonial que se pudieran presentar entre las dos jurisdicciones, y en aquellos supuestos en que se involucren citadinos en hechos circunstanciales que pertenecen a la esfera de la justicia comunitaria.

Existe el pleno convencimiento de que con una ley de deslinde jurisdiccional sobre la base de un mapa actualizado, que permita identificar los asentamientos de los pueblos indígenas originarios campesinos, se logrará la coexistencia armónica de la aplicación entre el derecho consuetudinario, con sus estructuras y jerarquías naturales, y la aplicación del derecho legislado a cargo de la justicia ordinaria. Teniendo presente la excepcionalidad descrita en referencia a la revisión del fallo por violación de los derechos humanos y derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por otro lado, deberán considerarse los supuestos especiales en que por interés de las partes en conflicto —verbigracia, si se tratara de miembros de diferentes comunidades—, teniendo en cuenta la gran influencia que han recibido de la cultura occidental, cuando se trate de la solución de sus problemas de tierras, aprovechamiento de productos agrícolas u otros, puedan elegir la justicia ordinaria o la jurisdicción agroambiental, siempre y cuando no se sacrifiquen los derechos colectivos de las comunidades a las que pertenecen. Definitivamente es un tema de alta intensidad, que no puede quedar al margen de su tratamiento. Remarcando este aspecto, el Defensor del Pueblo, en su reflexión sobre el pueblo Tacana, señaló:

> […] la flexibilidad del pueblo para aplicar determinados procedimientos y según las circunstancias: se da el extremo que casos similares pueden tener tratamientos diferenciados e incluso pueden ser abordados por la justicia ordinaria de modo directo y en otras situaciones se busca accionar el mecanismo de la justicia comunitaria.[6]

Ello explica de la vigencia de tratamientos diferenciados en la solución de los conflictos del pueblo Tacana.

[6] Defensor del Pueblo: *Sistema jurídico de los pueblos indígenas amazónicos de Bolivia,* La Paz, 2008, p. 20.

Referencias bibliográficas

Cabanellas, Guillermo, y Luis Alcalá-Zamora y Castillo: *Diccionario enciclopédico de derecho usual,* t. IV, Buenos Aires: Heliasta, 12.ª ed., 1979.

Cifuentes Muñoz, Eduardo: *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia. (Síntesis de la doctrina constitucional),* Bogotá, 2008.

Defensor del Pueblo: *Sistema jurídico de los pueblos indígenas amazónicos de Bolivia,* La Paz, 2008.

Montero Aroca, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional,* Madrid: Civitas, 2002.

Sandoval Parada, Héctor, y Pedro Gareca Perales: *Doctrina legal aplicable en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* Sucre, 3.ª ed., 2008.

Tribunal Constitucional y Cooperación Técnica Alemana: *Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal GTZ. "Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional y Precedentes Obligatorios en Derechoi Procesal Penal",* t. II, Sucre: Tupaj Katari, 2008.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 377-388, ISSN 1510-4974

Lucas L. Moroni Romero (Argentina)*

El derecho procesal de los derechos humanos, ¿una nueva disciplina?**

RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo central presentar una nueva disciplina del mundo jurídico bajo la denominación de *derecho procesal de los derechos humanos*. Con ese propósito destaca el motivo de su nacimiento, su contenido —fundamentalmente en la República Argentina—, la posibilidad de considerarla en forma autónoma y las ventajas de dar lugar a esta nueva esfera de las ciencias del derecho.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, proceso constitucional, debido proceso legal, Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG

Hauptziel der Arbeit ist es, ein neues juristisches Fachgebiet unter der Bezeichnung *Menschenrechtsprozessrecht* vorzustellen. Dazu wird ebenso auf die Hintergründe seiner Entstehung, seinen Gegenstand – besonders in der Republik Argentinien – und die Frage nach seiner Eigenständigkeit eingegangen wie auf die Vorteile, die mit der Etablierung dieses neuen Rechtsgebiets verbunden sind.

Schlagwörter: Menschenrechte, Grundrechte, Verfassungsprozess, rechtmäßiges Verfahren, Argentinien.

ABSTRACT

This paper's objective is to focus attention on a new legal discipline denominated *procedural law of human rights*. The paper highlights the reasons for its naissance, its content (mainly in the Argentine Republic), the possibility for this subject to be considered autonomously, and the advantages of providing a place for this new subject matter within the science of law.

Keywords: human rights, fundamental rights, constitutional process, due process of law, Argentina.

---

* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. <lucasmoroni@hotmail.com>

** A Carola, Alfonsina y Genaro, que me estimulan con su apoyo.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

1. Introducción

La rica y constante evolución de los derechos humanos en Latinoamérica ha aparejado no solo la creación de nuevos institutos procesales destinados a su protección, sino la actualización, la puesta en funcionamiento, la reformulación y la revalorización de aquellos que habían quedado en la indiferencia.

Estas herramientas procesales se ubican en su mayoría en el ámbito interno de cada país (amparo, hábeas corpus, recurso de protección, etcétera); sin embargo, es necesario recordar que estos derechos no han encontrado mecanismos de protección suficiente en la esfera interna, lo que ha derivado en la creación de herramientas supranacionales destinadas a completar su resguardo y defensa. Ello se evidencia en el hecho de que, cuando un individuo debe recurrir a un sistema de protección internacional para exigir el respeto de sus derechos humanos, queda reflejado el fracaso de los mecanismos jurisdiccionales internos para dar una adecuada respuesta.

Este escenario ha provocado la puesta en marcha de un derecho procesal destinado a satisfacer el restablecimiento de los derechos fundamentales cuando estos se ven de alguna manera lesionados o amenazados.

En este contexto, a lo largo del presente artículo pretendemos determinar si existe una rama jurídica específica ocupada de dicha labor, si conlleva ventajas su existencia como disciplina y si no está absorbida por el derecho procesal constitucional de los distintos estados latinoamericanos.

Por esto, creemos pertinente tomar como punto de partida el contenido y el alcance del derecho procesal constitucional latinoamericano.

2. El derecho procesal constitucional

A fin de encontrar la ubicación y el contenido del derecho procesal de los derechos humanos creemos oportuno iniciar la tarea desde el contenido del derecho procesal constitucional, remarcando para ello tres importantes puntos de vista.

Un punto de partida básico y hoy prácticamente indiscutido es el desarrollado por Héctor Fix-Zamudio, enriqueciendo el estudio proporcionado por Mauro Cappelletti, que señala tres aspectos estrechamente relacionados de esta disciplina:[1]

a. *Derecho procesal constitucional de las libertades* o *jurisdicción constitucional de la libertad,* que abarca el estudio de aquellos instrumentos regulados por la mayoría de las constituciones para tutelar jurídicamente los derechos

[1] Héctor Fix-Zamudio: "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional,* t. I, 4.ª ed., México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Porrúa, 2003, pp. 269-301.

En este ensayo, el especialista Héctor Fix-Zamudio remite a Mauro Cappelletti: *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado (1940-1965),* México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1987.

humanos allí establecidos y los consagrados por los instrumentos internacionales, tales como la acción de amparo, de hábeas corpus, de hábeas data, etcétera. Estos institutos pueden adoptar otras denominaciones según los ordenamientos jurídicos propios de los estados.

b. *Derecho procesal constitucional orgánico* o *jurisdicción constitucional orgánica,* que se encarga de estudiar los mecanismos y procedimientos para la protección directa de las disposiciones y los principios constitucionales que consagran las atribuciones y competencias constitucionales de los distintos órganos de poder, donde se ubica el control judicial de constitucionalidad de las normas.

c. *Derecho procesal constitucional transnacional* o *jurisdicción constitucional transnacional,* que se ocupa de estudiar las regulaciones internacionales que disponen la creación de órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, con competencia determinada, con procedimientos precisos y con la determinación de efectos jurídicos de sus decisiones.

Asimismo, otra posición, sostenida por autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Víctor Bazán,[2] incorpora a esta trilogía clásica del contenido y alcance del derecho procesal constitucional un nuevo e importante sector:

d. *Derecho procesal constitucional local,* dedicado al análisis de los distintos instrumentos encaminados a proteger no solo la Constitución nacional o federal, sino también las constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas de los países con estructura constitutiva compleja (federal, regional, etcétera).

Sin embargo, el distinguido tratadista Néstor Sagüés, a la hora de pensar en el contenido del derecho procesal constitucional, destaca su integración por dos elementos claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.[3]

Por otra parte, en un sentido opuesto al enunciado por las dos primeras posiciones, este destacado autor deja entrever la división existente entre el derecho procesal constitucional, encargado de afirmar la supremacía constitucional nacional, y el derecho procesal transnacional, que atiende los procesos que se diligencian ante la magistratura internacional, incluyendo el de su ejecución en los ámbitos estatales internos.

---

[2] Eduardo Ferrer Mac-Gregor: "El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 363-364; Víctor Bazán: "Derecho procesal constitucional: Estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina", en *La Ley,* 2007-E, 799 (Derecho constitucional, Doctrinas esenciales), t. IV, p. 461.

[3] Néstor P. Sagüés: *Derecho procesal constitucional,* t. I, Buenos Aires: Astrea, 4.ª ed. actualizada y ampliada, 1.ª reimp., 2002, p. 8.

Y remata el pensamiento afirmando que ambas disciplinas pueden y deben trabajar armónicamente, aunque ese esfuerzo conjunto no siempre se logra.[4]

Remarca Sagüés, en esta separación, la necesidad de que el jurista tenga muy en cuenta que la armonización interpretativa entre los tribunales locales y los supranacionales sobre los derechos humanos que ambos deben aplicar es un hueso duro de roer.

En este sentido, en el ámbito de los tribunales nacionales pueden anticiparse tres tipos claves de dificultades: desinformación, rechazo y desnaturalización.[5]

1. *Desinformación.* Existe una falta de conocimiento, no solo respecto de los derechos humanos de fuente internacional, sino también de los criterios interpretativos adoptados por los órganos de la jurisdicción supranacional. En Latinoamérica la mayoría de los actuales jueces no recibió en su momento formación universitaria adecuada y suficiente acerca del derecho internacional de los derechos humanos.
2. *Rechazo.* A la información deficiente se suma, en determinadas ocasiones, la negación del derecho internacional de los derechos humanos y de los criterios sentados por los órganos de la jurisdicción supranacional.
3. *Desnaturalización.* Por los motivos antedichos, el derecho internacional de los derechos humanos, cuando es operado por los tribunales locales, corre el riesgo desfigurarse o alterarse, fundamentalmente debido a la incomprensión de los dispositivos por los jueces internos y a vicios metodológicos utilizados por el intérprete.

De lo expresado se puede colegir que existe divergencia en torno a la relación entre el derecho procesal transnacional y el derecho procesal constitucional. Hemos visto que los primeros dos casos comentados incluyen el derecho procesal transnacional en el constitucional, y la tercera posición los trata en forma separada, aunque indica la necesidad de que trabajen en forma armónica.

3. El derecho procesal transnacional de los derechos humanos

Una concepción simplista de la disciplina bajo estudio nos lleva a describirla como la encargada del estudio y la regulación de los mecanismos procesales internacionales destinados a la protección de los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales y de los órganos supranacionales a cargo de su aplicación.

No obstante, es preciso subrayar que esta rama del derecho no recibe una denominación única. Algunos autores, como Gros Espiell, hablan de *derecho procesal*

[4] Néstor P. Sagüés: "Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos", en Julio B. J. Maier (dir.): *Estudios de derecho procesal constitucional,* t. IV, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ad Hoc, 2006, p. 247.

[5] Ibídem, pp. 248-252.

internacional,[6] mientras que otros, como Alcalá Zamora y Castillo, la designan como *derecho procesal relativo a los derechos humanos,* indicando que custodia los mismos derechos que abarca cualquier juicio en el ámbito interno de un país, pero que opera fuera de las fronteras nacionales.[7]

En este entendido, es preciso aclarar que quizá esta última denominación coincida de alguna manera con la que aquí proponemos como objeto de estudio, aunque es preciso reparar en que, conforme se verá, las conclusiones a las que arribaremos van a señalar diferencias radicales con la concepción de Alcalá Zamora y Castillo.

El derecho procesal transnacional o supranacional implica el trámite ante un órgano jurisdiccional internacional como la Corte Interamericana, que conlleva el ejercicio del derecho de acción, con similares características —aunque también con diferencias— a las del que se lleva a cabo ante los tribunales locales; es decir, tiene grandes similitudes con el derecho procesal interno y algunos rasgos diversos.[8]

En su contenido, podemos reconocer dos sectores:

a. Por un lado, el que se ocupa del estudio sistemático de los mecanismos procesales encargados de la protección de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En lo que hace a nuestras latitudes, podemos destacar los procedimientos llevados a cabo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
b. Por otro, decimos que se ocupa del análisis de los tribunales supranacionales como organismos especializados en la tarea de conocer, interpretar y aplicar las normas que se extraen de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Forma parte de este sector el estudio del funcionamiento y la estructuración de la magistratura transnacional.

4. Derecho procesal de los derechos humanos

Hemos descrito hasta aquí dos disciplinas que tienen por objeto la defensa de los derechos fundamentales de las personas: por un lado el derecho procesal constitucional y por el otro el derecho procesal transnacional.

Hicimos notar que, conforme a la postura que adoptemos, se puede considerar la segunda inmersa dentro de la primera o bien como dos ramas separadas, aunque necesitan trabajar en forma armónica.

---

[6] Héctor Gros Espiell: "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos,* San José (Costa Rica): IIDH, p. 70.

[7] Niceto Alcalá Zamora y Castillo: *La protección procesal internacional de los derechos humanos,* Madrid: Civitas, 1975, pp. 33 y 44.

[8] Juan Carlos Hitters: "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", en *La Ley,* 2003-D, pp. 1373 ss.

Queremos demostrar ahora que existe la posibilidad de considerar una nueva disciplina capaz de abarcar todos los institutos procesales encargados de la protección de los derechos humanos, sin distinguir si pertenecen a la esfera interna o supranacional a la hora de su inclusión en esta rama.

Sin lugar a dudas, estamos haciendo alusión al *derecho procesal de los derechos humanos,* que podemos definir como *la disciplina jurídica que estudia y regula el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenidos y efectos de los procesos destinados a la protección de los derechos humanos.*

Es decir, se trata de un área del derecho que tiene por objeto el estudio de todos los procesos protectorios de los derechos humanos de un país, incluidos aquellos del orden internacional al que ese Estado haya adherido.

En Argentina, por ejemplo, este tendría la siguiente composición:

a. El *amparo general o clásico,* que es la garantía encargada de defender la amplia gama de derechos individuales, con excepción del derecho a la libertad física, a cargo del hábeas corpus (artículo 43 de la CN, primer párrafo). Se trata de una acción procesal expedita y rápida que se interpone ante los tribunales locales en contra de la Administración Pública o de particulares que hayan sido los autores de actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarios, violatorios de los derechos humanos del actor.
b. El *amparo colectivo,* que se diferencia del anterior por cuanto opera con eficacia jurisdiccional en los casos en los que, por cualquier motivo, la decisión que se adopte incide en un conjunto humano.[9] Es decir, se trata de una acción que tiene como objeto la protección de los llamados *derechos de incidencia colectiva* o *intereses difusos,* como es el caso de los derechos ambientales (artículo 43 de la CN, segundo párrafo). En esta figura procesal se destaca una ampliación de la legitimación activa, ya que abarca, además del afectado, a las asociaciones civiles que persigan la protección de estos derechos y a la institución del Defensor del Pueblo, órgano de vital relevancia en el derecho procesal de los derechos humanos argentino debido a su eficacia para proteger los derechos humanos contra las transgresiones que provienen de actos de la Administración Pública. La Constitución argentina le confiere el carácter de órgano independiente, con plena autonomía funcional, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad y goza de legitimación procesal para actuar en juicios. El artículo 86 de la Constitución Nacional establece su misión al disponer que "es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

[9] Adolfo A. Rivas: *El Amparo*, Buenos Aires: La Rocca, 2003, p. 749.

c. Se destacan en esta disciplina igualmente otras especies de amparo, entre las que incluimos el *amparo electoral,* el *amparo sindical,* el *amparo tributario* y el *amparo por mora de la Administración.*
d. El *hábeas data,* conceptuado como la acción que se interpone en la justicia local encargada de salvaguardar la información personal que figura en bases de datos públicos o privados, traducido en la defensa del derecho a la intimidad, privacidad y/o autodeterminación informativa (artículo 43 de la CN, tercer párrafo).
e. La *acción de hábeas corpus,* quizás la pionera en materia de garantías, que se encuentra dirigida a la tutela de la libertad física, psíquica y de locomoción (artículo 43 de la CN, cuarto párrafo).

Lo expuesto no desconoce en absoluto los demás institutos previstos en el ordenamiento interno, tales como los prescritos en el derecho procesal civil, laboral, penal y de familia, etcétera, que de alguna manera, pese a no tener el carácter de sumarísimos y expeditos que poseen los mencionados precedentemente, contribuyen a la protección de los derechos humanos que diariamente requieren tutela en cada país.

Es más, podemos decir que estos últimos mecanismos ordinarios tienen incluso reconocimiento en la Constitución Nacional argentina, cuando en el mismo artículo 43, primer párrafo, dispone: "[…] siempre que no exista otro medio judicial más idóneo", haciendo referencia a que solo cuando no se puedan utilizar los instrumentos procesales ordinarios para la defensa del derecho vulnerado se podrá acudir a las garantías constitucionales antes destacadas.[10]

Al respecto, Carlos Hugo Valdez expresa que no hay dudas de que el trámite "ordinario" puede, con su ritualidad y plazos, dificultar el remedio "exento y rápido" que fundamenta al amparo. Aunque también es natural que determinados asuntos en los que esté comprometido el interés general de la sociedad, y que de pronto colisionan con las expectativas implícitas en los derechos individuales, exigen un tratamiento más idóneo antes de que la acción sumarísima produzca sus efectos.[11]

A pesar de no desconocer, como se ha dicho, la importancia que tienen los procesos ordinarios aludidos en la defensa de los derechos humanos, creemos que estos no forman parte de la disciplina en descripción, puesto que el derecho procesal de los derechos humanos tiene en mira los trámites específicos y libres de obstáculos procesales para dar solución inmediata a un menoscabo del derecho humano en juego.

En otro orden de ideas, decimos que forman parte del derecho procesal de los derechos humanos argentino los mecanismos procesales que se suscitan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que requieren para su promoción haber agotado los recursos internos previstos en el Estado, es decir, los instrumentos de defensa que tienen lugar en el sistema

[10] Lucas L. Moroni Romero: "La protección de los derechos humanos y su crisis material", en *Cuaderno de Derecho Constitucional,* n.º 1, Córdoba: EDUCC, 2009, pp. 116-117.

[11] Carlos Hugo Valdez y otros: *Elementos de Derecho Procesal Constitucional,* t. I, Córdoba: Advocatus, 2004, p. 186.

interamericano que integra la República Argentina y que, a su vez, gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75.22 de la CN. Dicho sistema no solo reconoce y define los derechos fundamentales de la persona humana, sino que fija los mecanismos interamericanos para promoverlos y protegerlos.

Los Estados americanos han adoptado una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos. En la actualidad el sistema interamericano se encuentra conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como instrumento general, junto con sus protocolos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)[12] y lo relativo a la abolición de la pena de muerte,[13] más las cuatro convenciones interamericanas sectoriales, sobre Prevención y Sanción de la Tortura;[14] Desaparición Forzada de Personas;[15] Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer,[16] y Eliminación de Discriminación contra Personas con Discapacidad.[17]

Obviamente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948,[18] que sirve de marco para todo el sistema, cumple un papel importante para aquellos estados miembros que todavía no han ratificado la Convención Americana, pero también para los estados parte en esta, porque opera como derecho consuetudinario y es una fuente de derecho fundamental al servir de base para interpretar los instrumentos americanos reseñados.

Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el principal instrumento general hemisférico de derechos humanos. Supone que, una vez que todos los estados miembros de la OEA la hayan ratificado, se estandizará la protección de los derechos humanos en las Américas.

De ahí que la principal virtud de la Convención Americana sea haber permitido que la estructura institucional del sistema interamericano, que antes descansaba en documentos de carácter declarativo, experimentara un cambio sustancial al adoptarse una convención. Con la entrada en vigor de la Convención Americana se fortaleció el sistema, al darle más efectividad a la Comisión y, en general, a los mecanismos interamericanos de promoción y protección de esos derechos.

---

[12] Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

[13] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, aprobado en Asunción el 8 de junio de 1990.

[14] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.

[15] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará el 9 de junio de 1994.

[16] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), del 9 de junio de 1994.

[17] Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Asamblea Plenaria de la OEA el 5 de junio de 1999.

[18] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

El propósito de la Convención Americana es "consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" (Preámbulo, primer párrafo).

En su parte primera establece la obligación de los estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos.

En su segunda parte establece los medios de protección. Por un lado, reformula las funciones y competencias de la ya existente Comisión Interamericana de Derechos Humanos y crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a las que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento".[19]

Hasta aquí, sintéticamente, se expone la integración del derecho procesal de los derechos humanos en Argentina, que, como hemos visto, abarca tanto institutos procesales internos como internacionales. En la mayoría de los países del continente la integración será similar, aunque con diversas herramientas internas.

5. ¿Disciplina autónoma?

La autonomía de esta parcela del saber va a depender, sin lugar a dudas, del tratamiento que reciba en cada estado.

Seguramente, la discusión puede enfocarse en si se trata de una disciplina que se encuentra absorbida por el derecho procesal constitucional de cada país o bien por el derecho procesal internacional de los derechos humanos.

Por supuesto que no es materia de análisis en este artículo determinar si son o no autónomas estas dos últimas áreas del mundo jurídico, pero nos anticipamos a decir que, en principio, el derecho procesal internacional se queda corto para atender a todos los asuntos que describimos como parte del derecho procesal de los derechos humanos, puesto que su alcance no le permite hacer frente a los mecanismos internos de cada estado.

En lo que respecta al derecho procesal constitucional, nos animamos a decir que, en los países en que el sistema de protección internacional al cual adhieren tiene rango constitucional, la disciplina propuesta en principio va a quedar inmersa en el derecho procesal constitucional. En cambio, en aquellos estados en los cuales la tutela internacional no tenga la jerarquía constitucional aludida, el derecho procesal de los derechos humanos será más amplio que el procesal constitucional, ya que este último solo alcanzará a los procesos internos.

En este contexto, será en los países en los que el sistema internacional no tiene jerarquía constitucional donde la rama del derecho propuesta va a adquirir gran relevancia y real dimensión, lo que nos lleva a sostener, en estos casos, su autonomía científica.

[19] Moroni Romero: o. cit., pp. 119-120.

Cabe advertir que en modo alguno sostener tal autonomía nos lleva considerarla desconectada del derecho procesal constitucional, del derecho procesal internacional e incluso del derecho procesal y del derecho constitucional. Por el contrario, se nutre constantemente de tales áreas esenciales del mundo jurídico y constantemente interactúa con ellas.

Por otra parte, la circunstancia de que en determinados estados el sistema de protección supranacional haya adquirido jerarquía constitucional (verbigracia, Argentina) no es obstáculo para reconocer la existencia del derecho procesal de los derechos humanos en ellos, el cual seguramente integrará el derecho procesal constitucional. Sin embargo, su tratamiento diferenciado en determinados aspectos puede presentar las mismas ventajas que en aquellos países en los que se propicia su autonomía.

6. Ventajas de la nueva disciplina

Más allá de la posición que se adopte respecto de su autonomía científica, reconocer la existencia del área del derecho que respaldamos en este trabajo no puede implicar desventajas significativas. Muy por el contrario, su tratamiento integral con todo el contenido que incluye el derecho procesal de los derechos humanos puede llevar a la solución de algunas dificultades expuestas en las secciones anteriores.

Así, a los países para los que destacamos la posibilidad de su autonomía científica, dada la falta de jerarquización constitucional del sistema internacional de protección de los derechos humanos, ello les permite sintetizar en una sola disciplina el estudio de todos las herramientas procesales destinadas a la defensa de los derechos fundamentales, lo que repercutirá en una mayor toma de conciencia y concreción, tanto para el abogado litigante como para los magistrados a la hora de su aplicación.

Asimismo, el derecho procesal de los derechos humanos estudiado en su conjunto puede combatir las dificultades expuestas en torno a la desinformación, el rechazo y la desnaturalización del derecho internacional de los derechos humanos, al armonizar en una sola esfera del derecho los institutos procesales que actualmente se estudian en forma dispersa.

Por último, y sin desconocer la existencia de otras ventajas, debemos decir que una visión integral y orgánica de la disciplina estimula a contemplar, además de las normas jurídicas en juego, el comportamiento real de la comunidad en cuestión, así como los valores jurídicos y políticos que juzgan, de alguna manera, la defensa de los derechos humanos.

7. Conclusión

La misión del derecho procesal de los derechos humanos es muy significativa y probablemente prioritaria respecto de otras disciplinas del derecho. Nos hemos limitado aquí a enfocar algunos de sus aspectos y perfiles, tratando de delimitar el objeto de

estudio de una especialidad en tránsito hacia la configuración de su identidad definitiva, que le permita coexistir sin dificultades con el derecho procesal constitucional y con el derecho procesal internacional de los derechos humanos.

Se trata de una disciplina en gran medida por hacer, que convoca a los estudiosos de los mecanismos de defensa de los derechos humanos a inmiscuirse en su desarrollo.

En este sentido, sin pretensiones desmedidas y generando con seguridad más dudas que certezas y más interrogantes que respuestas, solo hemos procurado presentar, con el debido respeto por quienes opinan distinto, un aporte que nos lleve a un campo de estudio tan multifacético como trascendente.

Como dice Sagüés, "los disensos iniciales —infaltables en toda disciplina en formación— pueden generar, positivamente, hondos replanteos en una temática singularmente dinámica, fluida, tremendamente importante y, en muchos aspectos, novedosa".[20]

Bibliografía

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto: *La protección procesal internacional de los derechos humanos,* Madrid: Civitas, 1975.

Bazán, Víctor: "Derecho procesal constitucional: Estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina", en *La Ley,* 2007-E, 799 (Derecho constitucional, Doctrinas esenciales), t. IV.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: "El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006,* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

Fix-Zamudio, Héctor: "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional,* t. I, 4.ª ed., México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Porrúa, 2003.

Gros Espiell, Héctor: "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos,* San José (Costa Rica): IIDH.

Hitters, Juan Carlos: "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", en *La Ley,* 2003-D.

Moroni Romero, Lucas L.: "La protección de los derechos humanos y su crisis material", en *Cuaderno de Derecho Constitucional,* n.º 1, Córdoba: EDUCC, 2009.

Rivas, Adolfo: *El Amparo,* Buenos Aires: La Rocca, 2003.

Sagüés, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional,* t. I, Buenos Aires: Astrea, 4.ª ed. actualizada y ampliada, 1.ª reimp., 2002.

[20] Néstor P. Sagüés: "Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional", en *La Ley* 1981-C, 865 (Derecho constitucional. Doctrinas esenciales), t. IV, p. 263. Aquí el autor se refiere a la disciplina del derecho procesal constitucional.

— "Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos", en Julio B. J. Maier (dir.): *Estudios de derecho procesal constitucional,* t. IV, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ad Hoc, 2006.
— "Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional", en *La Ley* 1981-C, 865 (Derecho constitucional. Doctrinas esenciales), t. IV.
Valdez, Carlos Hugo, y otros: *Elementos de Derecho procesal constitucional,* t. I, Córdoba: Advocatus, 2004.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 389-398, ISSN 1510-4974

Marcelo Gil (Argentina)*

La violación del principio de progresividad de los derechos humanos en Argentina como nueva hipótesis de sentencia arbitraria por cosa juzgada írrita

RESUMEN

El objetivo este trabajo es realzar la importancia y jerarquía de los *derechos sociales* como soporte real de una efectiva y equitativa justicia distributiva. Se busca evitar que algunos iguales sean *más iguales* que otros, y que ello se produzca a través de sentencias que violan derechos sociales —en definitiva, derechos humanos sociales— sin contener el debido fundamento legal ni respetar la directriz del principio protectorio. Por ello, arrastran arbitrariedades que resultan írritas y restan legitimidad. El dilema es: ¿es posible accionar por la revisión de la cosa juzgada írrita en materia de derechos sociales y recomponer el patrimonio de los afectados (trabajadores, jubilados, empleados públicos o privados, etcétera)? ¿O ello implicará una grave violación a la *seguridad jurídica* por el sistema jurisdiccional, tal que desde el punto de vista del orden social sea preferible mantener el cerrojo de la *autoridad de la cosa juzgada*?

Palabras clave: **control de constitucionalidad, debido proceso legal, jerarquía de las normas, sentencia arbitraria, cosa juzgada, derechos sociales, Argentina.**

ZUSAMMENFASSUNG

Mit dieser Arbeit sollen die Bedeutung und der Stellenwert von *sozialen Grundrechten* als realer Grundlage effektiver und fairer Verteilungsgerechtigkeit hervorgehoben werden. Es geht darum zu vermeiden, dass einige Gleiche "*gleicher*" sind als andere, und zwar als Folge von Urteilen, die *soziale Grundrechte* – und damit soziale Menschenrechte – verletzen, ohne über die erforderliche Rechtsgrundlage zu verfügen und ohne den Grundsatz des Schutzprinzips zu berücksichtigen. Die Folge sind Willkürakte, die nichtig und mit einem Legimitätsverlust verbunden sind. Daraus ergibt sich folgendes Dilemma: Ist es möglich, im Bereich der *sozialen Grundrechte* die Revision einer nichtigen rechtskräftigen Entscheidung zu betreiben und das Vermögen der Betroffenen (Arbeitnehmer, Rentner, öffentliche und private Angestellte usw.) wieder herzustellen? Oder ergibt sich daraus eine so schwere Verletzung der *Rechtssicherheit* durch das Gerichtssystem, dass es unter dem Aspekt der sozialen Stabilität vorzuziehen ist, die Sicherheit der *Autorität von rechtswirksamen Entscheidungen* nicht aufzugeben?

---

*Abogado, profesor de derecho procesal constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. ‹marcelohoraciogil.abogados@gmail.com›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Schlagwörter: Normenkontrolle, rechtmäßiges Verfahren, Normenhierarchie, willkürliches Urteil, rechtskräftige Entscheidung, soziale Grundrechte, Argentinien.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to highlight the importance and hierarchy of *social rights* as a genuine foundation for effective and equitable distributive justice. The objective is to prevent some people from being "more equal" than others, an effect of judgments violative of social rights – human social rights – with neither the proper legal foundation nor respect for the principle of protection. Thus, arbitrary judgments occur that are null, void and illegitimate. The dilemma is this: is it possible to take action against an unfair and final judicial determination as regards social rights and restore the property and wealth of those who suffered the loss (for example, workers, pensioners, and public employees); or will that involve a serious violation of the principle of legal certainty inherent in the judicial system so that from the standpoint of social order it would be preferable to maintain the inviolability of the final judgment?

Keywords: constitutionality control, due process of law, rule hierarchy, arbitrary judgment, res judicata, social rights, Argentina.

1. Introducción

El *recurso extraordinario federal por sentencia arbitraria* (en adelante REF) fue producto, en Argentina, de la labor creadora y pretoriana de nuestro máximo tribunal, que en 1909 introdujo la nueva causal, *por sentencia arbitraria,* que hasta entonces se había limitado a los tres supuestos reglados en 1863, a través del artículo 14 de la ley 48.

El sistema cerrado inicial empezó a expandirse como consecuencia de la realidad jurídico-social del país, captada por la labor de *activismo judicial* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS). Esta fue discutida, sobre todo desde los sectores más conservadores del pensamiento jurídico argentino, que se basan en un positivismo o excesivo rigor formal que limita la labor del juez a aplicar la ley —como si allí se agotaran las fuentes del derecho y la *supremacía constitucional* fuera un simple enunciado—, mientras reserva la labor *creadora* del derecho como función exclusiva del legislador.

La justicia, a través de los fallos ejemplares de la CS, recuperó su función esencial de aplicar todo el derecho, comenzando por la Ley Suprema, y en función de ello fue creando en cada caso concreto nuevos conceptos de derecho que, por su ejemplaridad, provocaron seguimiento. Ello dio lugar a una extensa *jurisprudencia* que en más de una ocasión fue fuente de inspiración del legislador para la sanción de nuevas reglamentaciones legales o reformas de la existente.

La elaboración doctrinaria de la causal que nos ocupa es uno de los principales logros de la CS, y está a punto de cumplir un siglo sin que haya recibido reglamentación legal, pese a ser la causal más utilizada por los litigantes para lograr el debido control de constitucionalidad y reestablecer el derecho a la defensa en juicio, a través del debido proceso y la obtención de una sentencia fundada razonablemente en la ley.

Es la ineficacia de los recursos extraordinarios locales (casación e inconstitucionalidad provincial) lo que ha provocado la inobservancia o la errónea aplicación de la ley procesal y sustantiva, dejando incólumes sentencias arbitrarias que, en definitiva, debieron ser anuladas por la CS, ya que la arbitrariedad es signo inequívoco de inconstitucionalidad y, como tal, bien puede encuadrar como una cuestión de inconstitucionalidad en el artículo 14.2 de la ley 48 y, en última instancia, como una nueva causal de origen pretoriano de la CS, cuando la arbitrariedad se produce por violación de las reglas de la sana crítica racional.

2. Ámbito ordinario y excepcional del recurso extraordinario

Para aclarar el contenido y alcance del REF, haré una breve referencia a la clasificación efectuada por el Dr. Genaro Carrió,[1] plasmada en su obra cumbre, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria:*

> El ámbito normal *u ordinario* es el que resulta establecido en los tres famosos incisos del artículo 14 de la ley 48 […] Si no concurre alguna de estas circunstancias, las decisiones dictadas por los tribunales de provincia o por las Cámaras Federales, en las respectivas esferas de su competencia, *son en principio irrevisables* por la Corte Suprema […] Cuando ocurre alguna de las circunstancias apuntadas (incs. 1, 2 y 3 del artículo 14 de la ley 48) se dice que en el pleito hay una *cuestión federal* […] Desde hace algunos años es requisito adicional que la cuestión federal no sea insustancial o baladí [es el requisito de la *trascendencia federal de la cuestión debatida*]. Las cuestiones federales son, pues, *cuestiones de derecho:* se refieren a la interpretación de normas y actos federales, y a los conflictos entre éstos y actos locales. Ello excluye las cuestiones de hecho del ámbito normal del recurso extraordinario (en este sentido no se debe olvidar que el artículo 15 de la ley 48, y el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, marcan un claro límite en torno a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Las cuestiones federales, valga la perogrullada, son cuestiones *federales*.

En cambio, el ámbito excepcional del recurso extraordinario está abarcado en gran parte por lo que ocupa nuestro estudio en el presente trabajo, esto es, las sentencias arbitrarias o, siguiendo al maestro César Enrique Romero,[2] las *sentencias inconstitucionales.* Romero sostenía:

> La terminología "sentencias arbitrarias" no es la adecuada, sino que la correcta es la de "sentencias inconstitucionales", ya que cuando la Corte controla y declara arbitraria una sentencia de un tribunal provincial o nacional, que llega

[1] Genaro Carrió: *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 21-27.

[2] César Enrique Romero: *Derecho constitucional,* t. I, Zabalía, 1971, pp. 345-348.

> a sus estrados, en el fondo no revisa la versación jurídica de esa sentencia, no procura enmendar el error jurídico. (Adviertan que siempre va a estar el límite infranqueable del artículo 15 de la ley 48 y el artículo 75.12 de la CN.] La Corte revisa si el juez, el organismo jurisdiccional, ha cumplido su función conforme a las exigencias constitucionales del debido proceso […] cumplir con la exigencia de fundar la sentencia […] verificar si esa sentencia no es el resultado de violaciones o quebrantamientos rituales o de fondo aludidos en las cláusulas constitucionales […] Es decir, si el debido proceso no ha sido deteriorado […] No pensamos que se trata de una aplicación de normas no federales, sino simplemente de controlar la constitucionalidad de la sentencia. Por eso esas sentencias más que arbitrarias deben llamarse sentencias inconstitucionales […].

Por ello afirmamos que nos encontramos en presencia del ámbito excepcional del REF, por el motivo de haberse dictado una sentencia arbitraria, lo que en definitiva es inconstitucional, por haberse violado reglas procesales que hacen al debido proceso (como la violación de los principios de la sana crítica racional en el modo de apreciar la prueba, que siempre es sobre hechos), o por apartarse de las constancias objetivas de la causa, o porque la arbitrariedad se cometió al interpretar y aplicar la ley sustantiva. Por ello, el ámbito de acción del recurso extraordinario se expande hacia motivos o causales de casación que no han sido subsanados a través del sistema recursivo local, razón por la cual es revisable el fallo por la CS, que siempre será el intérprete final de la Constitución Nacional, en resguardo del debido proceso y la defensa en juicio (artículo 18 CN).

3. Hacia una conceptualización de recurso extraordinario por sentencia arbitraria

Según adelanté, la doctrina de la arbitrariedad tuvo su primera aproximación en 1909, con el caso *Rey c/ Rocha*,[3] donde el máximo tribunal, sin entrar a resolver el fondo del asunto, dijo lo siguiente:

> El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovista de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes.

El párrafo transcrito demuestra la existencia de una descalificación de sentencia por ser arbitraria, pero no define qué es la arbitrariedad. Es por ello que a partir de ese caso y examinando los demás, llego a compartir el pensamiento de Genaro Carrió en

[3] CSJN, *Fallos* 112:384.

el sentido de que no solo es imposible, sino que sería inútil, alcanzar una definición lo suficientemente global, abarcadora, completa y autosuficiente que agrupe todas las características multidimensionales del fenómeno jurídico conocido como de *sentencia arbitraria,* aunque difiero en orden a los fundamentos que conducen a tamaña conclusión.

En la génesis de las dificultades en que se ha visto la doctrina para alcanzar una definición de sentencia arbitraria, se encuentran coincidencias absolutas con las dificultades que tuvieron que enfrentar los filósofos del derecho para lograr una definición de la palabra *derecho.* En este aspecto, seguiré las enseñanzas del filósofo del derecho H. L. A. Hart,[4] quien, cuando intentaba explicar esas dificultades, manifestaba que la palabra *derecho* adolece de tres dificultades propias del lenguaje natural: *vaguedad, ambigüedad* y *carga emotiva.* Dichos inconvenientes se constituían en verdaderos obstáculos a la hora de encontrar una definición de la palabra, y nos enseñaba que, más que buscar una definición, lo que debemos hacer es *descubrir los criterios de uso* de esa palabra.

Con la palabra *arbitrariedad* sucede exactamente lo mismo, y esta es la raíz de las dificultades habituales cuando procuramos definirla, con el agravante de que quizá *arbitrariedad* tiene mayor carga emotiva que *derecho.* Es más, según el Dr. Carrió, cuando el máximo tribunal argentino declara procedente un REF por sentencia arbitraria, lo que hace es esgrimir una función *descalificadora* de la sentencia, por contener arbitrariedades cometidas por el juzgador que no son derivación razonada de las circunstancias objetivas de la causa ni del derecho vigente. Entonces, lo que se debe intentar en este punto, siguiendo a Hart, es descubrir los criterios de uso lingüísticos del término y su sentido jurídico, que utilizan los ministros de la CS para individualizar o singularizar la arbitrariedad verificada en el caso concreto resuelto.

En forma muy atinada y precisa dice el Dr. Carrió:

> La arbitrariedad —como materia estrictamente excepcional del recurso extraordinario— no consiste en la mera disconformidad con la interpretación que hacen los tribunales de justicia de las leyes que aplican y en tanto no exceden las facultades de apreciación de los hechos y del derecho que son propias de su función (fallo 234:157) y cuyo acierto o error no incumbe a esta corte revisar (fallos 234:743; 237:142).

En este sentido, desde antiguo la CS ha señalado, como exigencia formal, que las decisiones de los jueces deben contener *motivación* y *fundamentación* suficientes, cuya carencia no solo determina un vicio de naturaleza procesal, sino una verdadera trasgresión constitucional al derecho a la defensa en juicio y a la garantía del debido proceso. Como motivación se ha entendido la relación y derivación razonada de los hechos invocados y comprobados de la causa; y como fundamentación, la derivación razonada de la aplicación del derecho vigente, en forma congruente con la acción y las

[4] H. L. A. Hart: *El concepto de derecho,* cap. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

pretensiones esgrimidas por las partes. Se debe respetar la traba de la litis y la consideración de las pruebas decisivas para la solución del litigio. Según reiterada jurisprudencia de la CS, el REF no tiene por objeto corregir pronunciamientos equivocados. Su procedencia requiere un apartamiento de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. Si así no fuera, la CS se transformaría en un simple tribunal de apelación de todas las sentencias provinciales y federales, lo que significaría el colapso funcional de la CS.

Por dichas razones, el criterio para descalificar una sentencia por arbitraria es eminentemente *casuístico,* y la CS solo lo puede llevar a cabo en el *caso concreto.* Para dicha labor resulta valiosa, a título ilustrativo, la clasificación de las causales de arbitrariedad que desarrollan los autores con distintos criterios, pero teniendo en común que no agotan la enunciación de todos los supuestos y que se basan en la jurisprudencia que ha ido elaborando la CS.

En tal sentido, se destaca la clasificación que hace el Dr. Carrió[5] —a la cual nos remitimos—, quien reconoce que las distintas categorías que analiza no son nítidas, sino que existen zonas de penumbra e imbricaciones entre ellas.[6] Para los casos que este autor no menciona, seguimos la noción general de arbitrariedad, que se configura cuando un fallo no deriva razonadamente del derecho vigente, según las circunstancias comprobadas de la causa.

Entre las clasificaciones ensayadas por otros autores, podemos citar la que hace Fiorini, quien menciona tres especies: sentencias que prescinden de los contenidos esenciales del litigio, sentencias que alteran o sustituyen tales contenidos esenciales y sentencias contradictorias.[7]

Sagüés las divide en arbitrariedades fácticas, normativas y concurrentes, y a su vez subdivide las dos primeras.[8]

Palacio[9] y Guastavino[10] prefieren examinar las causales principales y más frecuentes de arbitrariedad, sin pretender una clasificación que comprenda todos los casos posibles.

4. Nuevas hipótesis de arbitrariedad

La reforma constitucional de 1994 produjo una importante modificación en el orden de prelación jerárquica de validez de las normas constitucionales, en orden al principio de "supremacía constitucional". Hasta ese año el orden se establecía en función del artículo 31 de la CN, conforme a la figura de la pirámide, en cuyo vértice se encontraba

[5] Carrió: o. cit., segunda parte.
[6] Ibídem, t. 1, p. 56.
[7] Bartolomé Fiorini: "La sentencia arbitraria", en *La Ley,* t. 130, p. 1161.
[8] Néstor P. Sagüés: *Recurso extraordinario*, t. 2, Buenos Aires: Astrea, 4.ª ed., 2002, p. 144.
[9] Lino E. Palacio: *El recurso extraordinario federal,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3.ª ed., 2001, p. 232.
[10] Elías P. Guastavino: *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad,* t. 1, Buenos Aires: La Rocca, 1992, p. 525.

la Constitución Nacional como ley suprema, única norma que otorga validez a todo el sistema. En aquella época la discusión estaba marcada por el monismo contra el dualismo o, si se quiere, el conflicto de supremacía entre el derecho interno y el derecho internacional.

En una primera época la doctrina pacífica de la CSJN, en orden a la aplicación del artículo 31 constitucional, se inclinaba por interpretarlo en forma literal, es decir: primero la Constitución, en segundo lugar las leyes dictadas por el Congreso de la Nación y por último los tratados internacionales. Dicha interpretación permaneció invariable hasta que en 1992 la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo *Ekmekdjian c/ Sofovich,* en el que hizo prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno al declarar operativa la cláusula del Pacto de San José de Costa Rica que establecía el derecho de réplica.

Este antecedente llevó a los constituyentes de 1994 a introducir un cambio fundamental en el ordenamiento jurídico argentino con la incorporación del artículo 75.22. El nuevo orden jerárquico normativo que resulta de este artículo, al decir del Dr. Ricardo Haro, ha dejado de ser una pirámide para transformarse en un trapecio, en cuyo segmento superior se encuentran la CN y los tratados de derechos humanos incorporados al texto constitucional, a los que se otorga igual jerarquía normativa, pero que no derogan artículo alguno de la CN y se consideran *complementarios* de las declaraciones, derechos y garantías que esta reconoce.

En un segundo nivel de jerarquía se encuentran los tratados internacionales de integración, los simples tratados, los acuerdos internacionales y concordatos con la Santa Sede, es decir, aquellos que no están incorporados al texto de la Constitución, pero que por expresa disposición del constituyente de 1994 tienen jerarquía supralegal. Y en un tercer escalón se ubican las leyes dictadas por el Congreso de la Nación y los tratados provinciales internacionales con conocimiento del Congreso de la Nación.

El sistema de jerarquía constitucional ha sufrido, pues, un agregado importante al conceder jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos; en especial, aquellos que consagran las "conquistas sociales de la clase trabajadora" constituyen el principal elemento que tomo en cuenta para esta publicación. Por consiguiente, si la Corte Suprema de Justicia de la Nación o los tribunales inferiores desconocieran la supremacía de los derechos sociales y humanos de raigambre constitucional, estarían dictando sentencias inconstitucionales, que no respectan la jerarquía reconocida por el artículo 75.22 de la CN, en función del artículo 31 de la Ley Fundamental.

5. La supremacía constitucional de los derechos sociales

Sin duda los *derechos sociales* integran el listado de los derechos humanos reconocidos con jerarquía normativa constitucional en la reforma de 1994. Cabe recordar que estos derechos, denominados *derechos humanos de segunda generación,* tuvieron recepción constitucional, en primer término, con la Constitución de 1949, y con posterioridad fueron incorporados, mediante la reforma de 1957, a través del artículo 14 *bis* de la

CN, aunque la legislación ya había receptado desde 1905 numerosos derechos sociales, con encuadre en el *bienestar general* y en la llamada *cláusula del progreso* (entonces artículo 67.11, hoy 75.18 de la CN). Con respecto a todos ellos rige el principio de *progresividad,* de modo que no se puede retroceder a viejas épocas de desconocimiento de dichos derechos en pro de élites o grupos dominantes.

Entre los tratados de derechos humanos a los que se reconoce jerarquía normativa constitucional en la reforma de 1994 (artículo 75.22) se encuentran la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. Estos instrumentos reconocen derechos sociales, como el derecho a una retribución justa, condiciones dignas y equitativas de labor, protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleado público, jubilaciones y pensiones móviles, etcétera. Entonces, y dado el estado actual de evolución del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina y en toda América Latina, ¿qué sucede con las sentencias dictadas por la CSJN y tribunales inferiores que han desconocido la operatividad de los derechos sociales después de 1994? ¿Serán revisables y declaradas nulas, o quedarán como especies de arbitrariedades que hay que tolerar por la teoría *consecuencial*?

Todos los derechos humanos gozan de jerarquía normativa constitucional, sin que se fije ningún orden entre ellos ni ninguna exclusión que autorice a *dispensar mayor protección a ciertos derechos humanos en desmedro de otros.* Todos los derechos humanos deben gozar de igual sistema protectorio.

En consecuencia, si el principio de *cosa juzgada* reconoce como limitación el respeto y la operatividad de los derechos humanos plasmados en instrumentos internacionales, y si además existen elementales necesidades de hacer prevalecer la *justicia* y la *equidad,* se debería pensar en articular un *recurso de revisión por cosa juzgada írrita* que tenga por objetivo subsanar la violación de los derechos sociales mediante sentencias judiciales.

Surge así un nuevo cuestionamiento al cierre pétreo que significaba la cosa juzgada, que genera hasta una nueva denominación, contradictoria en el concepto al tradicional de cosa juzgada (como perfección): la *cosa juzgada írrita* (como imperfección).[11] Ello apareja el dilema de cómo mantener la confianza en el sistema a pesar de su revisión y debilitar la desconfianza basada en la falibilidad y la frustración del fin jurisdiccional. Por otro lado y simultáneamente, se impone la defensa abstracta de la *confiabilidad,* asumiendo que la situación de cosa juzgada írrita, si existe, se revertirá para mostrar la justicia del sistema (el dilema es sustancial en la teoría de los sistemas).[12]

El REF no se articuló para desbaratar la cosa juzgada írrita, sino para eliminar un obstáculo al descubrimiento de la verdad real, a tal punto que solo hubo "cosa no juzgada", por especial deferencia con el actuar del poder político.

---

[11] "Inválido, nulo, sin fuerza ni obligación", Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española,* 21.ª ed., 1992, p. 1191. H. Hitters: *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata: Platense, 2001.

[12] Duncan Kennedy: *Libertad y restricción en la decisión judicial,* Bogotá: Siglo del Hombre, 1985; Pierre Bourdieu y Gunther Teubner: *La fuerza del derecho,* Bogotá: Siglo del Hombre, 1987.

Así, resulta lógico concluir que, por elementales razones de justicia, se puede revisar la constitucionalidad de los fallos dictados por la misma CS durante la década del noventa, que con otra integración cercenó las garantías constitucionales que hacen a la protección de los *derechos sociales,* como aconteció con los fallos que desconocieron la estabilidad *propia* del empleado público (transformándola en una estabilidad *impropia*), las que convalidaron la constitucionalidad de la Ley de Riesgos 24557 (como el caso *Gorosito* o el caso *Gangi* [del TSJ de Córdoba] y tantos otros que los siguieron con igual sentido, provocando la nulidad de fallos de órganos judiciales de menor jerarquía que habían respetado la supremacía constitucional de los derechos sociales), los que menoscabaron los derechos de los jubilados a obtener una jubilación móvil como manda el artículo 14 *bis,* etcétera.

6. La cosa juzgada írrita

La cosa juzgada es un verdadero *factor* que oficia de cerrojo de la sentencia firme. Nació y se consolidó bajo el ideal de los primeros pasos de la modernidad, cuando la sociedad puso en alto la *seguridad jurídica;* o sea, que no reinara la incertidumbre respecto de los derechos adquiridos luego de fallada una confrontación o un litigio judicial por determinados derechos.

La seguridad jurídica —que se ha llamado *certidumbre de sentido y de aplicación* respecto a las normas jurídicas— importó una verdadera conquista de la civilización al avanzar la sociedad hacia el Estado de derecho. Con ello se superó la precariedad que, en cuanto a los derechos de las personas (sobre todo la propiedad), dominaba las relaciones sociales en los tiempos de las monarquías absolutas, bajo el imperio de los caprichos y arbitrariedades. De ahí que se haya incluido la *cosa juzgada* entre los medios de impugnación; es decir, lograda esta en el final de un pleito, la parte beneficiada puede rechazar cualquier nueva pretensión sobre el interés de la causa. Y es posible, además, conforme al artículo 141 del CPC de la provincia de Córdoba, que esa condición de cosa juzgada sea declarada de oficio por el juez actuante.

Vale advertir que la cosa juzgada no es independiente de la resolución final que mereció el litigio, sino que es la calidad que esta adquiere por el vencimiento del término legal correspondiente. Para el profesor Normando Enrique Amaya, implica "haber arribado a una decisión o pronunciamiento irreversible, inmutable, de tal jerarquía, por haber emanado de un ente potestativo que está revestido de inmaculada contextura y que impone orden y respeto".[13]

Acorde a un legendario aforismo roman,o dicho instituto es sinónimo de la *verdad* obtenida mediante el proceso y reflejada en la sentencia *Re judicata pro veritate habetur.* No está de más señalar que dicha condición de "verdadero", o de verdad legal, pese al uso habitual en la doctrina y en la jurisprudencia, no se corresponde con la objetividad natural o *adequatio rei;* con pleno sentido en la lógica jurídica se ha

[13] Normando Amaya: *Medios de impugnación de la cosa juzgada,* Córdoba: UNC, 1972, p. 3.

cuestionado dicha expresión y afirmado la idea de *validez* de una norma jurídica. E. García Maynez se refiere a ello con un ejemplo: "Es posible que la declaración judicial de muerte de un ausente sea válida, aun cuando este no haya muerto".[14]

Dicha aclaración tiene importancia, pues, por un lado —al menos semántica y lógicamente— permite desacralizar esa condición de intocable con que la tradición siempre presentó la *cosa juzgada,* pero además porque ella no puede sostener su validez (o su verdad, como se prefiera) si cumple la función de conferir carácter irreversible e inmutable a una sentencia afectada de vicios graves.

"Nada es más irritante —dejó dicho Amaya— que una sentencia injusta". Por ello, agrega:

> Cuando la sentencia es injusta, está destinada a morir por un pronunciamiento revocatorio o aniquilante, demostrándose así que la *cosa juzgada no* tenía el carácter de *definitividad* y menos esa calidad que la hacía invulnerable, satisfaciéndose asimismo el anhelo de las partes y del orden jurídico que estaba en peligro por la solución dictada en orfandad de equidad y justicia.[15]

Mariano F. J. Arbonés, profesor consultor de Derecho Procesal en la UNC, distingue la condición *írrita* (defectos formales) de la *iniquidad* (agravio sustancial), y al respecto se pregunta:

> ¿Una sentencia adquiere la condición de cosa juzgada por el solo hecho de haber sido precedida de un proceso formalmente correcto…? ¿O bien un proceso formalmente correcto constituye suficiente fundamento para otorgar a la sentencia con la que culmina autoridad y eficacia de cosa juzgada…?

Es, empero, un asunto polémico. No faltan autores de prestigio (como Manuel Ibáñez Frocham) para quienes dejar sin efecto una sentencia firme tendrá un precio para la estabilidad de la convivencia y de la paz social. En cambio, para Juan Hitters la justicia es el valor prioritario y, precisamente, su reivindicación es lo que da autenticidad a la seguridad jurídica:

> No se resquebraja el valor seguridad jurídica si se anula una sentencia firme, ya que a través del proceso de impugnación de la cosa juzgada solo se retractan derechos mal adquiridos.

Pensamos que hay plena razonabilidad en esta última expresión.

---

[14] Eduardo García Maynez: *Lógica del juicio jurídico,* México: FCE, 1955, p. 138.

[15] Amaya: o. cit., p. 5.

VI. Democracia y Estado de derecho

- Jesús M. Casal H. (Venezuela)
  Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional

- Fernando Cruz Castro (Costa Rica)
  Tratados de libre comercio y Estado social y democrático de derecho. A propósito de un voto salvado en consulta TLC-EUCARD. Sugerencias y disidencias

- Augusto Durán Martínez (Uruguay)
  Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional

- Joaquim Falcão, Marcelo Lennertz y Tânia Abrão Rangel (Brasil)
  El control de la administración judicial

- Stefan Jost (Alemania)
  El uso de equipos de votación electrónicos: sentencia doctrinal del Tribunal Constitucional Federal

- Francisco J. Menin (Argentina)
  La política de cohesión y convergencia en los procesos de integración regional

- Lautaro Ríos Álvarez (Chile)
  Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción

- Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala)
  Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 401-424, ISSN 1510-4974

Jesús M. Casal H. (Venezuela)*

Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional

RESUMEN

Este trabajo pretende poner de relieve la importancia que tiene el proceso constituyente venezolano de 1999 para comprender la evolución de la institucionalidad del país hasta el presente. La inclinación al ejercicio irrestricto del poder y a la ocupación unilateral de los espacios institucionales marcó el desarrollo futuro de los acontecimientos. Un factor relevante en este contexto fue el régimen transitorio espuriamente aprobado y erróneamente concebido por la Asamblea Nacional Constituyente. Esta *palanca* político-constituyente ha encontrado, además, un punto de apoyo fundamental en la jurisdicción constitucional. Al hilo del análisis de estos hechos nacionales se abordan problemas teórico-constitucionales de alcance general.

Palabras clave: sistema constitucional, Estado democrático de derecho, jurisdicción constitucional, justicia constitucional, Constitución política, proceso constitucional, asamblea nacional constituyente, jurisprudencia comentada, Venezuela.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Bedeutung des venezolanischen Verfassungsgebungsprozesses von 1999 für das Verständnis der institutionellen Entwicklung des Landes bis in die Gegenwart auseinander. Mit der Neigung zur unbegrenzten Machtausübung und der einseitigen Besetzung der institutionellen Räume wurden die Weichen für die weitere Entwicklung der Ereignisse gestellt. Ein relevanter Faktor war in diesem Zusammenhang die von der Verfassunggebenden Nationalversammlung fälschlicherweise angenommene und konzeptionell verfehlte Übergangsregelung. Dieser politisch-verfassunggebende *Hebel* konnte außerdem gerade auch dank der Unterstützung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit angesetzt werden. Im Anschluss an die Analyse dieser Vorgänge auf nationaler Ebene wird auf allgemeine verfassungstheoretische Fragen eingegangen.

Schlagwörter: Verfassungssystem, demokratischer Rechtsstaat, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung, Verfassungsprozess, Verfassunggebende Versammlung, kommentierte Rechtsprechung, Venezuela.

---

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

ABSTRACT

The purpose of this paper is to highlight the importance of the Venezuelan constituent process of 1999 to understand the evolution of institutionality in the country up to present times. The propensity to unrestricted exercise of power and the unilateral use of institutional spheres marked future developments. A significant factor in this context was the transitional system poorly designed and spuriously approved by the National Constituent Assembly. This political-constituent lever has also found an essential fulcrum in the constitutional jurisdiction. In line with the discussion of these national facts, general theoretical-constitutional issues are addressed.

Keywords: constitutional system, democratic rule of law, constitutional jurisdiction, constitutional justice, political Constitution, constitutional process, national constituent assembly, annotated jurisprudence, Venezuela.

1. Introducción

El propósito de este trabajo es poner de manifiesto que la evolución que ha tenido el sistema político venezolano desde 1999 no podría entenderse sin tener en consideración el proceso constituyente de ese año. Ello es además imprescindible para comprender la posición que ha ocupado la Constitución en el ordenamiento jurídico y el papel que ha jugado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De lo dicho se desprende que este trabajo también pondrá de relieve la conexión existente entre los tres conceptos y elementos constitucionales mencionados: el proceso constituyente, la Constitución y la justicia constitucional.

Anticipando las conclusiones del estudio podemos decir que la reducida eficacia de la Constitución en la orientación de la dinámica política e institucional del país es correlativa a la enormidad de los poderes ejercidos por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y al tratamiento dado a la transición constitucional. No estamos afirmando que esta es la única ni la principal causa para explicar las desviaciones constitucionales que desde entonces se han producido; solo sostenemos que ha sido un importante factor concurrente. A la vez, el uso dado a tales poderes se ha visto reflejado en la función cumplida por la Sala Constitucional, como veremos.

2. La admisión de un poder constituyente incontenible y sus consecuencias

2.1. La situación político-institucional de 1998-1999

Es indudable que en 1998 nos hallábamos en medio de una grave crisis del sistema político instaurado en 1958. El descrédito de los partidos políticos que habían desempeñado un papel fundamental en el establecimiento de ese sistema y luego se alternaron en el poder era notorio y creciente. La reserva de las principales decisiones sobre

la vida de los respectivos partidos a una élite, cuando no al máximo líder de cada organización (*cogollocracia*), aunada al bloqueo del relevo político y generacional, condujo al anquilosamiento de esos partidos, lo cual inevitablemente trascendió a la institucionalidad democrática, que en buena medida estaba supeditada a sus dictados, incluso en esferas que debían resultarles ajenas, como el Poder Judicial. La descomposición institucional afectó sobre todo al Congreso de la República, al ser normalmente el parlamento u órgano representativo-legislativo nacional el que más sufre las consecuencias de las crisis de las democracias. Desde la sociedad se reclamaba con razón una mayor participación, y era visible el abandono de sectores vulnerables que en su día habían inspirado programas y acciones partidistas, los cuales llegaron a traducirse en significativos logros que no encontraron a tiempo una reproducción.

La necesidad del cambio político y de reformas institucionales era innegable. La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) había señalado un camino que solo fue seguido parcialmente, cuyos frutos fueron palpables en el ámbito de la descentralización política. La reforma política fue sin embargo tímida, por un lado, y, por otro, no estuvo acompañada de programas sociales que al menos frenaran la exclusión. Por el contrario, los planes neoliberales aplicados en 1989 profundizaron la brecha que se estaba abriendo entre el pueblo y los gobernantes.

Escaparía a los fines de este estudio una explicación ordenada o sistemática de estas circunstancias y de las correspondientes percepciones sociales. Solo nos interesa constatar que la situación reinante obligaba a un viraje democrático en la dinámica política, destinado a abrir espacios de participación a otros actores, tanto dentro como fuera de los partidos, los cuales debían renovarse; a retomar e intensificar programas de inclusión social; a rescatar la confianza en la institucionalidad, lo que implicaba la salida de los partidos de la administración de justicia, entre otras medidas. Una mirada retrospectiva desde el presente permite aseverar que los cambios finalmente impuestos en el país desde 1999 no han ido en esta dirección. Pero en este punto de la exposición basta con subrayar que buena parte de los electores vio en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente un principio de solución a esos problemas, lo cual, hasta un cierto punto, era comprensible en el contexto esbozado. Es importante observar cómo se llegó a dicha convocatoria, así como apreciar su significación político-constitucional.

2.2. La convocatoria y el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente

En medio de la crisis de los partidos tradicionales que alcanzaba su auge en 1998 y que afectaba al sistema democrático por ellos sostenido, irrumpió con fuerza la idea de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. La propuesta no era nueva ni provenía exclusivamente de los sectores cercanos al chavismo, pero en manos de Hugo Chávez adquirió un radicalismo y, por eso mismo, una nitidez difícilmente comparables con la de otras versiones. La ruptura con el orden político anterior debía ser, desde la perspectiva del chavismo, abrupta e insuperable, similar, vale decir, a la

pretendida por los revolucionarios franceses mediante la guillotina que defenestraría al monarca y al régimen que representaba. No había transacción o arreglo posible con los adversarios. Algunos sostuvieron, con evidente ingenuidad o cinismo, que los acuerdos con los opositores llegarían después de la culminación de las tareas de dicha Asamblea, lo cual nunca ocurrió.

Las demandas reprimidas de reforma política y social ofrecieron tierra fértil para una tesis transformadora catapultada por la convocatoria del poder constituyente originario, asumido como plenipotenciario. El conflicto que ello suponía entre el orden constitucional entonces vigente y la soberanía popular como soporte de la legitimación política no era casual ni era un costo que habría que pagar en aras del proyecto político emergente; era más bien parte fundamental de la senda rupturista o revolucionaria escogida, lo cual también estaba orientado, como el tiempo lo demostraría, a emplear la Asamblea Nacional Constituyente como herramienta para la rápida demolición del sistema edificado y para construir sobre el terreno allanado un nuevo régimen.

Un elemento esencial de esta estrategia de cambio fue el sistema electoral diseñado para la elección de los integrantes de dicho cuerpo constituyente. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que avalaron la convocatoria de la asamblea constituyente merced a una apelación directa a la soberanía popular, y la intensidad de los reclamos populares de transformación, dieron a la tesis del poder constituyente originario un respaldo institucional y un vigor político que volcó a los sectores opositores hacia la búsqueda de algunos espacios dentro de este órgano, pero el sistema y la táctica electoral aplicados desde el sector gubernamental fueron una zancadilla que ocasionó la caída de la mayoría de los aspirantes, después de que ellos mismos hubieran contribuido con su participación a la consolidación del proceso. Las reglas electorales plebiscitariamente fijadas permitieron que las fuerzas políticas agrupadas en torno al proyecto chavista consiguieran un 95% de los escaños de la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de que solo contaron con el 62% de los sufragios. Eso favoreció la unilateralidad en la actuación de esta asamblea, lo cual tendría no pocas consecuencias.[1]

Desde su instalación la asamblea mostró toda su virulencia revolucionara. Inobservando el fallo judicial según el cual el poder que ejercería la Asamblea Nacional Constituyente no podría calificarse de originario, porque durante su funcionamiento ella estaría atada a la Constitución de 1961,[2] el cuerpo constituyente se proclamó originario en su sesión de instalación, animado por discursos altisonantes que evocaban la Revolución Francesa. La Constitución de 1961 se mantendría en vigor en todo aquello que no contrariara los actos que empezaría a dictar la asamblea, los cuales se tradujeron en el cercenamiento de las atribuciones del Congreso de la República y de

[1] Véase Jesús M. Casal H.: "El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999", en *Revista de la Facultad de Derecho* (UCAB), n.º 56 (2001), pp. 137 ss.

[2] Véase las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 18 de marzo y del 13 de abril de 1999.

autoridades elegidas a nivel regional y local, así como en la intervención en el poder judicial.[3]

El conflicto suscitado con el Congreso, cuyos miembros rehusaron entregar los espacios y atribuciones que constitucionalmente le correspondían, generó un seguimiento informativo nacional e internacional y una reacción de la opinión pública que forzaron una negociación favorecida por los buenos oficios del episcopado venezolano, tras la cual se alcanzó una cohabitación entre los dos órganos, en la que se hizo palpable el declive del Congreso como instancia representativa de la institucionalidad que estaba siendo derribada. La agonía del órgano legislativo ordinario fue coronada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró la supraconstitucionalidad de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, entre los que se encontraba el *Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo*.[4] El Poder Judicial fue sometido a una intervención que se tradujo en suspensiones o destituciones sumarias de jueces, lo cual recibió la cooperación de integrantes de las altas instancias judiciales. De esta forma, los decretos de la Asamblea Nacional Constituyente referidos a la actuación y las competencias de los órganos del poder constituido fungieron de analgésico previo a la ejecución de las instituciones previstas en la Constitución de 1961, algunos de cuyos miembros lograron sobrevivir al relevo político en ciernes.

Se ha escrito bastante y con acierto sobre el debate jurídico que rodeó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y sobre el desarrollo ulterior del proceso.[5] Conviene no obstante detenerse en dos aspectos medulares en el análisis jurídico-constitucional de tal convocatoria y del funcionamiento de esa asamblea: el abandono temporal o eclipse del Estado de derecho que se produjo y la vulneración que se profirió contra la Constitución naciente.

2.2.1. Abandono del Estado de derecho

La primera víctima del proceso constituyente de 1999 fue el principio del Estado de derecho. La Constitución limita a los poderes públicos pero también debe ser respetada por el pueblo. El pueblo hace la Constitución, por medio de representantes o delegatorios elegidos y, frecuentemente, mediante la aprobación o ratificación por referendo del texto constitucional, pero ello no implica que pueda ignorarla. Durante

---

[3] Véase el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público (12 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.764, del 13 de agosto); el Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo (25 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto (*Gaceta Oficial* n.º 36.776, del 31 de agosto), y el Decreto sobre la Reorganización del Poder Judicial (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *Gaceta Oficial* n.º 36.782, del 8 de septiembre).

[4] Publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto, según *Gaceta Oficial* n.º 36.776, del 31 de agosto.

[5] Véase, entre otros autores, Allan Brewer-Carías: "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, 1999; Lolymar Hernández Camargo: *El proceso constituyente venezolano de 1999*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

la vigencia de una Constitución el pueblo está sujeto a sus preceptos, y las formas de participación política que ella pueda establecer han de ejercerse en conformidad con el ordenamiento jurídico. El punto crítico de las relaciones entre el Estado de derecho y la soberanía popular puede sin embargo suscitarse al activarse el poder constituyente del pueblo.

Por lo general las Constituciones no prevén su sustitución por otra emanada de una asamblea constituyente, sino que tienden a reservar a las instancias democráticas instituidas la adopción de enmiendas o de reformas parciales o generales a la Constitución, sin perjuicio de una intervención final del pueblo mediante referendo. Pero en circunstancias extremas de deslegitimación o descomposición de un orden político-constitucional es posible que tales cauces institucionales normativamente instaurados para la modificación de la Constitución no puedan canalizar las exigencias mayoritarias, ante lo cual no es descartable que se acuda a una invocación del poder constituyente originario y al despliegue de su fuerza política y jurídica demiúrgica.

En términos de la teoría y práctica constitucional cabe afirmar que la competencia de revisión constitucional encomendada a determinados órganos, normalmente al parlamento, no es apropiada para satisfacer el requerimiento de crear una Constitución enteramente nueva, cuya elaboración corresponde al pueblo en ejercicio del poder constituyente. Si la Constitución vigente no permite la activación por el pueblo de este poder o si solo la autoriza en condiciones formales que no están en consonancia con las aspiraciones mayoritarias, surge un conflicto entre la soberanía popular y la normatividad en vigor. Ello fue certeramente advertido por Loewenstein:

> Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspiran a una transformación radical, o —el caso más frecuente— si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario.[6]

En realidad, la posibilidad de una revisión constitucional total encomendada al poder constituido sí ha sido objeto de fundadas críticas teóricas, en las que no nos detendremos.[7] Interesa ahora apuntar que, según la opinión dominante en la teoría constitucional, el poder constituyente del pueblo no desaparece ni queda irremediablemente encadenado una vez que es ejercido al aprobarse la Constitución. Permanece más bien en estado de letargo o latencia y puede aflorar cuando el pueblo lo determine. La Constitución en vigor no podría proscribir su invocación, lo cual en la mayoría de las concepciones se fundamenta en postulados democráticos y en el carácter político, previo al derecho e independiente del poder constituyente respecto de la

[6] Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución,* Barcelona: Ariel, 1986, p. 185.

[7] Véase Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 77 ss.; de Carlos Cabo Martín: *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 27 ss.

normatividad constitucional existente al momento de su irrupción.[8] En sentido contrario se ha afirmado que el pueblo quedaría autolimitado por las disposiciones que él mismo ha dictado al elaborar la Constitución, incluyendo a las normas referidas a su reforma.[9] No sería pertinente abordar aquí estas y otras teorías destinadas a explicar la naturaleza y el alcance del poder constituyente. Sí es importante advertir que la primera concepción, en sus versiones más radicales, no está en capacidad de canalizar adecuadamente la aludida tensión entre el Estado de derecho y la soberanía popular, pues sacrifica a aquel en beneficio de esta.

La exigencia de respetar el Estado de derecho no solo rige en los supuestos en los que se hace uso de la competencia de revisión de la Constitución, sino también es relevante cuando el pueblo pretende elaborar una nueva Constitución. Sin embargo, desde postulados político-decisionistas lo importante sería lo que el pueblo, es decir, una porción mayoritaria del electorado, determine en cada ocasión en cuanto al *si* y al *cómo* de la manifestación del poder constituyente.[10] Obsérvese que, aun en los casos de ordenamientos que han previsto una asamblea constituyente como mecanismo para la aprobación de una nueva Constitución, podría sostenerse, sobre estas premisas, que dicha regulación deja incólume la facultad del pueblo de optar por una expresión del poder constituyente no coincidente con los procedimientos o parámetros fijados en la Constitución. El asunto adquiere especial calado si se llega a sostener, en conformidad con algunas versiones de la tesis esbozada, que la irrupción del poder constituyente, como poder libre de vínculos jurídico-positivos, no es un hecho revolucionario, es decir, un quiebre del orden constitucional instaurado, sino un momento singular pero natural o incluso regular dentro de la dinámica del orden jurídico.

Nótese que conforme a los postulados decisionistas enunciados la tensión latente en la concepción del poder constituyente no solo estaría referida a la supremacía constitucional, por un lado, y a la soberanía popular, por el otro, sino más bien a esta última y al Estado de derecho globalmente considerado, pues se estaría admitiendo que hay una fase normal o regular dentro de la evolución del Estado en la cual el derecho quedaría, al menos en parte, silenciado o desplazado, y en la cual la política, a través de la voluntad de la mayoría, se impondría a las consideraciones normativas, y es posible que en acatamiento a dicha voluntad llegue a reemplazarse la ordenación del Estado de acuerdo con la separación de poderes por una concentración de estos en una asamblea constituyente.

Es obvio que diversos acontecimientos políticos pueden provocar la caída de un régimen y de la Constitución que le servía de soporte. Igualmente, es posible que una nueva Constitución originada en circunstancias de esa índole alcance legitimidad política, aun cuando el poder constituyente haya sido ejercido al margen de lo dispuesto

---

[8] Véase Jorge Vanossi: *Teoría constitucional I (Teoría constituyente),* Buenos Aires: Depalma, 1975, pp. 123 ss.

[9] Martin Kriele: "Das demokratische Prinzip im Grundgesetz", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1971, pp. 49 ss.

[10] Véase Vanossi: o. cit., pp. 39 ss.

en la normatividad constitucional precedente. Ninguna Constitución puede impedir que ello ocurra, pues en cuanto norma jurídica pretende establecer un deber ser y no predetermina el curso de los acontecimientos históricos. No obstante, una cosa es admitir los límites del derecho frente a la realidad histórico-política y otra muy distinta es afirmar que, sin vulnerar el orden constitucional en vigor, es lícito prescindir de lo normativamente ordenado para favorecer la activación del poder constituyente, en los términos y modalidades que una porción mayoritaria del electorado estime convenientes.

El proceso constituyente venezolano de 1998-99 es un buen ejemplo de ese conflicto potencial entre Estado de derecho y soberanía popular y, al mismo tiempo, muestra de omisiones y excesos difíciles de justificar. Cuando se discutía en 1998-99 sobre la posibilidad de reformar la Constitución de 1961 para incluir en ella la figura de la asamblea constituyente, lo cual ya había sido propuesto sin éxito en 1992, la Corte Suprema de Justicia abrió las puertas a la celebración de un referendo con efectos vinculantes para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; ello con apoyo, entre otros argumentos, en el carácter "soberano, previo y total" del poder constituyente, en su naturaleza "de poder soberano, ilimitado y principalmente originario" o en sus facultades absolutas e ilimitadas, lo cual, a juicio de la Corte, impedía que la Constitución vigente vedara su activación.[11]

Con razón se ha puesto de relieve la perplejidad que ocasiona escuchar esta aseveración en boca de un órgano creado por la Constitución para su propia defensa y que fuera de ella carece de sustento jurídico.[12] Aparentemente el máximo tribunal intentaba tender puentes entre el orden constitucional que languidecía y el emergente, para no colocar un dique que desembocara en una ruptura abierta de consecuencias impredecibles. Pero la forma en que abordó el problema jurídico planteado, al disolverlo, en lugar de resolverlo, con el fluido abrasivo de la omnipotencia política, socavó los propios fundamentos de su actuación contralora y anticipó la caída de la Constitución vigente. En ningún caso una instancia jurisdiccional puede afirmar que algún poder sea total, absoluto o ilimitado a causa de su preestatalidad. Aunque a nuestro juicio el problema reside no solo en la condición y las coordenadas institucionales del órgano autor de tal afirmación, sino también en la función del derecho en un Estado de tal signo, en el que todo poder jurídico es por definición limitado.[13] Aquel poder que acaso sea ilimitado en términos políticos no puede tener cabida con tales prerrogativas en un tribunal ni en el Estado de derecho, mucho menos recibir de estos una bendición jurídica, suerte de genuflexión del derecho ante la política. Una

[11] Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999.

[12] Cf. Eduardo Piacenza: "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n.º 17 del 19/01/1999 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica", en *Crisis y acción política,* Carabobo: Universidad de Carabobo, 2000, pp. 160 ss.

[13] Véanse las observaciones al respecto formuladas en medio del debate sobre la convocatoria de una asamblea constituyente en Jesús M. Casal H.: "Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente", en *Constituyente: aportes al debate*, Caracas: COPRE, 1998, pp. 3 ss.

Constitución no puede impedir o descartar que el poder constituyente se manifieste de manera revolucionaria, pero sí puede aspirar a encauzar el cambio constitucional.

Pedro de Vega, cuyo pensamiento sobre el poder constituyente fue invocado como sustento por la sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia, ha identificado con claridad el ámbito en el que ha solido predicarse el carácter irrefrenable del poder constituyente:

> […] el poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución.[14]

El carácter previo, total o ilimitado que a menudo es atribuido al poder constituyente solo puede explicarse desde esta óptica política o fáctica, no desde la jurídica. No descartamos que una interpretación basada en los principios estructurales o básicos de un orden constitucional pueda justificar jurídicamente, con una Constitución que no prevea una asamblea constituyente, la activación del poder constituyente del pueblo, especialmente en los supuestos en los que dicho texto no contemple la iniciativa y el referendo popular en los procedimientos de cambio constitucional, pero en tales casos el derecho tendría que ser *ab initio* el fundamento y el límite del proceso constituyente.

Si la opinión prevaleciente en el alto tribunal hubiera sido la de permitir, con base en una interpretación (jurídica) de la Constitución de 1961, la celebración del referendo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, sus mayores esfuerzos dogmáticos habrían debido estar orientados, desde el comienzo, a subrayar la fundamentación jurídica de la consulta y de la eventual convocatoria de la asamblea constituyente, así como las limitaciones que a estas y a la propia asamblea imponían principios contenidos en dicha Constitución. Esta vía argumental era posible, desde un razonamiento apoyado no tanto en la letra o texto constitucional, que circunscribía la participación política a la elección de los representantes ante los órganos constituidos y que nada decía sobre una asamblea constituyente y sus límites, sino en los principios básicos del orden constitucional entonces vigente, entre los cuales se encontraban la soberanía popular y el Estado de derecho, así como una comprensión de la democracia en la cual la representación proporcional ocupaba una posición capital. En lugar de cruzar el puente constituyente de la mano del derecho, la Corte se hizo eco de visiones político-decisionistas corrosivas del orden jurídico que luego, tardíamente, intentaría preservar.

Ni siquiera acotó el pronunciamiento judicial que, de acuerdo con el pensamiento fundacional de Sieyès sobre el poder constituyente, su carácter ilimitado se referiría

[14] De Vega: o. cit., pp. 238-239.

únicamente a la libertad del cuerpo constituyente para definir la forma política de una nación, por cuanto aquel no se encontraría atado al modelo constitucional establecido al aflorar dicho poder, sino solo al derecho natural. Sieyès nunca pensó en la actuación de una instancia plenipotenciaria facultada para concentrar todas las funciones públicas o menoscabar o cercenar desde su instalación el funcionamiento de los órganos del Estado.[15] La sentencia tampoco hizo mención a los derechos humanos como la versión contemporánea del derecho natural invocado por Sieyès, ni al derecho internacional público en general como barrera que ningún poder del Estado, ni siquiera en la etapa constituyente, puede desconocer, y aquí ocupan una posición especial las normas de *ius cogens*. Las bases comiciales aprobadas mayoritariamente mediante referendo en abril de 1999 aludieron a estas limitaciones, pero ello podría no haber sucedido y el papel de la justicia constitucional debía ser el de advertir sobre la existencia de estas, que tienen un valor objetivo y no dependen de la voluntad de la mayoría.

La aceptación jurisprudencial de una invocación directa del poder constituyente del pueblo solo hubiera sido lícita desde la Constitución, no desde la política. Solo así podía ella mantener su supremacía respecto de la consulta popular sobre la convocatoria de una asamblea constituyente, así como respecto del sistema electoral aplicable y del funcionamiento de dicha instancia. Sin embargo, en la sentencia citada los argumentos jurídicos fueron aderezos de una tesis de fondo de índole política, entendiendo esta expresión en sentido científico. El desgarre jurídico que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia comportaba era de tal magnitud que no fue posible remendarlo luego cuando el mismo tribunal pretendió someter al poder constituyente en gestación a la Constitución de 1961, negándole su naturaleza originaria. Lo que vino después es conocido. La Asamblea Nacional Constituyente se proclamó originaria y se consideró facultada para invadir la esfera de atribuciones de los órganos constituidos, lo cual comportaba una degradación de la Constitución vigente, del principio de la separación de poderes y, a la postre, de la idea de la limitación jurídica del poder inherentes al Estado de derecho.

2.2.2. El sacrificio de la Constitución naciente

Orlando Tovar subrayó, con motivo de la promulgación de la Constitución de 1961, que contó con el voto favorable de las distintas organizaciones políticas, sin perjuicio de las salvedades expresadas por algunas de ellas, la lamentable circunstancia de que el mismo día de su publicación y entrada en vigor se hubiese decretado la suspensión de varias de las garantías individuales allí consagradas, con lo cual se colocaba al lado de la Constitución naciente una "urnita" representativa de la limitada voluntad de dar cabal cumplimiento a esa norma suprema. Algo similar, aunque en realidad más

[15] Cf. E. Sieyès: *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid: Alianza, 1989, p 151. Cf. también, del mismo autor, "Reconocimiento y exposición razonada (presentada ante el comité de Constitución de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789)", en Carlos Sánchez Viamonte: *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México: UNAM, 1956, p 121.

grave, ocurrió cuando la Asamblea Nacional Constituyente procedió a dictar, el 28 de diciembre de 1999, el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público,*[16] en el cual se designó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (fiscal general de la República, contralor general de la República y defensor del Pueblo).

Estos nombramientos se efectuaron de manera inconsulta, opaca y precipitada, ante la inminente entrada en vigor de una Constitución en la que deliberadamente no se incluyeron todas las disposiciones transitorias que exigía la sucesión de un orden constitucional por otro. Las disposiciones transitorias de la Constitución deberían haber regulado todas las situaciones relativas a dicha sucesión, pues de esta forma el pueblo hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su contenido y habría quedado a salvo la supremacía constitucional. Pero se optó por el atajo de dictar, en el interregno entre la aprobación popular de la Constitución y su promulgación, un régimen de transición definido a espaldas del pueblo y lesivo de valores fundamentales de la nueva Constitución, como el principio y el derecho de participación política. La necesidad de asegurar la transición entre uno y otro orden constitucional, entre la antigua Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Justicia, o entre la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y los órganos homólogos de la Constitución de 1999, no era una excusa válida para desconocer los principios de la Constitución recién aprobada en referendo, pues habría sido posible incluir en las disposiciones constitucionales transitorias la base normativa para que la Asamblea Nacional Constituyente adelantara durante el mes de enero, en el que esta continuó sesionado, un proceso de consulta a la ciudadanía sobre algunas designaciones provisionales, las cuales habrían quedado sin efecto una vez que la Asamblea Nacional prevista en el nuevo texto se hubiera instalado y hubiera dictado, con estricto apego a la Constitución, las normas legales referidas a la designación de tales autoridades.

Tal designación de las altas autoridades judiciales y contraloras del país, llevada a cabo merced a triquiñuelas seudojurídicas y al margen de la voluntad popular y de la participación ciudadana, representó un condicionamiento anticipado de la fuerza normativa de la Constitución de 1999. Este pecado original tendría consecuencias devastadoras sobre el desarrollo posterior de la institucionalidad establecida en la Constitución, pues las posteriores ratificaciones o designaciones de los más altos funcionarios del Poder Judicial o del Poder Ciudadano también han estado contaminadas, como enseguida veremos, por el propósito de soslayar la normatividad constitucional y de acudir a actos formales de puro revestimiento jurídico para satisfacer intereses políticos coyunturales. Los abusos a que dio lugar el régimen de transición han afectado igualmente al Poder Judicial en su conjunto.

[16] *Gaceta Oficial* n.º 36.859, del 29 de diciembre de 1999.

2.2.2.1. La perversión del régimen de transición y la purga dentro del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano

Hemos señalado que el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público* quebrantó la fuerza normativa y los principios fundamentales de la Constitución de 1999. Pero lo que ahora interesa destacar es que ni siquiera la lógica interna de este régimen fue respetada. Las designaciones realizadas de acuerdo con dicho decreto tenían carácter provisional, pues pretendían justificarse en la ausencia de una Asamblea Nacional que asumiera esta tarea. Tan pronto esta instancia fuese elegida y fuesen dictadas las leyes que permitiesen seleccionar de acuerdo a los procedimientos constitucionales a las altas magistraturas mencionadas, la provisionalidad debía cesar para dar paso a designaciones definitivas.

Sin embargo, la Asamblea Nacional, ya en funcionamiento, no acometió la elaboración y sanción de las leyes relativas al Poder Ciudadano y al Tribunal Supremo de Justicia, las cuales debían desarrollar el procedimiento participativo de escogencia de aspirantes constitucionalmente propugnado, sino que procedió a idear un trámite abreviado que hiciera posible la ratificación o sustitución, sin muchas complicaciones, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia o de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano. A estos efectos dictó la *Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Periodo Constitucional*.[17] Los magistrados que habían salvado su voto en el caso *Micabú* no estuvieron entre los ratificados, como tampoco el fiscal general de la República, Javier Elechiguerra, quien había interpuesto el correspondiente antejuicio de mérito, ni la defensora del Pueblo, Dilia Parra, quien había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la ley citada. Tampoco el magistrado Moisés Troconis, quien discrepó parcialmente de la sentencia que liberó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que aspiraban a la ratificación de las exigencias constitucionales para integrarlo, pudo permanecer en dicho tribunal. Recuérdese que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que aspiraron a la ratificación gozaron del privilegio de no quedar sujetos al examen del cumplimiento de los requisitos constitucionales, en virtud de una decisión judicial adoptada por quienes en principio debían someterse a tal revisión.[18]

El ardid jurídico que hizo posible esta purga en el Tribunal Supremo de Justicia y en el Poder Ciudadano fue respaldado por algunos de los partidos que hoy adversan al gobierno de Chávez, como el MAS, AD y Proyecto Venezuela. El régimen imperante, con el apoyo de aliados convencidos u ocasionales, optaba así de manera resuelta por la senda de la manipulación de la constitucionalidad y de la legalidad que ya estaba prefigurada en las designaciones efectuadas por la Asamblea Nacional Constituyente. De esta forma la Asamblea Nacional procedió a entronizar la transición, como entonces lo denunciamos, mediante una violación abierta de la Constitución. La Asamblea

[17] *Gaceta Oficial* n.º 37.077, del 14 de noviembre del 2000.
[18] Sentencia de la Sala Constitucional 1562/2000, del 12 de diciembre.

Nacional no podía invocar su propia torpeza, negligencia o demora en relación con la sanción de las leyes referidas al Tribunal Supremo de Justicia y al Poder Ciudadano para justificar la aprobación de una ley especial (*ad hoc*) contraria a las disposiciones constitucionales. Al hacerlo vulneraba tanto las normas de la Constitución relativas a los respectivos procedimientos de selección, que no fueron observadas, como el propio régimen de transición del poder público, que no autorizaba ni una transición dentro de la transición, ni una perpetuación de esta, como ocurrió merced a esta ley especial de diciembre del 2000. Lo más sorprendente fue que la Asamblea Nacional, exhibiendo habilidades de alquimista, usó la lógica de la transición para obtener designaciones definitivas. En el fondo, este modo de proceder estaba ínsito en la corriente constituyente que, desde inicios de 1999 y sobre todo al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente, había desbordado todo cauce jurídico.

2.2.2.2. El régimen de transición y el Poder Judicial

Pese a las bondades de la Constitución de 1999 en materia de justicia, desde ese mismo año se adelantó una ocupación política del Poder Judicial de efectos devastadores.

Tras la discutible decisión de la Asamblea Nacional Constituyente mediante la cual se proclamó originaria, ella se consideró facultada para dictar decretos que afectaran el funcionamiento de los poderes constituidos, lo cual implicó que el Poder Legislativo y el Poder Judicial vieran menoscabado su respectivo ámbito constitucional de atribuciones.[19] Tal determinación de la Asamblea no era compatible con la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, que había ordenado suprimir de las bases comiciales sobre la Asamblea Nacional Constituyente, que serían sometidas a consulta popular, la alusión al carácter originario del poder que ostentaría dicho cuerpo, pues este quedaría sujeto, durante su funcionamiento, a la Constitución de 1961, entonces vigente, hasta la eventual aprobación de una nueva Constitución.[20] Dichos decretos cercenaban potestades del Congreso de la República y del Consejo de la Judicatura previstas en esa Constitución, lo cual recibiría posteriormente el aval de la propia Corte Suprema de Justicia, ahora en Sala Plena, la cual se apoyaría en la argumentación hilvanada en la decisión de la Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999.[21]

En materia judicial fueron dictados decretos de emergencia y reestructuración judicial que permitieron acordar, sin base en criterios razonables, la inmediata suspensión de muchos jueces de la República. Se creó con carácter provisional una Comisión

---

[19] Véase el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público (12 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.764, del 13 de agosto); el Decreto sobre la Regulación de las funciones del Poder Legislativo (25 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto, en la *Gaceta Oficial* n.º 36.776, del 31 de agosto); y el Decreto sobre la Reorganización del Poder Judicial (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *Gaceta Oficial* n.º 36.782, del 8 de septiembre).

[20] Véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 18 de marzo y del 13 de abril de 1999.

[21] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, del 14 de octubre de 1999.

de Emergencia Judicial, luego sustituida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. La provisionalidad de esta instancia ha sido desmentida por los hechos, pues ella aún se desempeña como el órgano encargado de la función disciplinaria respecto de los jueces de la República, ante la falta de instauración de los tribunales disciplinarios previstos en la Constitución (artículo 267). De ahí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarara la inconstitucionalidad por omisión en que había incurrido la Asamblea Nacional al no haber sancionado el Código de Ética del juez o jueza que debía regular esa jurisdicción.[22]

La actuación de dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en el campo disciplinario judicial no tenía fundamento alguno en la Constitución aprobada por el pueblo mediante referendo en diciembre de 1999, sino que se apoyaba en el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*. Las Disposiciones Transitorias de la Constitución solo preveían la intervención de tal Comisión en el sector de la defensa pública, hasta que se dictara la ley orgánica respectiva (disposición transitoria cuarta, numeral 5). No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que los decretos de transición aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente son válidos y tienen rango constitucional, aunque su vigencia es provisional; pero la mayor fragilidad jurídica de este régimen de transición radica justamente en que, sobre todo en el campo de la justicia, este tiende a perpetuarse. Pese a haber transcurrido casi diez años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1999, la citada Comisión sigue en funcionamiento, sin que para ello pueda invocarse una justificación aceptable.

La existencia de un régimen de transición en relación con la función disciplinaria judicial, que ha debido en todo caso ser incluido en las disposiciones transitorias de la Constitución y ofrecer garantías de independencia e imparcialidad, solo podía justificarse hasta la elección de los integrantes e instalación de la Asamblea Nacional, a la que cabía otorgar un tiempo prudencial para dictar las correspondientes normas disciplinarias y de organización judicial. Dicho lapso fue fijado por la propia Constitución, en lo que atañe a toda la legislación referida al sistema judicial: un año contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional, que obviamente ha sido sobrepasado (disposición transitoria cuarta, numeral 5). Recientemente ha sido promulgado el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, casi al cumplirse una década desde la promulgación de la Constitución.

Es digna de mención la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por la cual, al admitir un recurso de inconstitucionalidad por omisión interpuesto contra la Asamblea Nacional por no haber sido sancionado el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, dicha Sala procedió a renovar los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que habían sido designados por la Asamblea Nacional Constituyente "hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Publica" (artículo 28 del Decreto

[22] Sentencia de la Sala Constitucional 1.048/2006, del 18 de mayo.

sobre el Régimen de Transición del Poder Público).[23] En lo que concierne al ejercicio de la función disciplinaria judicial, lo relevante es que la ausencia de los tribunales disciplinarios no fue obstáculo para que la Sala Constitucional resolviera reemplazar a los integrantes de dicho cuerpo, sin dar razón alguna referida al desempeño de quienes ocupaban tales cargos por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, lo que conduce a sostener que los integrantes de tal Comisión carecían de la estabilidad necesaria para ejercer la delicada función de pronunciarse sobre las posibles faltas disciplinarias de los jueces de la República.[24] Con posterioridad a esa primera renovación, la misma Sala Constitucional ha efectuado otras designaciones, en virtud de la renuncia de los titulares de tales cargos.

De esta forma, el argumento de la transición constitucional ha sido uno de los obstáculos más serios para la efectiva vigencia de las previsiones constitucionales en el ámbito de la justicia. El contenido de las normas constitucionales sobre la materia es, en términos generales, adecuado y procura asegurar la independencia judicial, pero la excesiva prolongación de la transición y la manera en que se ha abusado de ella ha ido en detrimento de la fuerza normativa de la Constitución. Algunos de los episodios institucionales mencionados hacen pensar que la transición se ha alimentado de sí misma y ha generado círculos viciosos de autojustificación y fractura jurídica.

El soslayamiento de la plena vigencia de la Constitución derivado de la utilización y perpetuación del régimen de transición de los poderes públicos ha repercutido negativamente en la independencia judicial, porque la mayoría de los jueces de la República han estado desprovistos, durante un largo periodo, de estabilidad en sus cargos y su nombramiento no se ha originado en procedimientos transparentes que ofrezcan objetividad en cuanto a los criterios de selección. Muchas de las remociones (explícitas o encubiertas) adoptadas han estado probablemente relacionadas con móviles políticos.[25]

Este aspecto del régimen del Poder Judicial, relativo al nombramiento y la remoción de los jueces, requiere de una exposición particular. Aquí ha jugado un papel no despreciable, como dijimos, la llamada *transición constitucional*, aunque también han confluido otros factores.

En lo que atañe al nombramiento de los jueces, este corresponde formalmente al Tribunal Supremo de Justicia, así como su juramentación (artículo 255 de la Constitución). Han sido fundamentalmente dos las vías que se han seguido para la selección de los jueces que luego reciben tal nombramiento. Si se ha organizado un

---

[23] Sentencia de la Sala Constitucional 1.057/2005, del 1 de junio.

[24] Véase la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182, Véase igualmente la declaración que presenté, como perito propuesto por la Comisión Interamericana, ante la Corte Interamericana en el citado caso, publicada en Jesús M. Casal H.: *Los derechos humanos y su protección*, Caracas: UCAB, 2008.

[25] Véanse, entre otros, los informes anuales de PROVEA sobre la *Situación de los derechos humanos en Venezuela* correspondientes a octubre 2003-septiembre 2004, pp. 375 ss., y a octubre 2004-septiembre 2005, pp. 351 ss., así como el informe de Human Rights Watch *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela,* cap. V, 2004.

concurso para el ingreso, la persona o las personas favorecidas por el concurso se hacen merecedoras de la designación. Mientras los concursos no se efectúan, suele acudirse a nombramientos con carácter temporal o provisorio. No obstante, el tratamiento de esta materia no ha sido uniforme a lo largo de los casi diez años de vigencia de la Constitución.

En una primera etapa, que va desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el año 2002, se programaron y llevaron a cabo concursos de oposición para el ingreso en la carrera judicial, con base en normas dictadas por la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (*Normas de evaluación y concursos de oposición para el ingreso y permanencia en el Poder Judicial*). El régimen establecido en estas normas tenía dos componentes: la evaluación de los jueces y el concurso. Los jueces de la República debían ser evaluados en su desempeño, conforme a criterios fijados en tales normas. Si el resultado de la evaluación era positivo, el juez era ratificado en su cargo, cuando se tratara de jueces titulares, que ya hubieran concursado durante la vigencia de la Constitución anterior; cuando el juez tuviera carácter provisorio, por no haber concursado, la evaluación positiva lo habilitaba para participar en el concurso. Los concursos de oposición también estaban regulados en dichas normas, y fueron organizados con participación de diversos sectores del país, incluyendo a profesores de universidades públicas y privadas.

Desde el año 2003 tales concursos fueron suspendidos, lo que frenó el proceso de regularización de la situación de la judicatura que, de manera lenta pero aceptable a la luz de los principios constitucionales, se adelantaba, lo cual condujo a que durante varios años se mantuviera en el país una proporción cercana al 80% de jueces en calidad de provisorios. El carácter provisorio (o temporal) de los jueces implica, según la jurisprudencia todavía imperante, que carecen de estabilidad en sus cargos y que para separarlos de estos no es imprescindible la apertura de un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa, como tampoco lo es comprobar que han incurrido en falta disciplinaria. Se impuso la práctica, amparada por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, de dirigir un oficio, a menudo por vía de fax, a los jueces, indicando que su nombramiento ha quedado "sin efecto". Esta libertad para pronunciarse sobre la remoción del juez provisorio también ha imperado para su designación.

Desde mediados del 2005 el Tribunal Supremo de Justicia procuró reiniciar los concursos para el ingreso al Poder Judicial, rediseñándolos y sometiéndolos a nuevas normas. Varios sectores han denunciado que este proceso no ha estado acompañado de la participación ciudadana exigida por la Constitución (artículo 255) ni se ha distinguido por la debida transparencia y apego a las normas constitucionales.[26] Es discutible, igualmente, que los nuevos procedimientos de ingreso, tal como han sido regulados y aplicados, representen verdaderos concursos de oposición públicos, de

[26] Véanse, entre otros, los informes anuales de PROVEA sobre la *Situación de los derechos humanos en Venezuela* correspondientes a octubre 2005-septiembre 2006, pp. 267 ss.; octubre 2006-septiembre 2007, pp. 273-274, y octubre 2007-septiembre 2008, pp. 263 ss.; así como el informe de la Fundación Konrad Adenauer *Rule of Law,* 2006, pp. 297 ss.).

acuerdo con lo requerido constitucionalmente, ya que la posibilidad de concurrir ha estado circunscrita, en relación con un elevado número de tribunales, a los propios jueces, generalmente provisorios —cuya forma de ingreso ya destacamos—, asemejándose los llamados concursos a un procedimiento de evaluación y confirmación del juez en su cargo. En todo caso, esta vía de ingreso ha sido implementada con cierta celeridad, lo cual se ha traducido en una reducción del número de jueces provisorios, sin que ello signifique, por las razones señaladas, que los problemas relativos a la reducida independencia del Poder Judicial y a la limitada autonomía del juez hayan sido atendidos adecuadamente.

En lo que respecta a la destitución o remoción de los jueces, la Constitución exige el establecimiento de un orden jurisdiccional especial, la jurisdicción disciplinaria judicial. En ausencia de esta, y con base en el régimen de transición, esas funciones disciplinarias han sido asumidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. No obstante, como ya apuntamos, en paralelo a esta forma de sanción y eventual separación de un juez de su cargo, se ha acudido a la vía expedita, e inconstitucional (véanse los artículos 255 y 49 de la Constitución), de dejar sin efecto la designación de los jueces provisorios, mediante decisiones carentes de motivación, adoptadas generalmente por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que no posee competencia en materia disciplinaria judicial. Ello ha conducido a una situación de enorme vulnerabilidad de los jueces frente a presiones de diversa índole.

Esta vulnerabilidad ha alcanzado a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como lo demuestra la remoción del magistrado Franklin Arrieche mediante el subterfugio de la declaratoria de la nulidad de su designación, la cual respondió a las críticas que suscitó en las más altas esferas de los poderes Ejecutivo y Legislativo la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia relativa a los acontecimientos del 11 de abril de 2002, de la que él fue ponente. El argumento formal invocado para declarar tal nulidad fue la supuesta falsedad en que habría incurrido dicho magistrado en relación con el cumplimiento de uno de los requisitos constitucionalmente exigidos para ocupar ese cargo, ello a pesar de que la Sala Constitucional había establecido, en sentencia ya citada, que los magistrados elegidos por la Asamblea Nacional Constituyente no tenían que demostrar la satisfacción de esas exigencias. De esta forma se confirma que la transición fue administrada en un sentido u otro según los intereses de los máximos detentadores del poder.

3. Los obstáculos o resistencias al pleno despliegue de la fuerza normativa de la Constitución tras la operación constituyente y el papel de la Sala Constitucional

3.1. Dificultades para encauzar jurídicamente la dinámica política

Una vez que el pueblo aprobó mediante referendo la nueva Constitución, cabía pensar que se retomaría, incluso con más rigor, el hilo de la juridicidad y que el Estado de derecho, nunca realizado del todo en nuestra Venezuela, haría valer nuevamente

su pretensión de validez. Sin embargo, lo antes relatado pone de manifiesto que la desviación de la juridicidad que implicó la operación constituyente de 1999 no fue superada entonces y en buena medida pervive hasta el presente.

Múltiples causas pueden explicar la débil incidencia del derecho en el ciclo político iniciado a finales de 1998. No entraremos aquí a discutir si la dislocación de las vértebras constitucionales iniciada en 1999 fue o no deliberada. Pensamos que al menos para muchos de los actores que originalmente respaldaron al presidente Chávez no lo fue. En todo caso, en este trabajo lo que interesa señalar es que una de esas causas ha sido la forma en que se justificó y adelantó el proceso constituyente de 1999 y el modo en que fue regulada y ha sido implementada la transición constitucional. A la irrupción del poder constituyente, concebido como un poder previo, total e ilimitado, y a la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente virtualmente plenipotenciaria, se sumó una transición constitucional que quebrantó principios fundamentales de la Constitución aprobada en referendo y que en la práctica la dejó parcialmente en suspenso. La función de determinar hasta dónde y hasta cuándo podía aplicarse una normativa transitoria no prevista en la Constitución y en parte contraria a sus principios adquiría así una enorme trascendencia y una significación constituyente o cuasiconstituyente. Esta función, cumplida a espaldas del pueblo como titular del poder constituyente, ha sido ejercida en último término por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En lo concerniente a la jurisprudencia de esta Sala relativa al régimen de transición, basta de momento con apuntar que esta instancia jurisdiccional se ha encargado de administrar la transición constitucional con criterios no siempre uniformes. En un comienzo aseveró que la transición duraría hasta la instalación de la Asamblea Nacional,[27] pero tan pronto esta entró en funcionamiento sostuvo que debía esperarse a la aprobación de las leyes reguladoras de los órganos establecidos en la nueva Constitución[28] y luego matizaría que la aplicación de estas nuevas leyes al funcionamiento de los correspondientes órganos constitucionales estaba condicionada a que sus integrantes hubiesen sido renovados de acuerdo con la Constitución y las normas

[27] Sentencia de la Sala Constitucional 656/2000, del 30 de junio. Allí se afirmó claramente: "Durante el régimen de transición, previsto en el Régimen de Transición del Poder Público, que finalizará con la instauración de la Asamblea Nacional, los nombramientos de funcionarios emanados del poder constituyente se mantendrán, hasta que se promulguen las diversas leyes orgánicas o leyes que regulen los entes a los cuales pertenezcan dichos funcionarios, y que por tanto señalarán con respecto a la estructura de estos organismos, cómo se elegirán sus miembros y funcionarios".

[28] Sentencia de la Sala Constitucional 1562/2000, del 12 de diciembre, en la cual se puntualizó: "La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan". La Sala agregaría, intentando precisar lo sostenido en la sentencia ya citada del 30 de junio de 2000: "[…] en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela […]".

legales dictadas.[29] Por otro lado, la perpetuación de un régimen llamado a durar poco tiempo, en conjunción con intereses metajurídicos, desembocó en su vulneración por la propia Sala Constitucional, como lo demuestra la sentencia en la que reemplazó a los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial,[30] que conforme a dicho régimen debían permanecer en sus cargos hasta que este órgano cesara junto con la transición.

Esta prolongación y manipulación del régimen de transición ha sido un pesado lastre sobre la Constitución de 1999, que ha obstaculizado su operatividad como norma suprema del ordenamiento. Este ha sido uno de los factores que han conspirado contra la eficacia de la Constitución y contra la sujeción al derecho de los poderes instituidos. La debilidad del derecho a la que antes se hizo mención se refiere precisamente a su mínima relevancia como fuerza moderadora de quienes ejercen el poder y como garantía de los derechos humanos. Esta misma fragilidad ha estado acompañada de una instrumentalización de la legalidad destinada a brindar soporte formal a decisiones lesivas de valores fundamentales del orden jurídico.

El desquiciamiento del orden jurídico que ello ha traído consigo se ha puesto de relieve además en la solapada tesis de la subsistencia de un residuo de poder constituyente, ínsito a la función de administración de la transición que ha cumplido la Sala Constitucional y explícito en sentencias de este órgano referidas al recurso directo de interpretación constitucional, el cual más de una vez ha servido para reescribir la Constitución. En un comienzo dicha sala llegó incluso a declarar abiertamente, como luego veremos, que el pueblo conservaba el poder constituyente tras la sanción de la Constitución, no ya para activar mecanismos formales de cambio constitucional sino para legitimar mediante referendos consultivos decisiones que pudiesen ser contrarias a la Constitución.

La brecha preponderantemente fáctica abierta en 1999 no solo no se ha cerrado sino que se ha profundizado. Las designaciones de magistrados y de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano efectuadas inconstitucionalmente en el año 2000 dieron lugar luego a la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual perseguía el objetivo de controlar políticamente este tribunal, y a la elección de nuevos integrantes con un procedimiento y criterios no cónsonos con las exigencias de la Constitución. Este último vicio afectó también a la elección de las máximas autoridades del Poder Ciudadano en el año 2007.

El rechazo popular de la reforma constitucional propuesta por el presidente de la República y ampliada por la Asamblea Nacional, cuyas disposiciones en parte pretendían legalizar (constitucionalizar) prácticas viciadas desarrolladas por las

[29] Sentencia de la Sala Constitucional 2816/2002, del 18 de noviembre. En esta oportunidad se aseveró: "[…] el régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene el Régimen de Transición del Poder Público, y que con fundamento en su artículo 39 se dictó el Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, perderá validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado".

[30] Sentencia de la Sala Constitucional 1057/2005, del 1 de junio.

autoridades, parecía augurar una etapa en que la Constitución fuese rescatada como pacto fundamental para la convivencia democrática. Dicho rechazo provenía, de una u otra forma, tanto del electorado opositor como del electorado chavista, y esta convergencia no calculada entre sectores del país políticamente contrapuestos podía impulsar una dinámica política basada en la Constitución como denominador común. Nada de esto ocurrió. Por el contrario, se inició un proceso de franca desconstitucionalización[31] que no ha concluido, en virtud del cual se ejecutan políticas y se dictan decretos-leyes, leyes o reglamentos contrarios a la Constitución, que cuentan con el aval de la jurisdicción constitucional. La huida hacia adelante encontró coronación en la enmienda constitucional sobre la reelección indefinida o sucesiva del presidente de la República y demás autoridades electivas, que desdibujó el principio constitucional de alternabilidad. Según quien resultó principalmente favorecido por la modificación constitucional, ella estaba *abriendo las puertas de la historia*, pero en realidad se estaba retomando un sendero aciago de nuestra evolución político-constitucional sobradamente conocido, que con mucho esfuerzo se había dejado atrás.

3.2. El papel de la Sala Constitucional

Ya destacamos el papel cumplido por la Sala Constitucional en la administración de la transición. Ahora puntualizaremos algunos de los pasos dados por dicha alta instancia judicial en este campo. Desde sus inicios la Sala Constitucional quedó envuelta en la transición. Al promulgarse la Constitución el 30 de diciembre de 1999 no existía una legislación sobre la Sala Constitucional, dado que fue creada mediante este texto normativo. El mantenimiento de la Corte Suprema de Justicia durante el periodo transitorio, que hubiera ofrecido pocos riesgos para las fuerzas progubernamentales, habría permitido que la Sala Constitucional entrara en funcionamiento después de haberse dictado la legislación correspondiente y de haber efectuado la elección de sus integrantes conforme a la Constitución. Incluso si tal continuidad de la Corte por un tiempo relativamente prolongado se juzgaba inconveniente, cabía acudir, como ya se dijo, a un procedimiento participativo y transparente, cónsono con los principios constitucionales, desarrollado ante la Asamblea Nacional Constituyente. Nada de esto sucedió y la Sala Constitucional nació por tanto anclada a la transición constitucional, en mayor grado que las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

La Constitución no determina el número de integrantes de las salas del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual no fue obstáculo para que el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público designara a cinco magistrados en la Sala Constitucional y a tres en las restantes. Decíamos que este régimen afectó más a la Sala Constitucional porque prontamente ella sería requerida para pronunciarse sobre la validez de una normativa transitoria que fundamentaba y acordaba la designación de sus integrantes. Desde el comienzo esta sala fue juez en causa propia. La pervivencia del régimen

[31] Sobre la noción de desconstitucionalización véase Néstor Sagüés: "El concepto de desconstitucionalización", en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 61, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 399 ss.

de transición dictado al margen de la voluntad popular y de la Constitución estaba inescindiblemente unida a la continuación de los miembros de la Sala en sus cargos. Y como si esto no fuera suficiente la sala, o la mayoría de sus integrantes, estuvieron dispuestos a eximirse del cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser magistrado del alto tribunal.

La Asamblea Nacional Constituyente colocó, pues, a la Sala Constitucional en la difícil situación de intentar tender puentes de juridicidad entre la Constitución que estaba siendo defenestrada y la emergente. En esto es posible apreciar el intento de traspasarle (írritamente) un residuo de poder constituyente, lo cual ha tenido algunas manifestaciones en la jurisprudencia de dicha instancia judicial.

En alguna ocasión ese poder constituyente se ha colocado en manos del pueblo; en otras lo ha asumido la propia sala. Ocurrió lo primero en la sentencia de la Sala Constitucional relativa al referendo sindical,[32] en la cual se declaró que aun en el supuesto de que la consulta popular programada adoleciera de alguna contradicción con el texto constitucional, ello quedaría subsanado, ya que el referendo convocado:

> […] supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela […].

Y para despejar cualquier duda sobre la naturaleza del poder ejercido por el pueblo añadió:

> El referendo, pues, como institución democrática, es la reivindicación del poder constituyente dentro del sistema constitucional vigente, para garantizar el proyecto político de la Constitución y para realizar, respecto de la consulta referendaria, el ejercicio de la democracia participativa, la que, por esta vía, deviene democracia gobernante o social, como lo señala Burdeau (*L'Etat,* París, Seuil, 1971, pp. 57-61). Los referendos populares exceden, por tanto, la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicar su poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa.

De esta forma se reproducían algunas frases contenidas en la sentencia ya comentada del 19 de enero de 1999 y se razonaba como si cualquier consulta al electorado mediante referendo implicase la activación del poder constituyente. Huelga decir que una tesis así conduciría a la completa disolución del orden constitucional, cuando no

[32] Sentencia de la Sala Constitucional 1490/2000, del 1 de diciembre.

del orden jurídico en sí mismo, por lo que es plausible que este criterio haya sido abandonado, aunque no está claro si el abandono, que no fue explícito, respondió a razones dogmáticas o a consideraciones metajurídicas.[33]

Pero la Sala también se reservó la posibilidad de emplear ese supuesto poder constituyente subsistente por medio de su jurisprudencia. En particular, ha sostenido:

> El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 eiusdem, que solo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la *jurisdictio* y la *jurisdatio* y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale *erga omnes* y constituye, como verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental […].[34]

Esta discutible y temprana distinción entre la *jurisdictio* y la *jurisdatio* sentó las bases de la inclinación de esta sala a reescribir la Constitución merced al recurso directo de interpretación constitucional. Así ha ocurrido en materias como el alcance del principio constitucional de participación; del artículo 350 de la Constitución; de la reserva a los estados de determinadas competencias; de las obligaciones internacionales del Estado venezolano en el campo de los derechos humanos; o de la alternabilidad prevista en el artículo 6 de la Constitución, entre otros temas.[35]

Cabe afirmar, además, que la facilidad con que la Sala Constitucional se ha atribuido competencias que la Constitución no le otorga, en ámbitos como el de la interpretación constitucional directa, la revisión de sentencias y el avocamiento, está en alguna medida asociada, sin ser su principal causa, a ese papel cuasiconstituyente del que se ha sentido destinataria. Por otro lado, la veta marcadamente política distintiva del poder constituyente revolucionario atraviesa la línea jurisprudencial que concibe al derecho como "una teoría normativa puesta al servicio de una política"; se afirma que esa política subyace a la Constitución,[36] pero es precisamente esa remisión

---

[33] El cambio tácito de criterio se produjo cuando algunos sectores promovían la convocatoria de un referendo consultivo sobre la renuncia voluntaria del presidente a su cargo, que fue considerado constitucional porque un referendo de esa clase no tendría efectos vinculantes: sentencia de la Sala Constitucional 23/2003, del 22 de enero.

[34] Sentencia de la Sala Constitucional 1309/2001, del 19 de julio. En igual sentido, más recientemente, la sentencia 1684/2008, del 4 de noviembre.

[35] Véase las sentencias 23/2003, del 22 de enero; 24/2003, del 22 de enero; 565/2008, del 15 de abril; 1939/2008, del 18 de diciembre, y 49/2009, del 3 de febrero, respectivamente.

[36] Sentencia de la Sala Constitucional 1309/2001, del 19 de julio.

jurisprudencial abierta a cánones ideológicos indeterminados lo que potencia la penetración de valoraciones políticas en la interpretación jurídica.

4. Reflexiones conclusivas

La primera lección que puede extraerse de la reciente experiencia venezolana es que la fuerza moderadora del derecho es imprescindible en la vida institucional de los pueblos. En una democracia constitucional ninguna razón política justifica el sacrificio o la instrumentalización del derecho como marco regulatorio de la convivencia basado en criterios de justicia técnicamente depurados. Si algo representa la esencia del derecho público contemporáneo es el propósito de fijar límites efectivos a los gobernantes. Los regímenes que han subyugado o envilecido la legalidad al convertirla en arma para la dominación política han pagado un alto precio en términos de legitimidad política e histórica y, lo que es peor, de los daños causados a sus ciudadanos e incluso a los de otras naciones. Deseamos enérgicamente que este no sea el desenlace de la aventura de la omnipotencia política emprendida en su día.

Por otra parte, ha quedado claramente establecido que la transición constitucional ha sido un caballo de Troya de la constitucionalidad plasmada en la Carta Magna de 1999. Esperemos que otros pueblos de la región andina que vienen de procesos constituyentes y se encuentran en la fase de transición hacia la implementación de la nueva Constitución eviten los errores cometidos en Venezuela.

En cuanto a nosotros, es necesario acometer cuanto antes la reconstitucionalización del proceso político, entendida no como la vuelta a un pasado constitucional anterior a 1999, sino como la realización plena de la Carta Fundamental de ese año. Ya planteamos, con motivo de los acontecimientos de abril de 2002, después de la ruptura constitucional del funesto decreto del gobierno de facto, que entonces censuramos, que era indispensable fortalecer institucionalmente la República regularizando los procesos de designación de altas autoridades contraloras, los cuales, como dijimos, habían sido efectuados violando la Constitución. También señalamos que debían promoverse espacios de diálogo entre los venezolanos de diversas corrientes políticas, para identificar denominadores comunes dentro de las diferencias ínsitas a una sociedad democrática.[37] No nos hemos cansado de reiterar esto y lo repetimos: sin recuperación institucional y búsqueda de entendimientos mínimos que supongan el reconocimiento democrático del adversario no habrá solución duradera a nuestros problemas más acuciantes, entre los que destacan los asociados a la desigualdad y a la pobreza.

[37] Cf. Jesús M. Casal H. y Alma Chacón: "Las posibilidades de una Constitución", en *SIC*, n.º 645, 2002.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 425-448, ISSN 1510-4974

Fernando Cruz Castro (Costa Rica)*

Tratados de libre comercio y Estado social y democrático de derecho A propósito de un voto salvado en consulta TLC-EUCARD. Sugerencias y disidencias

RESUMEN

La estrategia de liberación comercial internacional sin distinciones posterga, indudablemente, la vigencia del Estado social y el modelo del Estado de bienestar. Este debilitamiento es dramático cuando entre las partes que firman el convenio existe una asimetría notable de desarrollo económico y social. La liberalización, la desregulación y la apertura, así como la redefinición del Estado, con su inevitable debilitamiento, definen un modelo social y político que en la práctica desmantela las instituciones que responden a la Constitución social y solidaria. La justicia, la equidad y la participación ciudadana son criterios con poca incidencia en la definición de los tratados de libre comercio. Algunas de las cláusulas que prevé el TLC-EUCARD —como propiedad intelectual, especialmente en los medicamentos, privilegios concedidos a los inversionistas y regulación de la solución de controversias inversionista-Estado— no son compatibles con los valores del Estado social de derecho. La apertura comercial que regula el TLC-EUCARD no contiene las exigencias y la orientación de la Constitución social y los objetivos de un desarrollo humano y equitativo.

Palabras clave: **Estado social y democrático de derecho, relaciones económicas internacionales, arbitraje, tratados de libre comercio, propiedad intelectual, patentes farmacéuticas, derecho a la salud, países en desarrollo, Costa Rica.**

ZUSAMMENFASSUNG

Die Strategie der undifferenzierten Liberalisierung des internationalen Handels beeinträchtigt zweifellos die Gültigkeit des Sozialstaats und das Modell des Wohlfahrtsstaats. Diese Schwächung nimmt dramatische Formen an, wenn das sozioökonomische Entwicklungsniveau der vertragsschließenden Parteien ausgeprägte Asymmetrien aufweist. Liberalisierung, Deregulierung und Marktöffnung sowie die Neudefinition der Rolle des Staates einschließlich seiner unvermeidlichen Schwächung definieren ein gesellschaftliches und politisches Modell, das in der Praxis die Institutionen der Sozial- und Solidarverfassung demontiert. Die Kriterien Gerechtigkeit, Fairness und staatsbürgerliche Partizipation fallen bei der Aushandlung

* Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Profesor de la Universidad de Cota Rica. ‹fcruz@Poder-Judicial.go.cr›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

von Freihandelsabkommen kaum ins Gewicht. Einige der im Freihandelsabkommen zwischen den USA, Mittelamerika und der Dominikanischen Republik (CAFTA-DR) enthaltenen Klauseln – zum Beispiel zum geistigen Eigentum, vor allem an Heilmitteln, zu besonderen Vorteilen für Investoren und zur Regulierung von Streitfällen zwischen Investoren und Staaten – sind mit den Wertvorstellungen eines sozialen Rechtsstaats nicht zu vereinbaren. Die durch das CAFTA-DR-Abkommen geregelte kommerzielle Öffnung entspricht weder den Anforderungen und Orientierungen der Sozialverfassung noch der Zielvorgabe einer menschenwürdigen und gerechten Entwicklung.

Schlagwörter: sozialer und demokratischer Rechtsstaat, internationale Wirtschaftsbeziehungen, Streitschlichtung, Freihandelsabkommen, geistiges Eigentum, Pharmapatente, Recht auf Gesundheit, Entwicklungsländer, Costa Rica.

ABSTRACT

The indiscriminate strategy of international trade deregulation undoubtedly postpones the operation of social rule of law and the welfare state. The weakening is dramatic when there is a notable asymmetry in economic and social development among the signatories of an agreement. Liberalization, deregulation and openness, as well as the redefinition of states, with their inevitable weakening, all define a social and political pattern which in practice dismantles the institutions corresponding to a social and supportive constitution.

Justice, equity and citizen participation are criteria seldom found within the definition of free trade agreements. Some of the clauses included in the TLC-EUCARD – such as intellectual property, particularly for medicines, privileges for investors and regulation of dispute resolution between investors and the State – are incompatible with the values of a social rule of law. Trade liberalization advanced by the TLC-EUCARD is guided neither by the constitution nor by the objectives of human and equitable development.

Keywords: social and democratic rule of law, international economic relations, arbitration, free trade agreement, intellectual property, pharmaceutical patents, right to health, developing countries, Costa Rica.

1. Apertura comercial y ruptura del Estado solidario De la solidaridad a la exclusión y el subdesarrollo

Los tratados de libre comercio asumen una lógica de perdedores y ganadores,[1] como si los que pierden no fueran parte de la sociedad y del pacto político que sustenta el Estado social de derecho. Se produce así un aumento de la desigualdad, al no mejorar la situación de todos los habitantes; se propicia un aumento de los ingresos de un sector en detrimento de otro. Se asume que las utilidades de los ganadores compensarán

[1] En un estudio sobre la apertura económica, sin el menor reparo se identifica a los sectores perdedores del nuevo modelo, que serían: 1) el sector agrícola tradicional; 2) el sector industrial; 3) las pequeñas y medianas empresas no vinculadas de alguna forma con el comercio exterior; 4) los trabajadores con niveles bajos de capacitación. Se aplica de esta forma la lógica de los *winners and losers*. Forrest Colburn y Fernando Sánchez: *Empresarios centroamericanos y apertura económica*, San José: Educa, p. 69 ss.

y beneficiarán a los perdedores, efecto que en la práctica casi nunca se alcanza.[2] Entre los perdedores se incluye, sin duda alguna, a los sectores más pobres; en México, por ejemplo, después de diez años de vigencia del TLCAN, la pobreza aumentó, ya que China le arrebata México muchos de los puestos de trabajo que se habían creado desde la firma del tratado comercial. La liberación comercial, como es evidente, no garantiza un desarrollo humano que sea consonante con la dignidad de de los sectores más desfavorecidos de los países en desarrollo. La apertura comercial y los tratados de libre comercio pueden aumentar las cifras de desempleo.[3] Paradójicamente, tampoco son tratados de libre comercio, pues tanto en el TLCAN como en el TLC-EUCARD Estados Unidos retuvo los subsidios para su agricultura, además de aplicar barreras no arancelarias para dejar fuera productos de México. Después de una década de libre comercio en la América del Norte, cuatro quintos de la población rural mexicana vive en la pobreza y más de la mitad enfrenta la pobreza extrema.[4]

La estrategia de liberación sin distinciones debilita, indudablemente, el Estado social y el modelo del Estado del bienestar. La liberalización, la desregulación y la apertura, así como la redefinición del Estado, con su inevitable debilitamiento, con el mercado externo como motor del desarrollo, configura un modelo social y político que desfinancia el Estado, desmantelando instituciones que cumplen funciones sociales básicas. Este deterioro se aprecia en el modelo costarricense en los últimos veinte años.[5]

El libre comercio y los tratados se visualizan como un regateo entre países pobres y ricos, pero en esta dinámica, con una asimetría de origen, siempre quedan en desventaja los países menos desarrollados. Aun cumpliendo la agenda de Doha,[6] todavía estaríamos lejos de una agenda de desarrollo.[7] Paradójicamente, ninguno de los países actualmente desarrollados se desarrolló con una apertura indiscriminada al comercio. Utilizaron una amplia gama de instrumentos de política comercial, como la reducción progresiva de aranceles. China y la India siguieron esta ruta, disminuyendo

---

[2] Joseph Stiglitz y Anrew Charlton: *Comercio justo para todos,* México: Taurus, 2007, p. 59; en igual sentido, Joel Paul: *¿Es realmente libre el comercio?,* Bogotá: Siglo del Hombre, 2006, p. 92.

[3] Según Juan Somavía, director de la OIT, en los últimos 23 años la tasa de desempleo en América Latina se ha incrementado en 3,5%, el poder adquisitivo de los salarios mínimos se redujo en un 25% y también bajó la cobertura de seguridad social. Los desafíos de la región se resumen en asegurar un "trabajo decente". Avanza el libre comercio y los problemas sociales se agudizan. Se provoca una precarización de las condiciones de trabajo. Hugo Fazio: *LC, el amarre del modelo,* Santiago de Chile: LOM, 2004, p. 11. Según el *Informe de los Notables,* en México aumentó el porcentaje de desempleo, pues mientras se generaron 500.000 empleos en el sector manufacturero, se perdieron 1.300.000 puestos de trabajo en el sector agropecuario en el período 1994-2002. *Informe de los Notables,* San José: Euned, 2005, p. 57.

[4] Stiglitz y Charlton: o. cit., pp. 53-54.

[5] Gerardo Paniagua: *El Estado solidario frente a la globalización,* San José: Servicios Gráficos Zeta, 2006, pp. 73-74.

[6] La ronda de Doha también se denomina *ronda del desarrollo;* es probable que la liberalización del comercio provoque desempleo, mayores costes para los países pequeños y pobres. Los costes del ajuste de la liberalización del comercio puede sobrepasar, notablemente, los beneficios que puedan obtener los países pequeños y con un desarrollo económico insuficiente. Stiglitz y Charlton: o. cit., p. 36.

[7] Ibídem, p. 16

aranceles después de un fortalecimiento de su economía, definiendo diversas etapas de apertura.

El ritmo y el orden de la apertura son muy importantes.[8] La apertura puede provocar un déficit de las exportaciones frente a las importaciones, tendencia que se aprecia continuamente en los países en desarrollo e incide negativamente en el crecimiento económico. Es decir que la apertura puede tener un efecto excluyente, a contrapelo de lo que pretende lograr el Estado social.[9] Por esta razón los países asiáticos siguieron otra vía, superando el neoliberal consenso de Washington; aplicaron fórmulas mixtas, más afines con la constitución social, combinando la intervención gubernamental con la promoción de exportaciones y estableciendo controles sobre el volumen del ingreso de capitales. De esta forma dispusieron la secuencia en la que se produciría la liberalización, sin ignorar la política social, incluidas la educación y la equidad, a la que destinaron importante inversión en tecnología e infraestructura.[10]

Tal vez sea demasiado ambicioso pedir justicia y equidad en las relaciones económicas internacionales. La equidad entre naciones es un ejercicio de derecho internacional. Sin esta visión, fácilmente los beneficios de la liberación comercial pueden ir de manera desproporcionada a los países ricos, que es lo que se aprecia en los efectos de los tratados de libre comercio, que no son tan libres ni tan equitativos. El tema de la injusticia no puede ignorarse como se ha hecho usualmente en las relaciones económicas internacionales, pues un acuerdo que provoque un grave perjuicio a los países en desarrollo o que beneficie más a los desarrollados debería considerarse un acuerdo injusto.[11] En la negociación del TLC-EUCARD no se definieron las asimetrías,[12] incluyendo los subsidios; no se trazó un programa de cooperación ni se fortaleció la integración centroamericana.[13]

Los tratados de libre comercio tienen procedimientos poco transparentes, con procesos legislativos truncados. El papel asignado tradicionalmente al Parlamento de aprobar o improbar los tratados[14] es una fórmula insuficiente respecto del contenido político y económico de los tratados de libre comercio que se han aprobado en los

---

[8] Ibídem, pp. 72-74.

[9] Paul: o. cit., p. 138.

[10] Stiglitz y Charlton: o. cit., p. 52.

[11] Ibídem, pp. 113-115.

[12] Todos los indicadores comparativos entre Estados Unidos y Centroamérica, la contraparte del Tratado, evidencian, sin la menor duda, una asimetría notable. Se pueden citar, entre otros, los siguientes indicadores: a) el producto interno bruto combinado de los países centroamericanos es solo un 0,5 % del de Estados Unidos; b) en el año 2000, el ingreso per cápita de Centroamérica fue de $ 1.822, mientras que el de Estados Unidos era de $ 34.627; c) en el índice de desarrollo humano Estados Unidos ocupa el sexto lugar, mientras que Centroamérica, excepto Costa Rica, se encuentra por debajo de la posición 100; d) la fuerza de trabajo ocupada en actividades agrícolas en Centroamérica es de un 36%, comparado con el 2% en Estados Unidos. Véase el *Informe de los Notables,* o. cit., pp. 31 ss.

[13] Juan Manuel Villasuso Estomba: "TLC, ¿instrumento del libre Comercio?", en *TLC con Estados Unidos. Desafío al modelo solidario de Costa Rica. El caso de Costa Rica,* San José: Euned, 2005, pp. 5 ss.

[14] El apartado 4 del artículo 121 de la Constitución Política costarricense prevé la aprobación o improbación por el Parlamento de los convenios y tratados públicos; sin embargo, en el caso de los tratados de libre comercio, dada su complejidad y los regímenes de privilegio que crean, se

últimos veinte años en Costa Rica y Latinoamérica. El comercio es muy importante para dejarlo en manos exclusivas de los ministros de Comercio. Se requiere un mayor protagonismo de la ciudadanía[15] y del propio Parlamento en las negociaciones. La falta de transparencia en las negociaciones y la escasa participación ocasiona graves perjuicios a los ciudadanos de los países menos desarrollados.[16]

El magistrado Armijo Sancho y el autor de este artículo, en un voto salvado al resolver una consulta planteada a la Sala Constitucional de Costa Rica sobre el TLC-EUCARD (Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica y República Dominicana), consideramos que en algunos aspectos dicho convenio comercial contenía inconstitucionalidades incompatibles con el Estado social y democrático de derecho. Estas incompatibilidades se aprecian en disposiciones que regulan la inversión (capítulo X), el régimen de patentes de medicamentos (capítulo XV) y las normas que definen sobre la solución de controversias entre el Estado y el inversionista (capítulo X).

2. Algunas notas sobre el Estado social y democrático de derecho

El Estado costarricense es un Estado social y democrático de derecho. Esta afirmación no está vacía de contenido sino que tiene una especial trascendencia, ya que tal denominación se deriva, según reiterada jurisprudencia constitucional, del mismo texto de la Constitución costarricense.

La teoría sobre el Estado de derecho se gesta a finales del siglo XIX con el objetivo de someter el poder estatal, imponiendo límites a las arbitrariedades, reconociendo y garantizando una serie de derechos fundamentales a las personas. Esta teoría se consolida en los sistemas políticos democráticos, de tal forma que se llega a sostener que toda democracia, para que lo sea, debe enmarcarse dentro de un Estado de derecho. Así entonces se hablaba con más propiedad del *Estado democrático de derecho*. Posteriormente, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, los estados asumieron un rol más preponderante dentro de las sociedades modernas que brindó a la organización política de una serie de instrumentos de política económica para procurar mayor equidad en las sociedades. Perfeccionando el concepto recién citado, se llegó al

requiere una intervención más activa del Parlamento. El contenido político de los tratados de libre comercio en la era de la globalización requiere una participación más activa del Poder Legislativo.

[15] En los tratados de libre comercio debe existir convencimiento de los ciudadanos; por esa razón deben tener acceso a información que les permita comprender que el acuerdo es esencialmente justo. En este punto resulta útil la aplicación del método Rawls, que permite evaluar las propuestas de acuerdos comerciales, en especial su principio de la diferencia, en el sentido de que debe disponerse la igualdad social y económica de manera que las propuestas sean principalmente beneficiosas para los menos favorecidos. Stiglitz y Charlton: o. cit., p. 121.

[16] Ibídem, p. 222. Una opinión similar expresa Chomsky, quien considera que estos "acuerdos" se alcanzan por medio del secretismo y otros mecanismos para marginar a la molesta opinión pública. Noam Chomsky: *Estados fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia,* Barcelona: Ediciones B, 2007, p. 252.

Estado social y democrático de derecho.[17] Por eso se dice que este último concepto es más completo que el primero, pues alude no solamente al sometimiento del Estado al imperio del derecho (*Estado de derecho*), sino que le exige emprender acciones como gestor de políticas públicas dirigidas a lograr mayor equidad social (*Estado social*) y hacerlo dentro de un marco procedimental que permita atenuar las asimetrías de orden social, político y económico, propiciando así la vigencia efectiva de los valores fundamentales de la democracia.

3. Costa Rica como un Estado social y democrático de derecho

Los derechos y garantías sociales, que son la esencia del constitucionalismo social, pretenden la protección y el progreso de los grupos y no de individuos; es, indudablemente, el derecho de las desigualdades, muy ligado a la sociología.[18] Los referentes más importantes del constitucionalismo social se encuentran en la Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de Weimar, de 1919, y la constitución de la República Española, de 1931.[19]

En el caso de Costa Rica, la definición del Estado social se inicia en 1943, con la promulgación del capítulo constitucional sobre garantías sociales, cuyas fuentes de inspiración doctrinal, según la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional, eran la doctrina de las encíclicas *Rerum Novarum,* de León XIII, y *Quadragesimo Anno,* de Pío XI, el Código Social de Malinas y los principios adoptados en las más recientes constituciones de América, especialmente la Constitución cubana (1940), la Constitución de México (1917) y las de Colombia, Bolivia y Chile.[20] Entre las normas del capítulo de garantías sociales, debe destacarse el artículo 51, que establecía, según la reforma de 1943:

> El Estado procurará el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia, base de la Nación: asegurando amparo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido y organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

---

[17] Sobre la evolución del Estado social, consúltese Benda y otros: *Manual de derecho constitucional,* Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 1996, p. 117.

[18] Víctor Abramovich y Christian Courtis: *El umbral de la ciudadanía, El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional,* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 15-16

[19] Ibídem, p. 17. Uno de los autores más importantes en la redacción de la reforma social de Costa Rica de 1943, el abogado Óscar Barahona Streber, cita fuentes de inspiración coincidentes, como la Constitución alemana de Weimar, de 1919, la Constitución mexicana de Querétaro, de 1917 (especialmente su artículo 123) y la Organización Internacional del Trabajo; menciona, además, las encíclicas papales, la constitución de Cuba de 1940 y otros documentos. Óscar Barahona Streber: "El nacimiento de la reforma social en Costa Rica", en *La Construcción de la seguridad social,* San José: Euned, 2004, pp. 16-21.

[20] Mensaje del presidente Rafael Ángel Calderón Guardia al presentar el proyecto de incorporación del capítulo de Garantías Sociales en la Constitución de la República. Publicado en la *Revista Parlamentaria de Costa Rica,* vol. I, n.º 2, septiembre de 1993, pp. 93 ss.

Sobre esta disposición, según la exposición de motivos, se define muy bien el concepto de Estado social, al señalar en su mensaje el presidente Calderón Guardia que esta disposición es la base del nuevo concepto de Estado,

> […] que ya no puede limitar su acción a una gestión administrativa, pura y simple, ni a permitir el libre juego de factores que no pueden vivir ni progresar sin un cabal ordenamiento de los mismos. La armonía social exige, antes que la abierta competencia de las grandes fuerzas económicas, la intervención del Estado a fin de evitar que unas se impongan sobre otras, con detrimento del tranquilo desarrollo de la colectividad […] Por lo mismo, las riquezas incesantemente aumentadas por el incremento económico social deben distribuirse entre las personas y clases, de manera que quede a salvo lo que León XIII llama la utilidad común de todos, o en otras palabras: de suerte que no padezca el bien común de todos, o con otras palabras: de suerte que no padezca el bien común de toda la sociedad […].[21]

En la constituyente de 1949, la norma se mantuvo, en esencia, inalterable, al establecer el artículo 50:

> El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

La protección de la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido, se ubicó en el artículo 51 de la Constitución vigente.

El Estado social costarricense se define mejor en la constituyente de 1949 y en la jurisprudencia constitucional, sin que sea trascendental que cuente con una norma constitucional que lo establezca literalmente.

3.1. Según el contenido de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente

"Una Constitución se hace para un pueblo con puntos de vista fundadamente diferentes",[22] y el proyecto de Constitución discutido en 1949,

> […] lejos de establecer una tesis económica exclusivista, establece un sistema flexible para que en el futuro puedan venir gobiernos de tendencias opuestas, ideologías distintas, las cuales podrán, pese a ello, ejercer sus actividades dentro del marco constitucional, sin necesidad de reformar la Carta Política […] la Comisión redactora trató de establecer una Constitución que contemple las aspiraciones de grupos y sectores diferentes, flexible —pues— como lo expresó el

[21] Ibídem, pp. 95-96.
[22] Acta de la Asamblea Nacional Constituyente n.º 49.

> magistrado norteamericano Holmes en su voto salvado de 1905 que me permití leer aquí, ninguna Constitución debe englobar una teoría económica determinada, sea la del intervencionismo, sea la del clásico liberalismo, al contrario, la Constitución debe ser moldeable, flexible, para que en el futuro el país pueda dar cabida legal a las nuevas tendencias y pueda continuar su vida ininterrumpidamente sobre todo en lo económico y lo social, sin necesidad de ir a las reformas constantes de la Carta Política.[23]

Por esta razón se dijo posteriormente en esa misma acta:

> El mundo contemporáneo exige que se complementen las libertades políticas, con instituciones de seguridad social que garanticen la dignidad de la personas humana.

Así entonces, la Constitución Política costarricense ha mantenido un balance entre libertades y derechos sociales, pues de haberse tratado solo de libertades o solo de derechos sociales, no sería una Constitución democrática, tal como se menciona también en la misma acta 50 de la Asamblea Constituyente:

> […] ninguna Constitución debe englobar una teoría económica determinada, ya sea la del intervencionismo, ya la del clásico liberalismo, a menos que se trate de la Constitución de un país totalitario o dictatorial. Por el contrario, la Constitución de los países democráticos debe ser flexible, para que en el futuro pueda dar cabida a las nuevas tendencias […].

Tal como dice el constituyente Rodrigo Facio:

> Se trata de un equilibrio, a mi juicio, muy sano, Justicia Social con Eficiencia Económica: que la justicia no mate a la eficiencia, ni la eficiencia mate a la justicia.

Tal tendencia se evidencia en nuestra Constitución Política también cuando se discute el capítulo relativo a las garantías sociales (acta 115), particularmente en la redacción del actual artículo 50 que dice:

> El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza […].

Es importante notar que, frente a la propuesta que pretendía cambiar la palabra *organizando* por la palabra *orientando,* se prefirió la primera, pues se dijo que lo contrario "viene a mutilar un principio fundamental, cual es que el Estado debe participar en la orientación de la economía nacional". El contenido de este texto tiene especial

[23] Acta de la Asamblea Nacional Constituyente n.º 50.

relevancia porque implica que el Estado debe participar en la orientación de la economía nacional y que no deben existir disposiciones de orden legal que limiten, en abstracto, sin ningún matiz, la intervención del Estado ni justifiquen su intervención generalizada e ilimitada. No sería admisible que la legislación definiera una orientación liberal o intervencionista sin limitarla a una situación concreta.

3.2. Jurisprudencia constitucional

La Sala Constitucional costarricense ha expresado una línea jurisprudencial en la que se reconoce que nuestro país es un *Estado social y democrático de derecho*, con fundamento en los valores que se derivan de los artículos 50 y 74 del texto constitucional. Al respecto, solo para mencionar algunas sentencias están las siguientes: 1993-3464, 1995-0550, 1995-1273, 1995-3067, 1995-4286, 1995-4286, 1995-5545, 1995-6347, 1996-1029, 1997-6469, 1996-2379, 1996-3250, 1996-2810, 1997-1019, 1997-1625, 1997-5035, 1997-8325, 2004-14247, 2003-2794, 2003-2771, 2005-16962, 2006-9565, 2006-17113. De todas ellas se pueden extraer varias conclusiones:

1. El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, el cual dispone que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza". Esto, unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país, definiéndolo como un Estado social de derecho.
2. La Constitución vigente, en su artículo 50, da fundamento constitucional a una intervención del Estado en la economía. Se postula la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, que permite al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza.
3. La libertad de comercio no es una garantía individual absoluta, sino que encuentra sus límites en los que el Estado legítimamente establezca, en beneficio de la generalidad de sus ciudadanos, siempre dentro del contexto global del derecho de la Constitución.
4. Una de las connotaciones básicas del Estado costarricense, como todo *Estado Social de Derecho*, es la intervención de los gobernantes para dar solución a la problemática social. La propia Constitución Política obliga al Estado a participar activamente, no solo en los procesos de producción (artículo 50), sino también en los relativos al desarrollo de derechos fundamentales del individuo (vivienda, educación, vestido, alimentación, etcétera) que les garantice una existencia digna y útil para la sociedad.
5. Las administraciones públicas, lejos de cumplir un rol pasivo de propiciar única y exclusivamente el ejercicio individual de los derechos fundamentales, tienen un deber prestacional y asistencial en aras de procurar a todas las personas que

conforman la comunidad una esfera vital mínima y, desde luego, de erradicar todos los obstáculos e impedimentos para el logro de una igualdad real y efectiva entre ellas.

6. De la definición del Estado costarricense como un *Estado social* se deriva la facultad del Estado de desplegar una serie de limitaciones a los derechos fundamentales en atención al mayor beneficio de la colectividad, a fin de garantizar el orden público, la moral social, los derechos de terceros (artículo 28 constitucional) y la vigencia de los valores democráticos y constitucionales.
7. El *Estado social de derecho* produce el fenómeno de incorporación al texto fundamental de una serie de objetivos políticos de gran relevancia social y e introduce un importante número de derechos sociales que aseguran el bien común y la satisfacción de las necesidades elementales de las personas.

Estas determinaciones conceptuales son de gran trascendencia, porque en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido una fortaleza especial a los derechos fundamentales y al sistema político y económico, que abarca, sin duda alguna, el Estado social y democrático de derecho. En el considerando VII de la sentencia 03-2771 se afirma:

> En el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, solo puede ser reformadas por una Asamblea Constituyente de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de los derechos fundamentales y los sistemas políticos y económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente.

En el mismo considerando se reitera que la reforma parcial de la Constitución la puede hacer la Asamblea Legislativa, "siempre y cuando su actividad no afecte negativamente los derechos fundamentales, ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente".

Estas interesantes apreciaciones sobre el valor del sistema político y económico, que se vincula con el Estado social y democrático de derecho, tienen incidencia en algunos de los temas del Tratado, porque este limita la intervención del Estado más allá de lo que constitucionalmente sería pertinente.

4. Instrumentos del Estado social y democrático de derecho

Para que el Estado costarricense pueda cumplir con ese deber prestacional y asistencial para procurarles a todos los habitantes una esfera vital mínima y erradicar todos los obstáculos que impiden la equidad social, se lo dota de una serie de herramientas,

tales como instrumentos de política económica para apoyar y proteger al productor nacional y mecanismos que permiten la intervención estatal en la economía a fin de promover una más justa y adecuada distribución de la riqueza, entre muchos otros. Todos estos instrumentos, según se dirá a continuación, son mermados, debilitados o neutralizados por ciertas disposiciones contenidas en el TLC-EUCARD.

5. Confrontación de las disposiciones del TLC con los instrumentos del Estado social y democrático de derecho

Efectivamente, las potestades y el margen de maniobra del Estado para intervenir en la economía son disminuidos a lo largo de todo el proyecto. Al establecerse una serie de privilegios en favor de los inversionistas extranjeros, se le resta margen de acción al Estado para cumplir sus cometidos como *Estado social*. Retomando las palabras dichas por Rodrigo Facio, en el acta 50 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949:

> Yo creo que el capital extranjero es necesarísimo en nuestro país, que su ayuda nos es imprescindible en muchos aspectos, pero también creo que no podemos permitir, guiándonos por esas consideraciones, que se exploten inmisericordemente nuestros recursos y que todas las ventajas sean para las grandes compañías, y que las del país sean efímeras o circunstanciales.

Así entonces, nótese cómo, en especial en el capítulo de "Inversiones", el margen de acción del Estado social queda prácticamente anulado, mientras se favorece notablemente el capital transnacional.[24]

Primero, obsérvese en los artículos 10.13 y 11.6 del Tratado consultado que este establece un sistema de *listas negras* que hace que todo lo que no esté expresamente excluido deba ser desregulado. Es decir, el Estado solo puede regular lo expresamente excluido del Tratado y tiene vedado todo lo demás.[25] Esta estrategia de negociación impide que los ciudadanos y las propias autoridades puedan conocer una gran cantidad de elementos que estarían implícitamente negociados.[26]

---

[24] Villasuso Estorba: o. cit., p. 10.

[25] Las listas negativas tiene implicaciones muy graves para el desarrollo político y económico del Estado. Todas aquellas normas relativas a un determinado servicio o inversión que no se encuentren en la lista deberán ser "conformes" con las obligaciones que prevé el Tratado. Las ventajas de esta renuncia indeterminada de la soberanía la destaca muy la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (USTIC), cuando señala que un beneficio adicional de las listas negativas es que las obligaciones acordadas son automáticamente extendidas a servicios que deben crearse o incorporarse al mercado; las listas negativas extienden los efectos del Tratado sin necesidad de una negociación previa. Consultar José María Villalta Flórez-Estrada: "El Tratado de Libre Comercio: Un golpe de gracia al Estado social de derecho costarricense. El caso del capítulo diez 'inversión' y del capítulo once 'Comercio transfronterizo de servicios'", en *Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana, Estrategia de tierra arrasada,* San José: Euned, 2005, p. 171

[26] Salvador López Alfaro: "El TLC y el sector eléctrico", en *TLC con Estados Unidos, desafío al modelo solidario de Costa Rica. El Caso del ICE,* San José: Euned, 2005, p. 185.

Segundo, en los artículos 10.3, 11.2 y 12.2 del Tratado, donde se establecen las obligaciones de trato nacional, se coarta la posibilidad del Estado de brindar un trato preferencial o prioritario a los costarricenses que presten servicios o ejerzan actividades estratégicas históricamente reconocidas como tales. Esta exclusión se reproduce en varios segmentos del acuerdo.[27] Esta cláusula da un trato igual a David y a Goliath. Ello supondría una violación al principio de igualdad, por tratar de forma igual a quienes son desiguales. Tratar igual a lo desigual es uno de los principios de los acuerdos de la OMC, y así se ha hecho en los últimos años. De esta forma se impide que el Estado pueda intervenir en la distribución de la riqueza, que es un objetivo muy importante de la Constitución social.[28]

Tercero, en el artículo 11.4 del Tratado consultado se prevé una disposición que contraviene los fundamentos del Estado social, porque implica una prohibición al Estado de ejercer la potestad establecida en el artículo 46 de nuestra Carta Magna, impidiéndole la posibilidad de establecer nuevos monopolios. De esta forma, la apertura de mercados se convierte en regla, decisión que ni siquiera se impuso en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN- artículo 1502.1). Las necesidades sociales y económicas son las que deben determinar, en cada caso, si un monopolio resulta conveniente o inconveniente. Esta adhesión a las leyes del mercado, de escasa vigencia real, se convierte en una lesión a la constitución social.[29]

Cuarto, en el artículo 10.9 se establece la prohibición de imponer requisitos de desempeño respecto del establecimiento, la adquisición, la expansión, la administración, la conducción, la operación, la venta o cualquier otra forma de disposición de la inversión de un inversionista de una parte del Tratado o de un país que no sea parte en su territorio, imponer o hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso. La prohibición de estos requisitos impide al Estado, entre otros, exigir determinado nivel o porcentaje de exportación de mercancías o servicios; exigir que se alcance determinado grado o porcentaje de contenido nacional; exigir que se transfiera en su territorio determinada tecnología, proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; restringir la ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas con el volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas. Todas estas prohibiciones inciden en la potestad constitucional que tiene el Estado de imponer ciertas exigencias en función del bienestar económico y las prioridades que se requieren cuando se pretende armonizar el desarrollo económico y el desarrollo social. Estas limitaciones reducen sensiblemente el margen de acción estatal en función de la atracción de inversiones extranjeras que sirvan como alternativa al modelo imperante del *enclave* o la *maquila*. De esta forma, minimiza la potestad que tiene el Estado de intervenir como factor de

[27] Véase el capítulo III, "Trato Nacional y Acceso de Mercancías a Mercados", artículo 3.2; capítulo IX, "Contratación Pública", artículo 9.2.1; capítulo XV, "Derechos de Propiedad Intelectual", artículo 15.1.8.

[28] Villalta Flórez-Estrada: o. cit., pp. 172-173.

[29] Ibídem, p. 181.

equilibrio, propiciando fórmulas novedosas y creativas en las que la inversión extranjera se vincule realmente con la producción interna y el desarrollo de las comunidades. Introduce el Tratado un modelo económico liberal que impide, sin excepción, la posibilidad que el Estado pueda intervenir en función del bienestar de los habitantes, según lo que establece el artículo 50 de la Constitución.[30] Esta limitación desconoce que países como Estados Unidos y los *tigres asiáticos* aplicaron, en algún momento de su desarrollo económico, requisitos a la inversión que les interesaba potenciar conforme a su política de desarrollo humano y social.[31] Las restricciones impuestas por el Tratado respecto de las inversiones impiden privilegiar al inversionista local y le aseguran total libertad al inversionista extranjero. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contiene un capítulo de inversiones parecido, lo que ha provocado que la inversión en México se haya orientado hacia el sector financiero-especulativo, con un estancamiento de la producción nacional y una disminución de la producción industrial, que en el 2003 bajó un 2%.[32]

Quinto, en la negociación del Tratado, los demás países centroamericanos y el mismo Estados Unidos establecieron una reserva general, aplicable a cualquier sector, para proteger su derecho a adoptar o mantener (dentro del anexo II, "Medidas a futuro") cualquier medida incompatible con las obligaciones de trato nacional (en servicios e inversiones), "que otorgue derechos o preferencias a las minorías social o económicamente en desventaja. Costa Rica no hizo reserva alguna en ese sentido, lo que significa que no protegió la capacidad del Estado para aplicar medidas que sean incompatibles con las de trato nacional, quedando con ello más expuesto que el resto de los países centroamericanos y Estados Unidos a las obligaciones que establece el Tratado y desprotegiendo a las poblaciones más vulnerables. Costa Rica no podrá adoptar acciones que protejan a sectores como los campesinos, los cooperativistas, los sectores económicamente deprimidos, o poblaciones tales como los adultos mayores, los menores de edad, las mujeres jefas de hogar, los pueblos indígenas, etcétera. Guatemala y Nicaragua fueron más allá, pues expresamente incluyeron dentro de estos grupos a los pueblos indígenas y autóctonos, excepción que no hizo Costa Rica.

Estimamos que las disposiciones recién mencionadas imponen al Estado, sin ningún matiz o límite, una orientación liberal que contraviene el contenido del artículo 50 de la Carta Fundamental, pues impide que, cuando las circunstancias lo requieran, el Estado pueda adoptar medidas que aseguren el bienestar de la población sin que quede atrapado por una orientación liberal o intervencionista, como bien lo señaló don Rodrigo Facio cuando expuso el sentido y el contenido de la norma constitucional comentada. De igual forma, consideramos que el régimen de patentes de

[30] El Informe de los Notables (Alvar Antillón, Franklin Chang Díaz, Rodrigo Gámez Lobo, Gabriel Macaya Trejos y Guido Villalta Loaiza) destaca que la prohibición de requisitos de desempeño para las empresas extranjeras dificulta la definición y atracción del tipo de inversión que requiere el desarrollo del país. Véase *Informe de los Notables,* o. cit., p. 58.

[31] Véase Villalta Flórez-Estrada: o. cit., p. 187-188.

[32] María Eugenia Trejos París: "Las desigualdades del TLC-EUCA vistas desde los textiles", en *Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos, Proceso y resultados,* San José: Euned, 2004, p. 230.

medicamentos, aun por encima del derecho a la salud, así como las normas que establecen un régimen especial respecto de la solución de controversias entre el Estado y el inversionista, no resultan consonantes con la función que le corresponde al Estado como responsable de la organización, el estímulo a la producción y el adecuado reparto de la riqueza (artículo 50 de la Constitución Política).

6. Sobre la inconstitucionalidad del capitulo XV, "Propiedad intelectual", por violar el derecho a la salud y a la vida

Tanto la Defensoría de los Habitantes como un grupo de diputados consideraron que las disposiciones contenidas en el capítulo XV, "Propiedad intelectual", son violatorias del derecho a la salud y del derecho a la vida. La Defensoría indicó que el Tratado dispone en los artículos 10.9.3 y 9.14 que el Estado podrá adoptar o mantener medidas (leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas [artículo 2.1]) "necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal […] *siempre que* tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales" (10.9.3.*c*). Estima que el problema principal que se deriva de esta cláusula es que las personas que inviertan o inicien relaciones comerciales en Costa Rica podrían interpretar que una política pública para proteger la salud y la vida de los habitantes constituye una barrera o restricción encubierta al comercio. En cuanto al tema de la salud, señala que se amplía mucho más la protección en el tema de patentes, con lo cual existirá un serio problema en materia de acceso a los medicamentos, afectando directamente el funcionamiento de la Caja Costarricense de Seguro Social por el alto costo.

En el mismo sentido, argumentan los diputados en su consulta que ese mismo capítulo XV del Tratado, por el tema de las patentes sobre medicamentos, conculca los artículos 21, 50, 73 en relación con el 74 de la Constitución Política, además de todos los parámetros constitucionales y la jurisprudencia dirigida al derecho a la salud, sobre todo el derecho de acceso a las medicinas de importantes grupos de pacientes o enfermos. Consideran que existen una serie de artículos en el Tratado que ocasionarán un impacto negativo en el servicio brindado por la Caja Costarricense de Seguro Social, además de la imposibilidad de acceder a medicamentos genéricos o a precios accesibles. Además, señalan que el Tratado propuesto concede beneficios monopolistas indebidos a las medicinas de patente y a los agroquímicos de marca, de modo que se rompe ilícitamente, además, con el principio de la libre competencia, que en el sistema de mercado mantiene los precios en su nivel apropiado.

Es importante destacar, como bien lo indicó la Comisión de notables, que la inclusión de la propiedad intelectual en los tratados de libre comercio negociados por los Estados Unidos establece una serie de condiciones que van mucho más lejos que las normas establecidas en el ADPIC (Aspectos del Acuerdo de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC), lo que ha permitido calificar tales normas

como *ADPIC-plus*;[33] esta política, como se ha especificado en el *Informe sobre desarrollo humano* del 2005, no ha logrado un balance razonable entre los intereses de los consumidores y los dueños de las tecnologías.[34]

Existen pruebas contundentes que demuestran que las reglas existentes en patentes y derechos de autor brindan una sobreprotección, asegurando jugosas utilidades que fortalecen prácticas monopolísticas de las transnacionales farmacéuticas.[35] No es posible ignorar que, por el poder de las transnacionales de los medicamentos, la política del gobierno usamericano se ha orientado hacia un endurecimiento de la propiedad intelectual en esta materia, lo que reduce las posibilidades de que los países menos desarrollados tengan acceso a medicinas más baratas, especialmente en la versión de genéricos. Esta ha sido una política sistemática, tal como ocurrió, por ejemplo, justo antes de la reunión de Cancún, en septiembre del 2003. Estados Unidos fue el único país que se resistía a un acuerdo para hacer accesibles medicamentos esenciales para la salvación de vidas; incluso después de ceder a las presiones, demandaba estrictas restricciones al acceso a estos medicamentos. Los términos que pretendía forzar a aceptar a los países en desarrollo —incluyendo a Australia, en los acuerdos bilaterales— evidenciaban que no tenía la intención de facilitar a los países más pobres el acceso a medicamentos a precios asequibles, especialmente la versión de genéricos.[36]

Esta actitud restrictiva y manifiestamente favorable a las transnacionales de los medicamentos no podía dejar de evidenciarse en el TLC-EUCARD. Los medicamentos son materia muy sensible; por eso bien señalan Bhagwati y otros que las reglas sobre propiedad intelectual no deberían incluirse en los convenios de comercio, con argumentos que justificarían la revocatoria del acuerdo ADPIC. Estos temas deben discutirse y evaluarse en otros foros internacionales, como la OMPI. Ya sea en la OMC o en cualquier otro foro, debe instituirse otro régimen de propiedad intelectual que equilibre con mayor equidad los intereses de los usuarios, tanto en los países desarrollados como en los menos desarrollados, frente a los que propician el desarrollo del conocimiento. La determinación de estas reglas debe subrayar el protagonismo de la comunidad científica y no el de los ministros de Comercio. Se requiere, indudablemente,

---

[33] El TLC-EUCARD fortalece y amplía los derechos de la gran industria farmacéutica transnacional, superando los que se reconocen en el ADPIC y limitando el ingreso y la renovación de productos genéricos en un mercado altamente oligopólico. De esta manera se afecta sensiblemente el acceso a medicamentos baratos, lo que impacta en el presupuesto de la seguridad social costarricense, particularmente en el tratamiento de enfermedades como VIH/sida, cáncer, malaria y en la medicación a pacientes sometidos a transplante de órganos. Henry Mora Jiménez: *Doce ensayos por la dignidad nacional, la soberanía y el derecho al desarrollo. No al TLC*, San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 2006, pp. 183-184 y 185. Opinión similar se expresó en el *Informe de los Notables,* el que señala, puntualmente, que no hay un balance razonable entre los intereses de los dueños de las tecnologías y los intereses de la población, además del importante impacto sobre el costo de los medicamentos. Véase *Informe de los Notables,* o. cit., p. 75-76.

[34] *Informe de los Notables,* o. cit., p. 75.

[35] Joel Paul: *¿Es realmente libre el comercio?.* Colombia: Siglo del Hombre Editores, 2006, p. 136.

[36] Stiglitz y Charlton: o. cit., pp. 10 y 198.

una mayor sensibilidad respecto de la desventaja de los países menos desarrollados al someterse a procedimientos legales.[37]

La propiedad intelectual refleja muy bien la asimetría que existe entre los países de Centroamérica-República Dominicana y Estados Unidos, pues el número de patentes otorgadas a costarricenses en los años 2002 a 2004 fue de cuatro, tres y dos, respectivamente, mientras que en Estados Unidos solo en el 2004 se otorgaron más de ochenta mil patentes.[38] La inclusión y el endurecimiento del tema de la propiedad intelectual, especialmente los medicamentos, se justifica con el argumento de que ello estimula una mayor inversión en investigación. Sin embargo, esta justificación es falaz, pues no es cierto que la restricción de acceso a la propiedad intelectual provoque un aumento de la inversión en investigación. No puede ignorarse que los beneficios que se obtienen de países poco desarrollados tienen poco impacto en la investigación. Los beneficios realmente se obtienen por las ventas en el norte. Por otra parte, tampoco se investigan muchas de las enfermedades que tienen incidencia en el sur. Existe muy poca evidencia que demuestre que un fortalecimiento de las normas de protección de propiedad intelectual incremente la generación de las ideas de base. Se requieren regulaciones y restricciones más equilibradas entre los intereses de los usuarios y los productores del conocimiento, para cerrar la brecha del conocimiento. No hay duda de que puede ampliarse el uso de licencias obligatorias y de patentes en temas de salud.[39]

7. La inconstitucionalidad de normas del capítulo sobre propiedad intelectual

7.1. Inconstitucionalidad por violación del principio de no regresividad

Las consultas planteadas por los parlamentarios y la Defensoría evidencian una preocupación sobre el impacto que podría tener el Tratado en estudio sobre el derecho a la salud de los asegurados y sobre el sistema de seguridad social de la Caja Costarricense de Seguro Social, preocupación que radica principalmente en que el artículo 15.10.1 establece un plazo de al menos cinco años de protección a los datos de prueba, entendidos como "aquellos que deben presentarse como condición para el registro de productos farmacéuticos, relacionados con la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, así como también información sobre la composición física y las características químicas del producto". Se indica que quienes fabriquen medicamentos genéricos tendrán que invertir para tener esos datos de prueba o, por el contrario, esperar el periodo de protección de dichos datos, lo cual retrasaría el acceso a los medicamentos de última generación y elevaría el costo de los medicamentos. Por ello, se alega que se produciría un impacto negativo en el servicio de salud, pues la Caja Costarricense del Seguro Social tendría que adquirir medicamentos antiguos o

[37] Ibídem, p. 199.
[38] *Informe de los Notables,* o. cit., p. 73.
[39] Stiglitz y Charlton: o. cit., pp. 112-194. En sentido similar, Chomsky: o. cit., pp. 255-256.

pagar altos precios por los medicamentos protegidos por mecanismos de propiedad intelectual. Además, dicho mecanismo es independiente de las patentes, por lo que nada impide que se aplique cuando estas no están vigentesSobre estas objeciones, el tema debe abordarse desde otra perspectiva para no perderse en la filigrana de las disposiciones del Tratado, pues lo que a efectos del derecho de la Constitución interesa sobre esta materia es el efectivo respeto del derecho a la salud de todas las personas. En el momento en que el Estado costarricense suscribe un tratado comercial que debilita o vulnera derechos —a la vida, a la salud animal y vegetal— al condicionarlos a las necesidades comerciales de otro estado o de empresas extranjeras, afrontando el Derecho de la Constitución. Evidentemente, entonces, la Constitución deberá prevalecer por sobre este tratado comercial, lo cual se refuerza con las siguientes siete argumentaciones.

1. Como lo destacó la Defensoría de los Habitantes, conforme al principio de *no regresividad,* está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Conforme al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los derechos sociales deben ser progresivos, y como contrapartida se prohíbe la regresividad, lo que significa que no pueden adoptarse políticas y medidas, o sancionar normas jurídicas, que desmejoren de los derechos sociales a los que tenía acceso la población.[40] Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede —y mucho menos por medio de un tratado internacional— reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. De hacerlo, estaría violando el derecho a la salud. No se puede retroceder en la protección de este derecho ni tomar medidas que debiliten su vigencia. Toda normativa o actuación del Estado debería dirigirse a la expansión de la protección y la garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciantes.

En segundo lugar, es evidente que existe una obligación de conciliar los derechos de propiedad intelectual con el derecho a la salud y a la vida, elementales e inherentes a todo ser humano, y sin los cuales todos los demás serían inútiles. Así entonces, aunque el Tratado (TLC-EUCARD) reconoce en su artículo 15.9.3 la posibilidad de los estados de establecer "excepciones limitadas a los derechos exclusivos conferidos por una patente", lo hace a condición de que "tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros". Es decir, a pesar de que la salud y la vida tienen tanta trascendencia, se permiten en el artículo 15.9.3, al igual que en otras cláusulas, excepciones al derecho que tutela la patente, pero con una limitación que pone la salud y la vida humana en igualdad de condiciones que los intereses comerciales del propietario de la patente.

[40] Abramovich y Courtis: o. cit., pp. 57-58.

Estas disposiciones tan genéricas debilitan la tutela de la salud y de la vida, cuando lo que correspondería es definir la legitimidad de los intereses comerciales de los propietarios de las patentes. Además, la norma comentada no resuelve satisfactoriamente el tema de las licencias paralelas y su aplicación. En síntesis, los artículos 10.9.3 y 9.14 del Tratado establecen una muy dudosa prioridad, pues, aunque se diga que el Estado podrá adoptar o mantener medidas (leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas [artículo 2.1]) "necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal", ello se condiciona a que dichas medidas no se apliquen cuando constituyan una restricción encubierta al comercio o la inversión internacionales. Tal como lo señaló la Defensoría de los Habitantes en su consulta, esta cláusula constituye una restricción al Estado costarricense y una eventual superposición del comercio y la inversión sobre el derecho a la salud y a la vida, e implica también reconocer inmunidades, excepciones y privilegios irrestrictos a entidades particulares, al margen de la Constitución Política y sobreponiéndose a la garantía constitucional. Es innegable que la salud y la calidad de vida están por encima de cualquier actividad comercial o inversión que se realice en el país, aunque estas se ejecuten al amparo de un tratado entre los estados parte.

En tercer lugar, si bien es cierto Costa Rica ha aprobado la Declaración de Doha referente al acceso a la salud pública, y se argumente que esta declaración podría servir de marco de interpretación en este caso, por ser parte del sistema de fuentes de la Organización Mundial del Comercio y por estar expresamente reconocido en el preámbulo del DR-CAFTA, lo cierto es que esta manifestación tan genérica no permite inferir con certeza, frente a valores tan importante como la vida y la salud, que la Declaración de Doha sea un referente determinante y vinculante en el desarrollo y la interpretación del Tratado. La generalidad de la referencia que se hace en el preámbulo del Tratado no permite considerar que la Declaración de Doha sea un referente normativo que oriente y vincule la interpretación del Tratado en temas tan sensibles. Los principios y pautas de la Conferencia de Doha requerían una incorporación explícita y expresa. De ninguna manera queda claro que las disposiciones de ADPIC y la Declaración de Doha sean compatibles con las disposiciones tan restrictivas sobre medicamentos y propiedad intelectual que contiene el Tratado.

Debe destacarse que las disposiciones ADPIC pueden facilitar algunas licencias en circunstancias difíciles, pero esta concesión no resuelve todo el problema para los países en desarrollo con poca capacidad de manufacturación, como los centroamericanos, ya que el acuerdo ADPIC restringe el comercio de medicamentos entre países en desarrollo.[41] Indudablemente el ADPIC requiere una revisión, a fin de ampliar, por ejemplo, los supuestos en que procede la exigibilidad de licencias obligatorias, incluyendo no solo las emergencias nacionales sino también, por ejemplo, las situaciones en las que los países en desarrollo no acceden a las patentes por la negativa de las transnacionales farmacéuticas de servir la demanda del mercado con sus productos, porque la consideran demasiado pequeña. En estos casos, por tratarse de un mercado

[41] Stiglitz y Charlton: o. cit., p. 100

marginal, no se ocasiona un efecto económico grave.[42] Las disposiciones recién citadas deben tener un reconocimiento expreso, en virtud de la trascendencia de los valores constitucionales en juego.

En cuarto lugar, no forma parte del Tratado la carta de intenciones denominada "Entendimiento relativo a algunas medidas de salud pública", del 5 de agosto de 2004, donde se expresa:

> Los Gobiernos de la República de Costa Rica, la República Dominicana, la República de El Salvador, la República de Guatemala, la República de Honduras, la República de Nicaragua, y los Estados Unidos de América alcanzaron los siguientes entendimientos relativo al Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual) del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos este día (el "Tratado"): Las obligaciones del Capítulo Quince no afectan la capacidad de una Parte de adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública, mediante la promoción del acceso universal a las medicinas, en particular a aquellas para tratar casos de HIV/SIDA, tuberculosis, malaria y otras enfermedades epidémicas así como circunstancias de extrema urgencia o emergencia nacional […].

Además, el compromiso se refiere solo a algunas enfermedades —VIH/sida, tuberculosis, malaria y otras enfermedades epidémicas—, así como a circunstancias de extrema urgencia o emergencia nacional. Todo ello revela una orientación restrictiva en un tema tan sensible como la salud. Asimismo, la parte final de la nota de entendimiento solo se refiere a un compromiso, no a la vigencia de normas especificas, y esta nota se refiere a la propiedad intelectual y no realmente al tema de los medicamentos y la salud, que es el que tiene particularidades que trascienden la propiedad intelectual.

En quinto lugar, el tema de los costos de las medicinas no puede presumir que el Estado costarricense, representado por la Caja Costarricense del Seguro Social, deberá siempre proporcionarlas, porque los costos de los fármacos de patente son tan altos frente a los genéricos que, aunque el Estado tenga el deber de brindárselos al ciudadano, ello impondrá una reducción general de los recursos económicos que se destinen para los sectores de la población que dependan de los servicios de la Caja Costarricense del Seguro Social. La obligación jurídica que tiene el Estado frente al asegurado no compensará el aumento de costos cuando se endurece el acceso a medicamentos con restricciones a las patentes y a los datos de prueba, que es lo que contiene el Tratado de Libre Comercio que ahora se consulta. En esta perspectiva, la posibilidad de que aumenten los costos de los medicamentos no es una especulación, sino una hipótesis fundada y razonable. Como bien lo expone Devandas Brenes, los términos del Tratado respecto de la propiedad intelectual permiten aseverar que las transnacionales de la farmacia y de la química convirtieron el mercado centroamericano en una zona bajo su control. En el mediano plazo, el impacto del endurecimiento

[42] Ibídem, pp. 196-197

de la propiedad intelectual sobre las finanzas de la institución encargada de la Seguridad Social en Costa Rica podría poner en peligro la accesibilidad universal de la población a los medicamentos.[43] En el *Informe de los Notables* se afirma que el TLC tendrá un impacto importante sobre la industria de genéricos local. Frente a la protección de los datos de prueba, los fabricantes de genéricos tendrían que generar los propios, lo que incidiría significativamente en los costos, salvo que esperen el período de vencimiento de los datos de prueba, lo que retrasaría cinco años el acceso a los genéricos de última generación.[44]

En sexto lugar, el argumento que expresan los parlamentarios y la Defensoría sobre la "vinculación patente-registro" establecida en el artículo 15.10.2 del Tratado, en cuanto señalan que la norma pretende impedir que las autoridades sanitarias de las partes concedan autorizaciones a versiones genéricas de los medicamentos u otros productos farmacéuticos mientras exista una patente vigente, no es un tema de oportunidad y conveniencia, pues su contenido pretende limitar aún más las versiones genéricas de los medicamentos. Sí existe un concepto importante, porque la disposición endurece la protección de los medicamentos de patente original y reduce la posibilidad de autorizar versiones genéricas.

En sétimo lugar, en relación con la falta de especialistas durante la fase de negociación del Tratado, aunque la Sala Constitucional haya establecido, que "el dar a conocer las propuestas preliminares de los países participantes, en lugar de promover la participación en la toma de decisiones, equivaldría a una errónea información sobre el estado de las negociaciones, al encontrarse las mismas en una etapa preliminar",[45] este criterio debe matizarse sustancialmente, dada la trascendencia que tiene la salud. La participación activa de especialistas y su acceso a las negociaciones se justifica sin la menor duda, en virtud de la trascendencia de los valores en juego. Respecto al tema de propiedad intelectual y accesibilidad a medicamentos, se requiere transparencia y participación, condiciones que no se cumplieron en la regulación del tema de los medicamentos en el capítulo de "Propiedad intelectual" del Tratado.

7.2. Inconstitucionalidad porque la materia es de reserva del legislador ordinario y no de tratados internacionales

Además de todas las razones expuestas, referidas al endurecimiento de la protección a la propiedad intelectual y la consiguiente dificultad en el acceso a los medicamentos, es indudable que esta es una materia de reserva de la legislación ordinaria y no de tratados internacionales. Se trata de un tema reservado a la legislación ordinaria porque es allí, en la Asamblea Legislativa, donde cobra vida el espacio democrático necesario para decidir sobre esta materia, y porque en un tratado internacional de "libre

[43] Mario Devandas Brenes: "El Tratado de Libre Comercio y el impacto sobre la Seguridad Social, Criterios para una posición crítica", en *Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana, Estrategia de tierra arrasada,* San José: Euned, 2005, p. 238

[44] *Informe de los Notables,* o. cit., 2005, p. 76. En igual sentido, Alejandra Castro Bonilla: "Propiedad intelectual y el proceso de negociación del CAFTA", en *Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos, Proceso y resultados,* San José: Euned, 2004, p. 310.

[45] Voto 2003-03838, de las 11.17 horas del 9 de mayo del 2003.

comercio" no puede incluirse un tema sensible ni tampoco privilegiarse al comercio por encima del derecho a la salud. Todo ello es violatorio del principio de reserva legal, conforme al cual determinadas materias son competencia exclusiva del legislador ordinario. Nótese que cuando se dice *legislador ordinario* se está refiriendo no solo a la Asamblea Legislativa, sino a esta *actuando como tal* y no simplemente como ratificadora de un tratado internacional, porque aunque en ambos casos el producto sea técnicamente una ley, la Asamblea Legislativa solamente actúa como legislador ordinario cuando puede discutir, proponer cambios, realizar modificaciones, etcétera, nada de lo cual puede hacer cuando aprueba tratados internacionales.

El derecho fundamental más importante que garantiza la Constitución es el de la salud y la vida. Se trata de un derecho esencial y de un valor medular del pacto social. Lo relativo a la salud y la vida no puede dilucidarse en un tratado de libre comercio. Es un valor de tanta trascendencia que exige que la regulación de las patentes sobre medicinas, especialmente si se trata del equilibrio entre propiedad intelectual y la salud de la población, deba ser resuelto mediante legislación ordinaria y no en el contexto de un tratado que prioriza, como corresponde, el comercio, la inversión y los derechos de las transnacionales de los medicamentos.

Ya la Sala Constitucional ha establecido ciertas prioridades, al definir el núcleo procesal en el que deben dilucidarse algunas materias. Al respecto ha señalado que cuando se trata de la limitación de derechos fundamentales se requiere la intervención del constituyente original y no del derivado (véase el voto 2771-2003). Ese interesante planteamiento debe aplicarse, por analogía, a la salud y los medicamentos, fortaleciendo su tutela, excluyendo lo relativo a medicamentos y propiedad intelectual como materia admisible en un tratado de libre comercio. Sin duda alguna, el procedimiento en este caso se convierte en un factor que fortalece la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de tal forma que ni es admisible que un derecho fundamental tan importante como la libertad de elegir y ser electo pueda ser limitado por el constituyente derivado, ni tampoco es admisible que un derecho de tanta relevancia como la vida y las patentes vinculadas con la salud se regulen en el contexto de un tratado que se refiere, prioritariamente, a la materia comercial. La interpretación progresiva en función de la ampliación, la defensa y el fortalecimiento de los derechos fundamentales resulta aplicable en este caso, como lo fue cuando la sala Constitucional emitió el voto 2771-2003. Realmente las normas del tratado (TLC-EUCARD) que fortalecen la propiedad intelectual en su capítulo XV suponen un sensible debilitamiento del derecho a la salud y la vida, lo que constituye una lesión al Estado social.

8. La inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio contenido en la sección B, "Solución de controversias inversionista-Estado" (capítulo X, "Inversión")

En el tema del arbitraje no puede ignorarse el desequilibrio de poder. En disputas comerciales, tanto en plano jurídico como extrajurídico, los países desarrollados y sus

transnacionales pueden imponerse. Los costes para un país menos desarrollado, tanto para presentar un reclamo contra un país desarrollado como para defenderse de una demanda de estos sectores, tiene una posición de desventaja en cualquier disputa que implique procesos complejos y caros.[46] A propósito de la diferencia de poder entre los contendientes, se ha mencionado que las relaciones entre Estados Unidos y Canadá se crisparon a causa del rechazo de Washington a las decisiones del TLCAN que favorecían al segundo.[47]

Tanto la Defensoría de los Habitantes como los diputados que plantearon la consulta sobre el Tratado consideran que las disposiciones contenidas en la sección B, "Solución de controversias inversionista-Estado", del capítulo X, "Inversión", son violatorias del derecho de la Constitución, básicamente por cuanto facultan al inversionista a someter de manera obligatoria y genérica al Estado costarricense a un proceso arbitral, violentando la potestad soberana del Estado para decidir si acude o no y qué asuntos someterá al proceso arbitral que propone el inversionista de una parte. Tal consentimiento genérico que desemboca en un proceso arbitral de carácter obligatorio se deduce de artículo 10.17 del Tratado, el cual dice:

> Artículo 10.17: Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje
> 1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado […].

Esta disposición significa que el Estado costarricense está dando una especie de consentimiento previo, genérico y para todos los casos que se le presenten. Evidentemente se trataría de una disposición inconstitucional, básicamente porque el arbitraje, para que lo sea, debe ser absolutamente voluntario y no puede interpretarse que esa voluntad sea establecida de una vez por todas, sino que debe manifestarse en cada caso concreto, en especial tomando en cuenta que hay ciertas materias que por su naturaleza no pueden ser objeto de arbitraje, tal como lo sería el ejercicio de ciertas potestades públicas.

El arbitraje obligatorio en virtud de la cláusula genérica que admite el Estado costarricense puede recaer sobre temas generales o garantías genéricas de inversión; de igual forma, abarca conflictos relativos a los "acuerdos de inversión" (concesión sobre bienes públicos) o sobre "autorización de inversión" (actos administrativos que se dictan respecto de las actividades de una empresa inversionista). Los conceptos que definen la materia arbitral son muy amplios y podrían abarcar cualquier contrato o concesión que otorgue el Estado, incluyendo cualquiera que tenga relación con recursos "naturales o activos controlados por autoridades nacionales" (artículo 10.28 del Tratado).[48] Al remitir a un arbitraje obligatorio sobre todas las materias, se propicia una privatización de lo que es, por esencia, público. El artículo 10.16 señala muy claramente que el inversor, según se define en el Tratado, "en caso de que considere

[46] Stiglitz y Charlton: o. cit., pp. 115-116.
[47] Chomsky, o. cit., p. 296.
[48] Véase Villalta Flórez-Estrada: o. cit., p. 197.

que no puede resolverse una controversia mediante consultas o negociación, a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue […]". E incluye cualquier controversia, sin excepción alguna, lo que abarcaría, impropiamente, desde el punto de vista constitucional, la potestad de imperio, los intereses o bienes públicos. Tómese en cuenta que la misma jurisprudencia de la Sala Constitucional ha determinado que el artículo 43 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a terminar sus disputas, de carácter patrimonial, por medio de árbitros, y que el ejercicio de tal derecho es estrictamente voluntario pues requiere de un acuerdo de voluntades entre las partes en conflicto. Como bien lo ha señalado esta Sala en anterior oportunidad:

> […] en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento 'cumplido' es decir, correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 'el derecho' de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes.[49]

De lo expuesto se desprende que la esencia del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, son las partes en conflicto las que deben seleccionar tanto los árbitros como el procedimiento dentro del cual aquellos van a sujetar su actuación y los efectos que tendrá la resolución final (laudo). Así entonces, el arbitraje es un método de resolución alternativa de conflictos con carácter constitucional, pero *para que lo sea debe ser voluntario*.[50]

Si se estableciera un arbitraje forzoso (o con un consentimiento previo, genérico y sin excepción), se estaría desnaturalizando esta figura y, por tanto, violando además del artículo 43 constitucional, el principio de soberanía nacional conforme al cual el gobierno —que actúa como representante del pueblo— tiene el derecho de decidir, por sí mismo, cuáles controversias con un inversionista resuelve mediante un proceso arbitral y cuáles no. Se trata de una cuestión a determinarse casuísticamente y que impide un consentimiento adelantando de forma genérica para todo tipo de controversias. El arbitraje forzoso sobre todas las materias, sin ninguna distinción, constituye una renuncia constitucionalmente inadmisible.

Con el TLC-EUCARD (Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana), los centroamericanos admiten que cualquier decisión de sus autoridades administrativas o judiciales que los inversionistas consideren una violación de un "acuerdo o de una autorización de inversión" pueda ser sometida al conocimiento de tribunales externos, sin que se exija demostrar la violación de cualquier otra disposición del tratado. Esta liberalidad del Tratado permite que tribunales integrados, en su mayoría, por árbitros que no conocen la realidad jurídica, social y

[49] Sentencia n.º 2307-95, de las 16 horas del 9 de mayo de 1995.
[50] Resolución n.º 2005-02995 de las 14.45 horas del 16 de marzo del 2005.

política de Costa Rica y que provienen de otros sistemas jurídicos, tendrían el poder de interpretar y aplicar la legislación costarricense al evaluar la actuación de las instituciones públicas.[51] Esta liberalidad pude incidir fácilmente en decisiones que tienen que ver con el Estado social y la política que debe caracterizarlo.

Conforme al artículo 43 de la Constitución, el arbitraje solo es admisible respecto de lo patrimonial, y es inadmisible que incluya, como se hace en el Tratado, los bienes e intereses públicos o la autoridad pública, al exigirse constitucionalmente que la ilicitud con consecuencias patrimoniales deba ser declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa, según las previsiones del artículo 49 de Constitución. Es decir, conforme a la norma constitucional recién citada, la valoración y el control respecto de la legalidad y las posibles indemnizaciones de las decisiones y actos estatales se reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa, disposición que se conculca con el arbitraje forzoso e indiscriminado que prevé el Tratado, según se ha expuesto. La violación del artículo 49 constitucional también supone una lesión al artículo 153 de la Constitución, que prevé la exclusividad de las funciones jurisdiccionales, entre ellas, por supuesto, las que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Además, también se está frente a una violación al principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), porque el Tratado establece una discriminación de trato para los inversionistas nacionales que se encuentran en suelo nacional, los cuales solo podrían optar por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que se les permita recurrir a un arbitraje internacional, mientras que los inversionistas extranjeros en territorio nacional sí tendrían esta opción y, con ello, una doble vía: la jurisdicción nacional o el arbitraje internacional. En estas condiciones, los inversionistas a los que se les reconocen los privilegios del capítulo 10 del TLC-EUCARD tendrían una injustificada ventaja frente al resto de los costarricenses, al poder exigir siempre la solución de controversias mediante arbitraje, a diferencia del resto de los inversionistas que tengan un conflicto con el Estado, quienes no tendrían esta posibilidad, salvo con las limitaciones que impone el artículo 43 de la Constitución Política. Así entonces, este consentimiento genérico contenido en el artículo 10.17 no es consonante con la Constitución, pues resulta contrario a sus artículos 33, 43, 49, 50 y 153. El arbitraje forzoso, dadas sus características, no garantiza de ninguna forma la vigencia de la política que debe caracterizar al Estado social de derecho.

En definitiva, los objetivos de la apertura comercial, y especialmente los tratados de libre comercio, no contienen, ni implícita ni explícitamente, los valores y la orientación que requieren la Constitución social y la ronda de desarrollo humano global y equitativo.

[51] Ibídem, p. 198.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 449-485, ISSN 1510-4974

Augusto Durán Martínez (Uruguay)*

Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional**

RESUMEN

Siempre ha sido difícil la ejecución de la sentencia anulatoria cuando no se ha contado con la buena voluntad de la Administración. Esa dificultad se ha visto no solo en el Uruguay sino en todo el mundo. No obstante, el mundo ha reaccionado. Al imponerse las ideas del neoconstitucionalismo en los países más avanzados se ha visto que la tutela judicial efectiva es un derecho humano, y que la ejecución de la sentencia y las medidas cautelares tendientes a posibilitar el cumplimiento de las sentencias forman parte de esa tutela judicial efectiva. Por tal razón, a partir de los esfuerzos realizados sobre todo en Alemania y España se comenzó a admitir con gran amplitud la adopción de medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación, y a aplicarse para la ejecución de la sentencia anulatoria los institutos comunes del derecho procesal. Lamentablemente esto en el Uruguay no ha ocurrido, pese a que no hay ningún obstáculo jurídico para ello.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, tutela jurisdiccional efectiva, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, astreintes, Uruguay.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Durchsetzung von Aufhebungsurteilen ohne die Kooperation der Verwaltung war schon immer ein schwieriges Unterfangen. Diese Schwierigkeit ist nicht nur in Uruguay, sondern weltweit zu beobachten. Die Welt hat jedoch darauf reagiert. Zusammen mit der Idee des Neokonstitutionalismus in den am weitesten entwickelten Ländern setzte sich die Vorstellung durch, dass ein effektiver Rechtsschutz ein Menschenrecht darstellt und dass die Durchsetzung eines Urteils und die vorbeugenden Maßnahmen, mit deren Hilfe die Ausführung von Urteilen ermöglicht wird, Teil dieses effektiven Rechtsschutzes sind. Deshalb werden vor allem infolge der in Deutschland und Spanien unternommenen Anstrengungen im

---

* Profesor titular de Derecho Público II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor titular de Derecho Administrativo, director del Departamento de Derecho Administrativo y decano emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. ‹hduran@adinet.com.uy›

** Exposición en el marco de las IV Jornadas Académicas en homenaje al Prof. Dr. Mariano Brito, organizadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Fundación Konrad Adenauer y celebradas en Montevideo los días 4 y 5 de junio de 2009.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Aufhebungsverfahren zunehmend in großem Umfang vorbeugende Maßnahmen verfügt, während gleichzeitig auf die üblichen prozessrechtlichen Mittel zur Durchsetzung von Annullierungsurteilen zurückgegriffen wird. Leider geschieht dies bisher nicht in Uruguay, obwohl dem keine rechtlichen Hindernisse entgegen stehen.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus, effektiver gerichtlicher Schutz, Verwaltungsgericht, Verzugsstrafen, Uruguay.

ABSTRACT

Enforcement of annulment judgments has always been difficult absent the good will of the administration. This difficulty has not only existed in Uruguay but throughout the world. However, the world has reacted. With the imposition of neoconstitutionalism ideas in the most advanced countries, effective court protection has been viewed as a human right and enforcement of judgments and precautionary measures aimed at enabling execution of judgments is a part of this effective court protection. This is why, based on efforts made mainly in Germany and Spain, the adoption of precautionary measures began to be widely accepted in administrative litigation for annulment, and regular procedural law instruments began to be applied for the enforcement of annulment judgments. Unfortunately, this has not happened in Uruguay although there are no legal obstacles for it to occur.

Keywords: neoconstitutionalism, effective court protection, Court of Administrative Litigation, Uruguay.

I. El tiempo y la cultura

1. Aparicio Méndez, al final de su excelente libro *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo,* expresó:

> La ejecución de sentencia en cuanto impone a la Administración, con todos sus poderes y medios, el cumplimiento de una decisión jurisdiccional, está más en el dominio de la ética, de la cultura cívica y política, que en el del derecho […] En esta como en todas las disciplinas, llegamos siempre a la misma conclusión. La técnica, como medio para obtener un fin, no puede superar el orden natural, y el orden natural, cuando se trata del derecho, está identificado sustancialmente con el hombre. La realidad del derecho dependerá necesariamente más que de la técnica jurídica del elemento humano que la mueve.[1]

2. De esta reflexión quiero destacar dos cosas: una de tipo temporal, y otra, la referencia que allí se hace a la cultura.

[1] A. Méndez: *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*. Montevideo: Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, 1952, pp. 210 ss.

3. El libro aludido se publicó en diciembre de 1952, pocos meses después de la entrada en vigencia de la Constitución que creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Lo expuesto basta para comprender que las dificultades indicadas por el autor para la ejecución de la sentencia anulatoria no se basaban en la experiencia nacional que, por lo dicho, era inexistente, o prácticamente inexistente, sino en la extranjera, sobre todo la europea, que era la de mayor conocimiento en nuestro medio.

Si bien en esa época ya regían las nuevas constituciones de Italia y Alemania que iniciarían una verdadera revolución en el mundo del derecho, eran todavía muy jóvenes: la peninsular tenía escasos cinco años, y la germana apenas tres.

La monumental obra de sus respectivos tribunales constitucionales recién empezaba. El resto de Europa continental se incorporará al *neoconstitucionalismo* bastante tiempo después.

Vale decir que prácticamente Europa entera y, por cierto, toda América Latina permanecían todavía en épocas del Estado legislativo. La consolidación del Estado constitucional requeriría bastante tiempo más, lo que se lograría entre otras cosas con los importantes aportes de la Constitución de Portugal de 1976 y la de España de 1978.

Además, si bien Bachof había pronunciado ya su célebre lección inaugural de Heidelberg en la cual planteaba la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas constitucionales por colidir con el derecho metapositivo[2] —hago notar que no dice *metajurídico*, sino *metapositivo* (*suprapositivo y supralegal* es la palabra que figura en la versión portuguesa[3])—, cabe advertir que la primera traducción al castellano se publicó en el año 2008 y la primera versión en portugués en 1977. Si bien Méndez estaba familiarizado con la doctrina alemana, difícilmente pudo haber conocido, al momento de escribir su libro, tal lección, pronunciada en julio de 1951 pero publicada a fines de ese año.[4] No eran esos tiempos de internet.

Con esto queda claro que en 1952 no podíamos ser conscientes en el Uruguay del fenómeno jurídico que se estaba gestando.

4. El otro aspecto que quería destacar de las reflexiones de Méndez es su alusión a la cultura. Acierta Méndez cuando hace depender el cumplimiento de la sentencia anulatoria de la cultura cívica y política.

Tan importante es la cultura —la que, por cierto, no es incompatible con lo jurídico, como parece desprenderse del pasaje de Méndez ya citado— que Häberle ha propuesto una revisión de los elementos del Estado a los efectos de añadir la cultura (la Constitución es parte de esa cultura) y mirar los demás elementos del Estado desde esa perspectiva cultural.[5]

---

[2] O. Bachof: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?,* Lima: Palestra, 2008, pp. 46 ss.

[3] O. Bachof: *Normas constitucionais inconstitucionais?,* Coimbra: Almedina, 1994, pp. 2 ss., p. 55 y p. 62.

[4] Advierto por otra parte que Méndez no incluye esta obra en la bibliografía empleada.

[5] P. Häberle: *El Estado constitucional,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 21.

5. Si bien nuestras primeras constituciones adoptaron un sistema judicialista, extraído fundamentalmente de la Constitución de Cádiz de 1812 y de otras latinoamericanas inspiradas también en ella, como la de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1826,[6] con la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en 1952, se introdujo una fuerte bocanada de influencia francesa en la materia que prendió muy bien en una sociedad afrancesada, por lo menos en la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX.

Todo sistema de control jurisdiccional de la Administración se edifica en tutela de los derechos o intereses de las personas. Pero el de la dualidad de jurisdicción originado en Francia aparece además en tutela de la Administración. Es más, el Tribunal de Conflictos se concibe, en buena medida, para evitar la injerencia de la justicia judicial en los asuntos en que el Estado es demandado.[7]

Bénoit muestra de manera clara cómo la dualidad de jurisdicción no nace de golpe con la creación del Consejo de Estado con la Constitución del año VIII, sino que se gesta lentamente en una natural evolución de las instituciones políticas francesas desde el período feudal, pasando por la creación del Consejo del Rey en el período absolutista, se asienta con los edictos de Luis XIII de febrero de 1641 (Edicto de San Germán) y de Luis XIV de 8 de julio de 1661, que impiden a los Parlamentos intervenir en los litigios contra la Corona, lo que en definitiva se confirma y profundiza *mutatis mutandis* a través de varias leyes de la Revolución.[8]

Desde esta visión, que es la que predomina en la actualidad,[9] se comprende que Mestre haya presentado al Consejo de Estado con dos caras, como Jano: por un lado, aparece como protector de los derechos de los administrados y, por otro, como protector de las prerrogativas de la Administración.[10] Sugestivamente su libro se tituló *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration.* No puede mucho esto extrañar puesto que el Consejo de Estado nació en las propias entrañas de la Administración y allí permanece.

6. Debemos tener en cuenta, por otro lado, que, aunque a través de la Constitución de Cádiz, recibimos las ideas de la Revolución Americana, ideas que ya eran conocidas en el período artiguista. Admitimos así la concepción norteamericana de Constitución como verdadera norma jurídica que se aplica directamente a la sociedad.

---

[6] A. Durán Martínez: "El contencioso administrativo de anulación en el uruguay y el derecho comparado", en A. Durán Martínez (ed.): *Estudios de derecho público,* Montevideo, 2008, vol. II, p. 373.

[7] A. De Laubadére: *Traité de droit administratif,* París: LGDJ, 6.ª ed., 1973, vol. I, pp. 410 ss.

[8] F. P. Bénoit: *Le droit administratif français,* París: Dalloz, 1968, pp. 275 ss.; A. Durán Martínez: *Contencioso administrativo,* Montevideo: FCU, 2007, pp. 514 ss.

[9] F. Monnier: "L'Ancien régime", en *Le Conseil d' État, de l'An VIII à nos jours*. París: Adam Biro, 1999, pp. 12 ss.; F. Arnoult y E. Monnier: *Le Conseil d' État. Juger, conseiller, servir*. París: Découvertes Gallimard, 1929, pp. 11 ss.

[10] A. Mestre: *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration,* París: LGDJ, 1974, pp. 11 ss.

Incorporamos además desde 1830 a la Constitución un catálogo de derechos que se fue incrementando con las posteriores constituciones, y desde 1918 tenemos el emblemático artículo 72.

Sin embargo, con total inconsecuencia en virtud de ese sustrato cultural francés que caracterizó a nuestra sociedad, en los hechos construimos un verdadero Estado legislativo, cuando desde 1830 estaban ya los cimientos de un Estado constitucional.

7. No puede perderse de vista, por último, que cuando se crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo era todavía muy fuerte en el Uruguay la influencia del *paleopositivismo,* como lo llama Ferrajoli.[11]

8. Se puede comprender entonces que en esa primera etapa de la vida de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo no se hablara de las astreintes como instrumento procesal para ejecutar una sentencia anulatoria; el embargo y la ejecución forzosa de bienes del Estado apareciera como inconcebible; las medidas cautelares —que tan útiles son para facilitar y, a veces, hasta posibilitar el cumplimiento de las sentencias— fueran impensables; el artículo 24 de la Constitución fuera leído con criterio restringido, abarcador solamente de daños producidos por la actividad administrativa y consagratorio de un criterio subjetivo de imputación de responsabilidad, y que no se admitiera la responsabilidad directa de los funcionarios.

9. Ante este panorama se creó una situación que provocó el lamento unánime de la doctrina, que hasta ahora tiene el mismo efecto que el lamento del pato en la barriga del lobo que Pedro ingeniosamente cazó.

II. El mundo

1. En tiempos del *neoconstitucionalismo*,[12] Europa, que vivía una situación en la materia muy parecida a la nuestra, cambió radicalmente.

2. Se comienza a abandonar la tajante separación entre moral y derecho y la neutralidad del derecho que pregona el paleopositivismo.[13]

---

[11] L. Ferrajoli: "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2006, p. 14; L. Ferrajoli: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid: Trotta, 2006, p. 26.

[12] Sobre neoconstitucionalismo, véase Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* o. cit.; A. Durán Martínez: *En torno al neoconstitucionalismo*, en prensa; C. E. Guariglia: *Presunción de constitucionalidad de las leyes,* Buenos Aires: La Ley, 2009, pp. 73 ss.

[13] Ferrajoli: *Garantismo…*, o. cit., pp. 24 ss.

Las constituciones adoptan un contenido ético, se cargan de valores, parten de la dignidad humana[14] e incorporan un catálogo de derechos en una enumeración no taxativa sino abierta a los que se descubran con el progreso del conocimiento humano.[15]

La dignidad humana adquiere lugar central en el universo jurídico[16] y así los derechos fundamentales regulan con rango máximo.[17]

Se reconoce a la Constitución la condición de verdadera norma jurídica, con fuerza vinculante y de mayor valor, de aplicación directa a la sociedad, por lo que puede ser aplicada por todos los operadores del derecho sin la intermediación de la ley.[18]

Esto, unido a la incorporación de principios, lleva a que la Constitución sea *sobreinterpretada*[19] y hace que el juez haya dejado de ser un autómata aplicador del derecho.

La supremacía constitucional impone la interpretación conforme a la Constitución de toda la normativa infravalente, a los efectos de que toda ella se ajuste al sistema de valores de la Carta.[20]

De esta manera, se produce lo que Guastini llamó "la constitucionalización del ordenamiento jurídico",[21] lo que es asegurado por la adopción de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes.[22]

Así, se desplazó a la ley del lugar prominente que tenía y este pasó a ser ocupado por la Constitución. Del imperio de la ley se pasó al imperio de la Constitución o, más bien, del bloque de constitucionalidad,[23] para comprender los derechos humanos que son metapositivos —como decía Bachof— y por ende supraconstitucionales, y no pueden ser desconocidos por ninguna norma *puesta*. Del Estado legislativo se pasó al Estado constitucional.

Bien se comprende entonces que, en este esquema, el juez independiente pase a adquirir máxima relevancia, al convertirse en la máxima garantía de los derechos humanos.[24] El papel del juez se incrementa sensiblemente y con ello, también, su responsabilidad.

3. Sobre esta base, la jurisprudencia provocó la revolución jurídica ya señalada y cambió radicalmente la situación en lo que refiere a la ejecución de las sentencias,

---

[14] Por ejemplo, el artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn dice: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

[15] E. García de Enterría y T. R. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo,* 4.ª ed., Madrid: Civitas, 1983, t. I, p. 128; L. Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* o. cit., pp. 124 ss.

[16] Häberle: o. cit., pp. 169 ss.; J. González Pérez: *La dignidad de la persona,* Madrid: Civitas, 1986, pp. 85 ss.; J. González Pérez: "La dignidad de la persona y el derecho administrativo", en *II Congreso Ibero Americano de Direito Administrativo,* Curitiba: Juruá, 2007, pp. 6 ss.

[17] R. Alexy: "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* o. cit., pp. 32 ss.

[18] R. Guastini: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *VV* Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* o. cit., pp. 52 ss.

[19] Ibídem, pp. 53 ss.

[20] Ibídem, pp. 56 ss.; K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho,* Barcelona: Ariel, 1994, pp. 337 ss.

[21] Guastini: o. cit., pp. 49 ss.

[22] Ibídem, pp. 51 ss.

[23] Guariglia: o. cit., pp. 195 ss.

[24] Ferrajoli: *Garantismo…,* o. cit., p. 96.

objeto hoy de nuestros desvelos. A modo de ejemplo referiré brevemente a lo ocurrido en España.

El artículo 24 de la Constitución española recoge expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva y el 117 parte de la base de que la función jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

A partir de estas disposiciones, el Tribunal Constitucional elaboró una valiosísima jurisprudencia que consideró que la ejecución de la sentencia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que puede ser regulado por la ley pero sin afectar su contenido esencial. Se consideraron inconstitucionales las leyes que disponían inembargabilidades genéricas de bienes del Estado por obstaculizar la ejecución de las sentencias y se admitieron los institutos comunes del derecho procesal para esa ejecución. También se declararon inconstitucionales las leyes que prohibían la suspensión de los efectos de los actos administrativos; se dijo que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso".[25]

Por vía jurisprudencial, así, se comenzó a imponer astreintes, a admitir embargos, a proceder a ejecuciones forzosas para el cumplimiento de las sentencias, a fijar medidas cautelares con máxima amplitud y a responsabilizar a los organismos estatales y a los funcionarios por el incumplimiento de las sentencias.

Y todo esto —apoyado, por cierto, por la doctrina— fue luego poco a poco recogido por la ley. Es decir, basándose en principios, el juez provocó el cambio de la legislación, la cual, en definitiva, al recoger sus soluciones siguió el sendero trazado por la jurisprudencia.

III. La comarca

1. En el estado actual de nuestro derecho positivo es posible aplicar, en sus lineamientos básicos, las soluciones españolas indicadas.

En los últimos años, por esa razón, con Cajarville Peluffo[26] y Delpiazzo,[27] hemos[28] emitido opiniones bastante coincidentes en tal sentido.

---

[25] L. Martín Rebollo: *Leyes administrativas,* Pamplona: Thomson-Aranzadi, 14.ª ed., 2008, pp. 127 ss., 169 ss. y 1313 ss.

[26] J. P. Cajarville Peluffo: "Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya", en J. P. Cajarville Peluffo: *Sobre derecho administrativo,* Montevideo: FCU, 2007, t. II, pp. 565 ss., 577 ss. y 587; ídem: "Visión actual del contencioso administrativo uruguayo", en Cajarville Peluffo: o. cit., t. II, pp. 601 ss. y 602 ss.; ídem: "Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal", en C. E. Delpiazzo (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo: FCU, 2008, pp. 925 ss.

[27] C. E. Delpiazzo: *Derecho administrativo uruguayo*. México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 448 ss.; ídem: "Medidas cautelares frente a la Administración", en *Anuario de Derecho Administrativo,* Montevideo: FCU, 2008, t. XV, pp. 63 ss.; ídem: "Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva", en Delpiazzo (coord.): o. cit., pp. 967 ss.

[28] A. Durán Martínez: "Ejecución de la sentencia anulatoria. Una mirada al derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo", en A. Durán Martínez: *Estudios…*, o. cit., vol. II, pp. 279 ss.; ídem: "Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso

Las exposiciones de los profesores Graciela Ruocco, Rodrigo Ferrés, Diego Gamarra y Mariana Presno en las VI Jornadas Académicas continuaron y, en algunos puntos, profundizaron estas ideas, por lo que se puede afirmar que existe en el Uruguay, por lo menos en lo que refiere a la aplicación de los instrumentos comunes del derecho procesal para la ejecución de las sentencias y en lo que refiere a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias, una doctrina especializada ya arraigada.

2. No se puede dudar de que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano; aunque sea, por haber sido recogido en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Y, por esa razón, es de esos derechos contenidos en el artículo 72, lo que le asigna, para algunos,[29] naturaleza constitucional y, en mi opinión,[30] supraconstitucional.

Lo expuesto indica que la ley, al regular la tutela jurisdiccional efectiva, no puede afectar su contenido esencial. Y si lo hace, deviene inconstitucional. Y si no hay ley, nada impide a la jurisprudencia aplicar directamente el principio.

3. Pacíficamente se admite hoy en día que las medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de las sentencias y las conminaciones económicas, embargos y ejecución forzosa finalizadas al cumplimiento de las sentencias forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva.[31]

---

administrativo uruguayo", en Durán Martínez: *Estudios…*, o. cit., vol. II, pp. 357 ss.; ídem: *El contencioso administrativo de anulación…,* o. cit., pp. 383 ss.; ídem: "Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias", en *Estudios Jurídicos,* n.º 6, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2009, pp. 65 ss.; ídem: "La responsabilidad hacia la Administración en el derecho administrativo uruguayo", en *Revista de Derecho Público*, n.º 35, 2009; ídem: *Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguaya*, México: Fundación Konrad Adenauer, en prensa.

[29] J. P. Cajarville Peluffo: "Relaciones de los 'principios generales' con otras fuentes del derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo", en M. R. Brito, J. P. Cajarville Peluffo, C. E. Delpiazzo y A. Durán Martínez: *Los principios en el derecho administrativo uruguayo,* Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009, p. 70.

[30] A. Durán Martínez: "Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. aplicación por el legislador, el administrador y el juez", en Brito, Cajarville, Delpiazzo y Durán: o. cit., pp. 114 ss.

[31] J. González Pérez: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1989, pp. 256 ss.; E. García de Enterría: *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 285 ss.; S. Galera Rodrigo: *Sistema europeo de justicia administrativa,* Madrid: Dykinson, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, 2005, pp. 131 ss.; J. C. Cassagne y P. E. Perrino: *El nuevo proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 322 ss.; F. R. García Pullés: *Tratado de lo contencioso administrativo,* Buenos Aires: Hammurabi, 2004, t. 2, pp. 797 ss.; P. Aberastury: *La justicia administrativa,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 329 ss.; E. B. Sacristán: "Medidas cautelares y recurso extraordinario", en J. C. Cassagne (dir.): *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa,* Buenos Aires: Lexis Nexis y UCA, 2007, p. 385; V. R. Hernández-Mendible: "Cuarenta años de la historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano", en *Revista de Derecho Público,* n.º 30, Montevideo: FCU, 2007, pp. 155 ss.; J. P. Cajarville Peluffo: "Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo", en J. P. Cajarville Peluffo: *Sobre derecho administrativo,* 2.ª ed. ampliada, Montevideo: FCU, 2008, t. II, pp. 665 ss.; C. E. Delpiazzo: "Medidas cautelares frente a la Administración", en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo: FCU, 2008, t. XV, p. 63.; F. Cordón Moreno: "El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978", en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*. Navarra: Aranzadi,

4. Nadie discute que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ejerce en el proceso anulatorio función jurisdiccional. Y nadie discute que la función jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Con relación a la función jurisdiccional ejercida por el TCA, ello se desprende además expresamente de la interpretación armónica de los artículos 1, 2 y 6 de la ley 15750, del 24 de junio de 1986.

5. El artículo 310 de la Constitución, cuando dice que el Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo, refiere al contenido de la sentencia definitiva pero no comprende las resoluciones que disponen medidas cautelares o los actos dictados para ejecutar una sentencia. No puede, pues, invocarse este artículo para limitar sus potestades en materia de medidas cautelares o de ejecución de sentencia.

Al no poder invocarse ese artículo en estos ámbitos, procede aplicar el principio de la tutela judicial efectiva y efectuar una interpretación de la normativa infravalente conforme a él.

6. En virtud de lo establecido en los artículos 58 y 104 del decreto-ley 15524, del 9 de enero de 1984, he entendido que en el marco de la acción anulatoria rige el citado decreto-ley y sus modificativas y el Código de Procedimiento Civil y sus modificativas en lo que no sean incompatibles con los primeros. En los puntos no regulados por las normas antedichas, podría tener aplicación en subsidio el Código General del Proceso en lo que sea conciliable con las características del proceso anulatorio.[32]

No obstante, advierto que la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo sostiene la derogación plena del CPC, por lo que entiende aplicable el CGP en subsidio del decreto-ley 15524 y sus modificativas.[33]

7. En materia de medidas cautelares, si se entiende procedente mi tesis corresponde la aplicación del artículo 62 de la ley 13355, del 17 de agosto de 1965 (Ley de Abreviación de Juicios).

Es cierto que el inciso final de ese artículo impide que esas medidas cautelares se apliquen "contra el Estado o personas jurídicas de Derecho Público".

Pero por las mismas razones que el Tribunal Constitucional español consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos como medidas cautelares, también se debe considerar inconstitucional la prohibición de la Ley de Abreviación de Juicios.

1999, pp. 207 ss. y 213 ss.; J. González Pérez: *Ley de jurisdicción contencioso-administrativa (jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional),* Madrid: Civitas, 1992, p. 467; ídem: *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Madrid: Civitas: 1994, p. 1289; L. Martín Rebollo: "1978-1998: veinte años de Derecho Administrativo post constitucional", en *20 años de ordenamiento constitucional*, o. cit., pp. 258 ss.; Durán Martínez: "Ejecución…", o. cit., p. 297.

32 A. Durán Martínez: *Contencioso administrativo,* Montevideo: FCU, 2007, p. 308.

33 Ibídem, pp. 304 ss.

En ambos casos se afecta el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva porque las medidas cautelares pueden llegar a ser determinantes para la ejecución de la sentencia.

Ese inciso final del artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios, poniéndome en una cómoda posición positivista, era inconstitucional con relación a la Constitución de 1952 por ser incompatible con un derecho comprendido en su artículo 72. Y en esa misma cómoda posición positivista, cabe decir que hoy está derogado por la Constitución de 1967 por oposición superviniente, pues esta Carta reprodujo el artículo 72 en los mismos términos. A mayor abundamiento, procede sostener su derogación, además, por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si se comparte la tesis de la Procuraduría del Estado, corresponde la aplicación de las medidas cautelares previstas en los artículos 311 y siguientes del CGP.

Como no existen diferencias esenciales en ambas normativas en este punto, no me interesa explayarme en él. En ambos casos, las medidas cautelares son previstas con gran amplitud. Todas ellas proceden, además, de la suspensión de los efectos del acto prevista en los artículos 2 y 3 de la ley 15869, del 22 de junio de 1987.

Una interpretación conforme a la Constitución lleva a esta interpretación y a una ampliación de las medidas cautelares con máxima amplitud a los efectos de no dificultar el cumplimiento de una eventual sentencia anulatoria y no neutralizar el derecho a la tutela judicial efectiva.[34]

8. En cuanto a la ejecución de las sentencias, los profesores Rodrigo Ferrés y Mariana Presno, con gran rigor científico, sostuvieron la aplicación de los instrumentos comunes del derecho procesal, como ya se venía sosteniendo en doctrina.

Mariana Presno sostuvo con razón la aplicación de las normas del CGP en materia de astreintes y Rodrigo Ferrés encaró muy bien el tema de los embargos y la ejecución forzosa. Admitió la interpretación restrictiva del término *Estado* que figura en el artículo 478 de la ley 17930, de 19 de diciembre de 2005, por mí propiciada,[35] y según parece compartida por Ettlin en un reciente libro,[36] y la inconstitucionalidad de la solución impuesta en el CGP y su ley interpretativa respecto de la inembargabilidad genérica de los bienes del Estado y de los gobiernos departamentales, como se sostuvo en España.

9. El Tribunal debe, pues, admitir con amplitud la medidas cautelares que se le planteen y proceder a los institutos comunes de ejecución de sentencias incluyendo la aplicación de astreintes, disponer embargo y ejecución forzosa contra cualquier bien de los entes autónomos y servicios descentralizados, y en caso de bienes del Estado y de los gobiernos departamentales promover de oficio la inconstitucionalidad de la ley que declara esos bienes inembargables, sin perjuicio de que ello lo pueda hacer también el interesado.

---

[34] Durán Martínez: *Medidas cautelares…*, o. cit.

[35] Durán Martínez: "Ejecución", o. cit., pp. 367 ss.; ídem: "Algunas cuestiones …", o. cit., pp. 80 ss.

[36] E. Ettlin: *Procesos de ejecución de sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado,* Montevideo: Amalio M. Fernández, 2008, p. 121.

Esta es la única actitud que corresponde en los tiempos que corren. Las vacilaciones de medio siglo atrás, a esta altura del conocimiento jurídico, son inadmisibles. Estamos en otro tiempo y con otra cultura jurídica, muy distinta de la vivida en el Uruguay del tercer cuarto del siglo pasado.

Por otra parte, no se puede sostener, como lo hizo Mestre con relación al Consejo de Estado hace 35 años, que el Tribunal es protector de las prerrogativas de la Administración. Esto no surge de nuestro texto constitucional ni fue esa la intención de sus redactores, por lo que la tradición francesa no nos es aplicable. Si bien el contencioso francés ha influido mucho en el uruguayo, no hemos efectuado una copia servil. Hay muchas diferencias, por lo que hay que ser muy cuidadoso cuando pretendemos trasladar soluciones francesas a nuestro país. El Tribunal es un órgano protector de los derechos e intereses directos, personales y legítimos de las personas, pero no de las prerrogativas de la Administración.

Eso no quiere decir que el Tribunal deba desconocer esas prerrogativas. Debe proteger los derechos e intereses referidos, respetando las prerrogativas de la Administración. Pero eso es muy distinto a decir que el Tribunal es un protector de las prerrogativas de la Administración, prerrogativas que, por otra parte, son mucho menores de lo que comúnmente se dice. Erigir al Tribunal en protector de las prorrogativas de la Administración significa proteger al más fuerte, y desconocer que la cultura de derechos humanos que vivimos significa el predominio de —como dice Ferrajoli— la *ley del más débil.*[37]

Una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad impone esta solución.

10. El incumplimiento de la sentencia compromete la responsabilidad de la entidad incumplidora y de la omisa en ejercer los poderes de control que la Constitución le confiere.[38]

Muy interesante e inteligente es el desarrollo de la profesora Graciela Ruocco en cuanto a la posibilidad de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en aplicación del artículo 507 del CPC, obligue a la persona estatal omisa a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución o a que se ejecute la sentencia a costa del perdidoso, si es posible, a elección del acreedor. Bueno sería meditar este punto que, en mi conocimiento, no ha sido tratado en doctrina.

Pero ese incumplimiento puede también comprometer la responsabilidad del Estado, por omisión del Tribunal, si se abstiene de hacer ejecutar lo juzgado. El Tribunal no puede limitarse a juzgar y omitir hacer ejecutar lo juzgado. Si lo hace, fracciona la función jurisdiccional que la Constitución le confirió y compromete su responsabilidad. Lo mismo si la inejecución se produce por no haberse adoptado a tiempo las medidas cautelares que se deba adoptar. Ya se ha comenzado a admitir en

[37] L. Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid: Trotta, 2008, pp. 51 ss.
[38] Durán Martínez: "Algunas cuestiones…", o. cit., pp. 71 ss.

doctrina la responsabilidad del Estado por irregular prestación de los servicios judiciales por otros supuestos además de sentencias definitivas erróneas.[39]

11. Esas responsabilidades comprometidas pueden también comprometer la de los funcionarios que no cumplen o no hacen ejecutar las sentencias cuando debieron haberlo hecho, o no admitieron medidas cautelares que correspondía y se frustra así el cumplimiento del fallo.

Y esa responsabilidad funcional puede ser directa. El artículo 111 de la ley 15750, del 24 de junio de 1985, cuando refiere a la responsabilidad civil de los jueces por actos propios de su función, se remite genéricamente a la Constitución de la República. Estamos pues ante una interpretación constitucional.

La responsabilidad indirecta como única posible no surge de los artículos 24 y 25 de la Constitución. Fue una lectura forzada, guiada por una disposición transitoria (literal T de las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución de 1952) que ya no existe, y efectuada en un marco cultural muy distinto del actual.

Con gran solvencia ha explicado el Dr. Diego Gamarra este punto, lo que contribuye a consolidar una doctrina[40] que está teniendo cierta recepción jurisprudencial[41] que seguramente con el tiempo se impondrá pues se trata de la interpretación de la Constitución que más se ajusta al Estado constitucional.

Hay que ser, por cierto, muy cuidadosos, ponderados y razonables en esto, porque un mal empleo de esta responsabilidad puede provocar efectos contraproducentes además de injustos. Pero lo que no se puede perder de vista es que el Estado constitucional de derecho no admite islas de irresponsabilidad. Sería conveniente aquí una ley que regulara el punto y diera las garantías del caso sin afectar el contenido esencial de la responsabilidad, ya que ella es, por lo menos, de naturaleza constitucional.

Nieto, convencido de que sin una efectiva responsabilidad personal del funcionario no se pueden disminuir los daños causados por el Estado, propuso la siguiente fórmula para complementar la responsabilidad institucional del Estado con la personal del autor material del daño:

> Primero. El damnificado puede, a su elección, dirigirse contra el Estado, contra el autor o contra ambos.
>
> Segundo. Si se dirige contra el Estado y prospera su reclamación, aquél puede ejercitar una acción de regreso contra el autor personal. El funcionario es

[39] J. Barbagelata: "Responsabilidad del Estado por la irregular prestación del servicio de Justicia", en J. C. Cassagne y otros: *Responsabilidad del Estado,* Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, y Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 401 ss.

[40] M. Risso Ferrand: "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", en *Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y jurisdicción,* Buenos Aires: Editorial Universidad. 1995, pp. 11 ss.; A. Durán Martínez: "La responsabilidad hacia la Administración en el derecho administrativo uruguayo", en *Revista de Derecho Público*. n.º 35, Montevideo: FCU, 2009, pp. 81 ss.

[41] A. Nieto: "Responsabilidad personal y responsabilidad institucional de la Administración Pública", en Cassagne y otros: *Responsabilidad*…, pp. 170 ss.

> responsable si ha actuado con dolo, negligencia o imprudencia graves o antes de producirse o consumarse el daño ha sido requerido (como sucedía con la ley de 1904) para que actúe correctamente.
>
> Tercero. Si la víctima se dirige contra el autor material del daño, será codemandada la Administración Pública, que responderá subsidiariamente del pago de la indemnización. Con lo cual se asegura en todo caso el resarcimiento económico de los perjuicios.
>
> Cuarto. El particular podrá requerir a la persona física competente en la tramitación o resolución del procedimiento para que actúe regularmente, evite los daños concretos que puedan producirse o cese en la causación de los ya producidos. Conforme a lo que acaba de decirse, el requerimiento desatendido sin justificación implicará automáticamente la culposidad del autor. Si el particular ignorase quién es la persona física eventualmente responsable dirigirá el requerimiento al jefe superior del departamento administrativo, quien procederá a la identificación de la persona responsable. La ausencia o demora de esta identificación e inmediato traslado del requerimiento extenderá a la persona del jefe superior la responsabilidad solidaria del autor material del daño.[42]

Y enseguida agregó:

> En su conjunto se trata de un sistema sencillo en el que se acumulan dos objetivos esenciales: por un lado, la percepción de una indemnización suficiente garantizada por un deudor solvente; y por otro, la evitación de muchos daños como consecuencia psicológica de la amenaza de una responsabilidad personal, frente a la que el autor material no puede quedar indiferente por contraste con lo que sucede actualmente con la responsabilidad institucional, que no afecta al patrimonio personal del autor.[43]

Salvo en lo que refiere a la acción de repetición del Estado contra el funcionario, para la que el artículo 25 de nuestra Constitución exige dolo o culpa grave, todo lo demás propuesto por Nieto es aplicable en nuestro medio.

12. Bueno sería, así, que se dictaran leyes en todos estos puntos en el sentido indicado en este trabajo, como ocurrió en España y otros países. Siempre las buenas leyes aclaran y ayudan a tutelar los derechos.

Pero si no son buenas y son limitativas, la enmienda resulta peor que el soneto, por lo que es preferible no tenerlas. Al fin de cuentas, no se necesitan. En el estado actual del derecho positivo uruguayo, nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo se encuentra en posición mucho más cómoda que el Tribunal Constitucional español cuando comenzó a producir su tan elogiable jurisprudencia. Ello no solo por la

[42] Ibídem, p. 171.
[43] Ibídem

posibilidad de la aplicación del Código de Procedimiento Civil o del Código General del Proceso, en su caso, sino porque para una jurisprudencia basada en los principios expuestos en este trabajo no necesitamos los renovadores conceptos del neoconstitucionalismo: prácticamente los podemos sostener en nuestro país desde 1830.

No soy muy optimista en cuanto a mover al Poder Legislativo en estos temas. El sistema político no se ha visto muy receptivo en cuanto a tomar la iniciativa en la materia. Pero si el Tribunal se mueve, el Poder Legislativo también lo hará, como ocurrió en España. Y si nuestro legislador no atiende las sabias señales jurisprudenciales como lo hizo el español y no se dicta ley alguna, quedará la gloria imperecedera en la jurisprudencia administrativa que imponga las soluciones aquí indicadas.

Siento en estos momentos una sana envidia por los señores ministros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Si hacen lo que tienen que hacer, recordando la pertinente expresión de Churchill, podríamos decir que en nuestro país nunca *tantos habrán debido tanto a tan pocos*.

Bibliografía

Aberastury, P.: *La justicia administrativa,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

Alexy, R.: "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en M. Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2006.

Arnoult, E., y F. Monnier: *Le Conseil d'État. Juger, conseiller, servir,* París: Découvertes Gallimard, 1929.

Bachof, O.: *Normas constitucionais inconstitucionais?,* Coimbra: Almedina, 1994.

— *¿Normas constitucionales inconstitucionales?,* Lima: Palestra, 2008.

Barbagelata, J.: "Responsabilidad del Estado por la irregular prestación del servicio de Justicia", en J. C. Cassagne y otros: *Responsabilidad del Estado,* Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, y Rubinzal-Culzoni, 2008.

Bénoit, F. P. : *Le droit administratif français,* París: Dalloz, 1968.

Cajarville Peluffo, J. P., "Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya", en J. P. Cajarville Peluffo: *Sobre derecho administrativo,* t. II, Montevideo: FCU, 2007.

— "Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal", en C. E. Delpiazzo (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo: FCU, 2008.

— "Relaciones de los 'principios generales', con otras fuentes del derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo", en M. R. Brito, J. P. Cajarville Peluffo, C. E. Delpiazzo y A. Durán Martínez, *Los principios en el derecho administrativo uruguayo*. Montevideo, Amalio M. Fernández, 2009.

— *Sobre derecho administrativo,* 2.ª ed. ampliada, t. II, Montevideo: FCU, 2008.

— "Visión actual del contencioso administrativo uruguayo", en J. P. Cajarville Peluffo: *Sobre derecho administrativo,* t. II, Montevideo: FCU, 2007.

Carbonell, M. (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2006.

Cassagne, J. C., y P. E. Perrino: *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires,* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

Cordón Moreno, F.: "El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978", en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi,* Navarra: Aranzadi, 1999.

De Laubadére, A.: *Traité de droit administratif,* vol. I, París: LGDJ, 6.ª ed., 1973.

Delpiazzo, C. E.: *Derecho administrativo uruguayo,* México: Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa, 2005.

— "Medidas cautelares frente a la Administración", en *Anuario de Derecho Administrativo,* Montevideo: FCU, 2008, t. XV.

— "Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva", en C. E. Delpiazzo (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo: FCU, 2008.

Durán Martínez, A.: "Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias", en *Estudios Jurídicos,* n.º 6, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2009.

— *Contencioso administrativo,* Montevideo: FCU, 2007.
— "El contencioso administrativo de anulación en el Uruguay y el derecho comparado", en A. Durán Martínez: *Estudios de derecho público,* vol. II, Montevideo, 2008.
— "Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo", en A. Durán Martínez: *Estudios de derecho público,* vol. II, Montevideo, 2008.
— "Ejecución de la sentencia anulatoria. Una mirada al derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo", en A. Durán Martínez: *Estudios de derecho público,* vol. II, Montevideo, 2008.
— *Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguaya*, México: Fundación Konrad Adenauer, en prensa.
— "Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez", en M. R. Brito y otros: *Los principios en el derecho administrativo uruguayo,* Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009.
— "La responsabilidad hacia la Administración en el derecho administrativo uruguayo", en *Revista de Derecho Público*, n.º 35, 2009.
Ettlin, E.: *Procesos de ejecución de sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado,* Montevideo: Amalio M. Fernández, 2008.
Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid: Trotta, 2008.
— *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid: Trotta, 2006.
— "Pasado y futuro del Estado de derecho", en M. Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2006.
Galera Rodrigo, S.: *Sistema europeo de justicia administrativa,* Madrid: Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales y Dykinson, 2005.
García de Enterría, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración,* Madrid: Civitas, 2000.
García de Enterría, E., y T. R. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo,* t. I, Madrid: Civitas, 4.ª ed., 1983.
García Pullés, F. R.: *Tratado de lo contencioso administrativo,* t. 2, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
González Pérez, J.: *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Madrid: Civitas, 1994.
— *El derecho a la tutela jurisdiccional,* Madrid: Civitas, Cuadernos Civitas, 1989.
— *La dignidad de la persona,* Madrid: Civitas, 1986.
— "La dignidad de la persona y el derecho administrativo", en *II Congreso Ibero Americano de Direito Administrativo,* Curitiba: Juruá, 2007.
— *Ley de jurisdicción contencioso-administrativa (jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)* , Madrid: Civitas, 1992.
Guariglia, C. E.: *Presunción de constitucionalidad de las leyes,* Buenos Aires: La Ley, 2009.
Guastini, R.: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en M. Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2006.

Häberle, P.: *El Estado constitucional,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Hernández-Mendible, V. R.: "Cuarenta años de la historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano", en *Revista de Derecho Público,* n.º 30, Montevideo: FCU, 2007.

Larenz, K.: *Metodología de la ciencia del derecho,* Barcelona: Ariel, 1994.

Martín Rebollo, L.: *Leyes administrativas,* Pamplona: Thomson-Aranzadí, 14.ª ed., 2008.

— "1978-1998: veinte años de derecho administrativo post constitucional", en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi,* Navarra: Aranzadi, 1999.

Méndez, A.: *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo,* Montevideo: Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, 1952.

Mestre, A.: *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration,* París: LGDJ, 1974.

Monnier, F.: "L'Ancien régime", en *Le Conseil d'État, de l'An VIII à nos jours,* París: Adam Biro, 1999.

Nieto, A.: "Responsabilidad personal y responsabilidad institucional de la Administración Pública", en J. C. Cassagne y otros: *Responsabilidad del Estado,* Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Rubinzal-Culzoni, 2008.

Prieto Sanchís, L.: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en M. Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid: Trotta, 2006.

Risso Ferrand, M.: "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos", en *Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción,* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.

Sacristán, E. B.: "Medidas cautelares y recurso extraordinario", en J. C. Cassagne (dir.): *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa,* Buenos Aires: Lexis Nexis y UCA, 2007.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 467-486, ISSN 1510-4974

Joaquim Falcão,* Marcelo Lennertz y Tânia Abrão Rangel*** (Brasil)**

El control de la administración judicial

RESUMEN

La redemocratización brasileña ha traído nuevas y mayores demandas al Poder Judicial. Como consecuencia, durante los últimos años se han sucedido reformas en su estructura institucional. Una de las más significativas se refiere a la administración de la justicia. Administrar el Poder Judicial no se restringe a poner el servicio judicial a disposición de la población. Además, es necesario que ese servicio exteriorice los principios constitucionales administrativos, principalmente los de la legalidad, moralidad, impersonalidad, eficiencia y publicidad. Con ese fin se creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ). Este artículo aborda los principales desafíos enfrentados en el proceso de institucionalización de este nuevo órgano. De ellos, los que hoy se muestran más instigadores se refieren a la delimitación del lugar del CNJ como órgano de control administrativo de la justicia en un sistema de competencia intrajudicial. Dos casos recientes ilustran la problemática enfrentada por el Consejo y las consecuencias de esa diferenciación para su legitimidad y la del propio Poder Judicial.

Palabras clave: administración de justicia, garantías constitucionales, jurisdicción constitucional, competencia de tribunales, debido proceso legal, legitimidad del acto administrativo, proceso constitucional, Consejo Nacional de Justicia, Brasil.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Rückkehr Brasiliens zur Demokratie hat die Justiz vor neue, erhöhte Anforderungen gestellt. Als Reaktion darauf wurde ihre institutionelle Struktur in den vergangenen Jahren mehreren Reformen unterzogen. Eine der wichtigsten betrifft die Ausübung der Gerichtsbarkeit. Die Verwaltung der Justiz beschränkt sich nicht darauf, das Leistungsangebot der Justiz für die Bevölkerung zu gewährleisten. Dieses Leistungsangebot muss vielmehr den Grundsätzen einer verfassungskonformen Verwaltung – vor allem Rechtsstaatlichkeit, Sittlichkeit, persönliche Neutralität, Effizienz und Öffentlichkeit – gerecht werden. Zu

* Director y profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de Río de Janeiro, de la Fundação Getulio Vargas. Miembro del Consejo Nacional de Justicia (2005-2009). Máster en Derecho (LL.M.) por la Harvard Law School. Doctor (Ph.D.) en Educación por la Universidad de Ginebra.

** Mestre (LL.M.) por Yale Law School. Mestre en Derecho por PUC-Rio.

*** Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito de Rio de Janeiro, da Fundação Getulio Vargas. Mestre em Direito por a Universidade de Franca y por a Universidad Francisco de Vitoria (Madrid).

diesem Zweck wurde der Nationale Justizrat (CNJ) geschaffen. Der Beitrag befasst sich mit den wichtigsten Herausforderungen, die bei der Institutionalisierung des neuen Organs auftraten. Am Problematischsten erscheinen heute die Fragen, die sich auf die Stellung des CNJ als Kontrollorgan der Justiz beziehen, dessen Kompetenzen Teil des Systems der Justizselbstverwaltung sind. Zwei Fälle aus jüngster Zeit belegen beispielhaft die Schwierigkeiten, vor denen der Rat steht, und die Folgen aus dieser Aufgabenbestimmung für seine Legitimität und die der Judikative insgesamt.

Schlagwörter: Ausübung der Gerichtsbarkeit, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Kompetenz der Gerichte, rechtmäßiges Verfahren, Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts, Verfassungsprozess, Nationaler Justizrat, Brasilien.

ABSTRACT

Brazilian re-democratization has introduced greater demands on the judiciary. As a consequence, the judiciary has recently undergone successive reforms in its institutional structure. One of the most significant modifications concerns the administration of justice. Administration of judicial power is not restricted to making the court system available to the public. The judiciary is also responsible for determining administrative constitutional principles, particularly those affecting legality, morality, efficiency and publicity. For these functions, the *Consejo Nacional de Justicia* (CNJ) [National Council for Justice] was created.

This paper addresses the principal challenges in the institutionalization process of this new judicial body. Today, the most outstanding challenge relates to setting the limits for the Council as a body for the administrative control of justice within a system of intra-judicial jurisdiction. The paper discusses two recent cases illustrative of the recent problems faced by the Council and the importance of jurisdictional clarification for its legitimacy and that of judicial power in general.

Keywords: administration of justice, constitutional safeguards, constitutional jurisdiction, court jurisdiction, due process of law, legitimacy of administrative acts, constitutional process, Consejo Nacional de Justicia, National Council for Justice, Brazil.

1. Introducción: Estado de derecho e inseguridad judicial

En recientes años la *discusión* sobre la implantación y consolidación de un Estado de derecho favorable al desarrollo económico globalizado y a la democracia en América Latina ha sido, muchas veces, traducida como la necesidad creciente de una mayor previsibilidad de los fallos judiciales. La pauta jurídico-política de organismos internacionales[1] y de alguna producción académica relacionaba la consolidación del Estado de derecho con límites más precisos y rigurosos en la actividad de interpretación de

[1] El Banco Mundial, en su proyecto *Doing Business 2009*, muestra que Brasil ha empeorado tres puntos en cuanto al cumplimiento de sus contratos y siete puntos con relación al cierre de la empresa. Esos dos aspectos están directamente relacionados con la actuación del Poder Judicial. La fuerza del contrato se refiere "a la eficiencia del cumplimiento de las leyes contractuales en este país, por medio del seguimiento de una disputa de pago" y el cierre de la empresa al "tiempo y [a] los costos relacionados con un proceso de quiebra" (en Banco Mundial: *The International*

las leyes por el Poder Judicial. Se planteó la hipótesis de que la discrecionalidad del juez se pudiera estar utilizando en forma tal que favoreciera un interés social que fuera más allá de la ley y, por lo tanto, alejado del Estado de derecho. Esta crítica fue reforzada por algunas investigaciones sectoriales y coyunturales en las cuales algunos jueces afirmaban que preferían proteger más el fin social de la ley que la letra de la ley.

Por lo tanto, habría un sesgo en los fallos de los jueces, sobre todo en los de primera instancia, a favor, por ejemplo, de los deudores.[2] Este sesgo provocaría una falta de respeto a los contratos legalmente constituidos. Se estaría creando un ambiente jurídico contrario al *doing business* en Brasil, sobre todo a las financiaciones a largo plazo, que tendría un impacto directo sobre el flujo de inversiones globalizadas y sobre la tasa de interés.

En ese contexto, la pauta externa sobre el Estado de derecho en América Latina tenía como prioridad la imprevisibilidad interpretativa de los jueces como una de las principales fuentes de inseguridad jurídica.

En otras palabras, el problema era la calidad (previsibilidad/imprevisibilidad) de los fallos judiciales, razón por la cual, si el país pretendiera garantizar un Estado de derecho favorable a la estabilidad económica y a las inversiones globalizadas, tendría que asegurar antes un mayor control de la discrecionalidad hermenéutica de los jueces.

En un artículo anterior, hemos intentado especificar mejor el concepto de seguridad jurídica, distinguiendo por lo menos tres tipos de incertezas asociadas al proceso decisorio judicial, a saber: a) incerteza estructural; b) incerteza patológica, y c) incerteza exógena al Judicial (resultante de actos del Ejecutivo, del Legislativo o de los agentes económicos).[3] Procuramos demostrar que la llamada *incerteza estructural de la*

Bank for Reconstruction and Development. Doing Business 2009, disponible en ‹http://portugues.doingbusiness.org/ExploreEconomies/default.aspx?economyid=28› (16.4.2009).

[2] Armando Castelar Pinheiro: "Judiciário, Reforma e Economia: A Visão dos Magistrados", artículo preparado como parte del proyecto de investigación *Addressing Judicial Reform in Brazil: Institutions and Constituency Building*, realizado por el Instituto de Estudios Económicos, Sociales y Políticos de San Pablo (IDESP), disponible en ‹http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf› (16.4.2009).

[3] Véase Joaquim Falcão, Luís F Schuartz y Diego Arguelhes: "Jurisdição, incerteza e Estado de Direito", en *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n.º 243, setiembre-diciembre de 2006, São Paulo: Atlas, 2006, pp. 79-112. Ese texto fue escrito en respuesta a la conjetura propuesta por economistas (Véase P. Arida, E. Bacha y A. Lara-Resende: "Credit Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil", en Giavazzi, Goldfajn y Herrera (orgs.): *Inflation Targeting, Debt and the Brazilian Experience: 1999 to 2003*. Cambridge (MA): MIT Press, 2005), que identificaba en la "incerteza jurisdiccional" resultante de un supuesto sesgo antiacreedor de los jueces brasileños —y en la inseguridad jurídica generada por esta— el factor determinante de las altas tasas de interés y de la inexistencia de un mercado del crédito a largo plazo en el país. La principal crítica que sostenemos es la de que la actividad decisoria judicial —la actividad de aplicación de normas generales a casos concretos— es mucho más compleja que lo que el concepto de *incerteza jurisdiccional* acuñado por los economistas lleva a creer. Procuramos, pues, establecer distinciones entre lo que denominamos a) incerteza estructural —es decir, la incerteza inherente a la actividad jurisdiccional, que deriva del hecho de la existencia de alternativas decisorias que, aunque puedan frustrar las expectativas de las partes, pueden ser reconducidas argumentativamente al Derecho vigente que le corresponde al juez aplicar—; b) incerteza patológica —que ocurre cuando una expectativa jurídicamente fundada es frustrada por una decisión que no pertenece al conjunto de las decisiones jurídicamente satisfactorias en el caso concreto—; y c) incerteza resultante de factores exógenos al Poder Judicial —generada por actos del Ejecutivo y del Legislativo o de los agentes económicos mismos—. En ese sentido, argumentamos que solo la incerteza del tipo patológico es de responsabilidad exclusiva del Poder Judicial y constituiría lo que

actividad jurisdiccional no se puede encarar como una de las causas de la inseguridad jurídica y que, muchas veces, la inseguridad jurídica puede ser resultado de factores externos al Poder Judicial y no directamente relacionados con la actividad decisoria de los jueces.

En verdad, aunque el respeto a los contratos se pudiera constituir una reivindicación legítima de importantes sectores económicos, nacionales e internacionales, no había evidencia empírica suficiente que corroborara la tesis del sesgo judicial favorable al deudor capaz de fundamentar tan genérica caracterización del Poder Judicial. Basta recordar que en Brasil existen en total 93 tribunales, entre tribunales estaduales, federales y superiores, así como una fuerte tradición de pluralismo hermenéutico, temporal y jerárquico.

Aunque se admitiera la existencia de este sesgo "sectorializado", sería como mínimo una exageración constituir una condenación a priori de ausencia de un Estado de derecho en el país. No solo por el hecho de que este sesgo podría estar en la misma ley elaborada por el Legislativo, y no en la interpretación judicial, sino también por otro motivo, expresado en las siempre actuales palabras de Alexis de Tocqueville sobre la cultura económico-legal de los Estados Unidos de América:

> En los Estados Unidos, las fortunas se destruyen y crecen sin dificultad. El país no tiene límites y está lleno de recursos inagotables. El pueblo tiene todas las necesidades y todos los apetitos de un ser que crece y, no obstante los esfuerzos que haga, está siempre rodeado de más bienes de los que puede hacer suyos. Lo que es de temer en un pueblo así no es la ruina de algunos individuos, que pronto se repara, sino la inactividad y la languidez de todos. La audacia en los emprendimientos industriales es la primera causa de sus progresos rápidos, de su fuerza, de su grandeza. La industria es, para él, como una gran lotería en la que un pequeño número de hombres pierde cada día, pero en la cual el Estado gana sin cesar; un pueblo como ese debe, pues, ver con buenos ojos y honrar la audacia en materia de industria. Vaya, toda empresa audaz compromete la fortuna de quien a ella se dedica, y la fortuna de todos los que en él confían. Los americanos, que hacen de la temeridad comercial una especie de virtud, en ninguna hipótesis condenarían a los temerarios. Es por eso que en los Estados Unidos las personas muestran una indulgencia tan singular para con el comerciante que entra en quiebra: el honor de este no sufre con dicho accidente.[4]

Nadie diría que este rasgo de la cultura económica norteamericana —el sesgo protemerario—, que moldeó su cultura legal y que, a todo esto, ha sido intensamente practicado hoy día en esta crisis económica, fuera suficiente para poner en duda el

los economistas llaman *incerteza jurisdiccional.* Pero la inseguridad jurídica es producida también por otros factores no ligados al desempeño de los jueces.

[4] Véase Alexis de Tocqueville: *Democracy in America* (trad. Henry Reeve), 3.ª ed., Cambridge: Server and Francis, 1893, vol. II, p. 289, disponible en ‹http://books.google.com.br/books?id=gTXuSzS2fAC&dq=Tocqueville+fortune+America&source=gbs_navlinks_s› (9.12.2009).

compromiso de este país para con el Estado de derecho. En verdad, esta pauta resultaba de una concepción unilateral y exclusivista del Estado de derecho, cada vez menos aceptada y evidente.

Si la cuestión crucial es la disputa por la pauta jurídico-política necesaria para una América Latina económicamente estable y políticamente democrática, la prioridad debe ser otra. Responsabilizar eventualmente al Poder Judicial como provocador de inseguridad jurídica resulta del aún precario acceso de la población a la "legalidad judicializada".[5] Y uno de los factores decisivos para este precario acceso es, sin duda, el desajuste entre la demanda por fallos judiciales y su oferta.

Tomando como presupuesto el hecho de que, desde 1988, las leyes son producidas con razonable grado de participación democrática, el desafío nacional estaría mucho más vinculado al aumento de la producción de fallos judiciales definitivos basados en dichas leyes —o sea, en el aumento de su insuficiente cantidad— que en la mejora de la calidad de algunos de esos fallos, que sufrirían de un supuesto déficit de previsibilidad. La prioridad es mucho más la inseguridad jurídica fruto de la ineficiente administración judicial, que aquella fruto de la libertad interpretativa del magistrado.

El exceso de demanda en relación con la oferta de fallos judiciales es un problema crónico de gran parte de los países occidentales. Este exceso provoca el fenómeno de la lentitud del Judicial, que hoy ya se puede medir por los altos índices de congestionamiento y recurribilidad del sistema judicial. La tabla que sigue muestra la evolución del índice de congestionamiento[6] en los años 2004 a 2007 en los tres principales sistemas judiciales brasileños:

	Justicia federal				Justicia laboral				Justicia estadual			
Índice de congestionamiento	2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007
2.º grado	67,1	65,3	60,4	60,5	33,2	30	28,3	28,1	51,9	49,4	46,3	45,4
1.er grado	76,3	78,3	75,7	78	48,3	50,5	51,7	49,4	80,6	79,9	80,1	80,5
Tribunal recursal	33,8	33,3	38,6	24,8					37,6	42,6	30,9	42,9
Juzgado especial	47,6	44,3	43,3	42,2					53,7	50,4	48,7	51

Fuente: Consejo Nacional de Justicia, *Justiça em Números 2007,* vol. II.[7]

Por medio de la próxima tabla se puede tener una idea más clara a respecto de los números que componen el índice de congestionamiento en estos tres sistemas judiciales brasileños sobre el año 2007.

[5] Véase al respecto Joaquim Falcão: "Transgressões coletivizadas e justiça por amostragem", en Fernando Henrique Cardoso y Marcílio Marques Moreira: *Cultura das transgressões no Brasil: Lições da história*. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 41-68.

[6] Este índice se obtiene por la división de los casos no sentenciados por la suma de los casos nuevos y de los casos pendientes de juicio.

[7] Disponible en ‹http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf› (16.4.2009).

	Justicia federal			Justicia laboral			Justicia estadual		
Cuantitativo 2007	Casos nuevos	Casos pendientes	Fallos y sentencias	Casos nuevos	Casos pendientes	Fallos y sentencias	Casos nuevos	Casos pendientes	Fallos y sentencias
2.º grado	443.989	674.915	442.123	642.941	212.402	615.235	1.623.974	1.173.742	1.519.690
1.er grado	646.298	1.731.406	522.267	2.968.843	2.826.863	2.930.308	11.476.577	32.103.142	8.516.057
Grupo recursal	332.743	152.937	385.896				267.804	102.797	211.670
Juzgado especial	1.253.503	944.308	1.271.337				4.113.152	4.029.594	3.991.470

Fuente: Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números 2007,* vol. II.[8]

La imposibilidad de la parte de calcular el tiempo de la acción judicial aumenta de tal manera los costos de litigar que acaba favoreciendo otras opciones de resolución de conflicto fuera del Estado de derecho, tales como la violencia económica y social, que tiene un gran impacto desestabilizador sobre el régimen constitucional. *A contrario sensu*, creemos que el aumento de la eficiencia operativa —la agilidad decisoria— del Poder Judicial es uno de los principales factores de inclusión sociolegal y, por lo tanto, de consolidación del Estado democrático de derecho. Y esa estrategia, a largo plazo, es mucho más propicia a la seguridad jurídica de contratos, inversiones y desarrollo del mercado interno que la tentativa de restringir el eventual exceso de libertad interpretativa de los magistrados.

Nada más ni nada menos que por ello es que, en una reciente encuesta de ámbito nacional sobre la evaluación del Poder Judicial por la población brasileña,[9] el aspecto que los entrevistados identificaron como el más importante para mejorar la justicia en el país fue "más agilidad", con un 54%. Cuando se preguntó si consideraban al Judicial brasileño ágil o lento, el 88% respondió que la lentitud era la característica que mejor lo describía. O sea, la principal medida a tomar para mejorar la justicia es la conquista de la agilidad decisoria.[10]

En verdad, parece existir una correlación entre la legitimidad social y política del Poder Judicial y su eficiencia administrativa. O, como decía Niklas Luhmann, una correlación entre la legitimidad del Judicial y su capacidad de producir sentencias,

[8] Ibídem.

[9] Encuesta de opinión pública organizada por el Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) de la Escola de Direito do Rio de Janeiro, de la Fundación Getulio Vargas (FGV Direito Rio) y por el Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), realizada en el período del 9 al 11 de febrero de 2009. Muestra nacional extraída aleatoriamente con 1200 entrevistas, representativa de la población adulta brasileña con acceso a la red telefónica (en sus domicilios y/o en los lugares de trabajo) de todas las regiones del país. Se definieron cuotas de localidad, sexo y edad, a partir de lo cual la selección fue aleatoria. De los entrevistados, 200 tenían o habían tenido un proceso en la justicia en los últimos 12 meses. El margen de error es de 2,9%. Las variables utilizadas fueron: sexo, edad, instrucción, ingresos, región y uso de la Justicia.

[10] Véase al respecto Joaquim Falcão: "O brasileiro e o judiciário", en *Conjuntura Econômica*, vol. 63, n.º 4, abril de 2009.

implementarlas y traer la paz social. Si ello es así, existiría una correlación positiva entre la legitimidad político-democrática del Poder Judicial, el acceso social y la agilidad operativa de los fallos. El desafío pasa a ser, entonces, la reducción de la inseguridad judicial administrativa por la reducción de la lentitud decisoria, con la ampliación, concomitante, del acceso a la justicia. No es una tarea fácil, ni inmediata.

Este artículo trata, pues, de la institucionalización de una justicia administrativa capaz de controlar la administración de la justicia. No la justicia administrativa que se desarrolla para el control y la fiscalización de los actos del Poder Ejecutivo, de sus agencias reguladoras y agentes, sino la justicia administrativa que se desarrolla para controlar y fiscalizar los actos y políticas públicas de la administración judicial, de responsabilidad de los mismos jueces, servidores y *serventuarios*[11] del Poder Judicial en la búsqueda de la agilidad decisoria. Este es nuestro foco temático.

La legalidad de estos actos judiciales administrativos está, como todos los actos de la administración pública, subordinada al artículo 37 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 (CRFB/88), que dice "La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia[…]", y a la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (Loman), que, en su artículo 35, establece como deberes de los magistrados:

> I. cumplir y hacer cumplir, con independencia, serenidad y exactitud, las disposiciones legales y actos de oficio;
> II. no exceder injustificadamente los plazos para sentenciar o despachar;
> III. determinar las medidas necesarias para que los actos procesales se realicen en los plazos legales;
> IV. tratar con urbanidad a las partes, a los miembros del Ministerio Público, a los abogados, a los testigos, a los funcionarios y auxiliares de la Justicia, y atender a los que lo busquen, en cualquier momento, cuando se trate de una medida que reclame y haga posible una solución de urgencia;
> V. residir en la sede de la comarca, salvo autorización del órgano disciplinario al que esté subordinado;
> VI. asistir puntualmente a la hora em que se inicie el horario de atención o la sesión, y no ausentarse injustificadamente antes de su término;
> VII. ejercer asidua fiscalización sobre los subordinados, especialmente en lo que se refiere a la cobranza de costas y emolumentos, aunque no haya reclamación de las partes;
> VIII. mantener una conducta irreprensible en la vida pública y particular.

[11] *Servidor,* según el artículo 2 de la ley 8112/91, es "la persona legalmente investida en un cargo público", mientras que un *serventuario* es un auxiliar de la Justicia, de acuerdo con el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil: "Son auxiliares del juzgado, además de otros, cuyas atribuciones determinan las normas de organización judicial, el actuario, el oficial de justicia, el perito, el depositario, el administrador y el intérprete".

La demanda por un Poder Judicial más eficiente, entendida en su acepción más simple —del equilibrio entre la demanda y oferta de sentencias— se ha constituido en una creciente reivindicación social y política desde la CRFB/88. En la medida en que el Judicial se ha revelado históricamente incapaz de manejar solo este desequilibrio, han surgido propuestas de enmienda constitucional en favor de un control externo de la magistratura, con la participación de representantes de la sociedad y de los demás poderes, capaz no solo de agilizar las decisiones, sino también de garantizar los principios del artículo 37 de la CRFB/88.

Evidentemente, la magistratura reaccionó vigorosamente ante la idea de un control externo basándose en el artículo 2 de la CRFB/88, que asegura la independencia entre los poderes en los siguientes términos: "Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial". La posición predominante entre los magistrados en esa época era la de que, si hubiese cualquier control administrativo, este debería ser un control interno, y jamás con la interferencia de otros poderes de la República, o de cualquier tipo de control externo al Judicial. Durante más de quince años esta reacción paralizó cualquier decisión congresal. Ante la inacción del mismo Poder Judicial y la paralización del Congreso, se agravó el desfase entre demanda y oferta, generalizándose la exclusión judicial no solo entre los de menores ingresos, sino también entre los consumidores y las empresas.

El hecho es que la búsqueda de la agilidad judicial administrativa se había traducido en una disputa política entre los poderes, y solo se resolvió en el 2004, con la aprobación de la enmienda constitucional n. 45 (EC 45/04), que creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), con los objetivos[12] institucionales de:

I. velar por la autonomía del Poder Judicial y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, pudiendo expedir actos reglamentarios, en el ámbito de su competencia, o recomendar medidas;
II. velar por la observación del artículo 37 y apreciar, de oficio o mediante provocación, la legalidad de los actos administrativos practicados por miembros u órganos del Poder Judicial, pudiendo desconstituirlos, reverlos o fijar plazo para que se adopten las medidas necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas de la Unión;
III. recibir y conocer las reclamaciones contra miembros u órganos del Poder Judicial, incluso contra sus servicios auxiliares, serventías y órganos prestadores de servicios notariales y registrales que actúen por delegación del poder público u oficializados, sin perjuicio de la competencia disciplinaria y correccional de los tribunales, pudiendo avocar procesos disciplinario en curso y determinar la destitución, la disponibilidad o la jubilación con subsidios o proventos proporcionales al tiempo de

[12] Artículo 103-B, § 4, de la CRFB/88.

servicio y aplicar otras sanciones administrativas, asegurada una amplia defensa;

IV. representar al Ministério Público, en caso de delito contra la administración pública o de abuso de autoridad;

V. revisar, de oficio o mediante provocación, los procesos disciplinarios de jueces y miembros de tribunales juzgados hace menos de un año;

VI. elaborar semestralmente un informe estadístico sobre procesos y sentencias dictadas, por unidad de la Federación, en los diferentes órganos del Poder Judicial;

VII. elaborar un informe anual, proponiendo las medidas que considere necesarias, sobre la situación del Poder Judicial em el País y las actividades del Consejo, el cual debe integrar un mensaje del Presidente del Supremo Tribunal Federal a remitirse al Congreso Nacional, en oportunidad de la apertura de la sesión legislativa.

De esta manera, el CNJ ha representado, como veremos, una solución de compromiso entre los grupos políticos antagónicos que defendían el control interno y el control externo de la administración de la Justicia. La trayectoria de la institucionalización del Consejo es el foco histórico-empírico de este artículo.

El consenso —táctico— formado alrededor de los compromisos institucionales asumidos para que se consiguiera aprobar el texto de la EC 45/2004 neutralizó, momentáneamente, las divergencias entre los diferentes grupos de interés que pautaron la construcción institucional del CNJ. Pero no las resolvió. De hecho, la tensión entre los que rechazaban cualquier tipo de control externo al Judicial y aquellos que defendían ese tipo de control permaneció latente y hoy se manifiesta nuevamente en otra arena, de carácter doctrinario.

La disputa política entre los diferentes grupos de interés que pautaron la construcción institucional del CNJ fue resulta constitucionalmente, pero no fue extinguida.[13] Ha resurgido frecuentemente en las actividades políticas y en las decisiones del CNJ que buscan planificar, controlar y fiscalizar los actos administrativos del Poder Judicial. En verdad, el CNJ nace con el compromiso de promover una reforma de la administración de la justicia. Solo la reforma lo justifica. Por esto, la disputa política

[13] Entendemos que el texto final de una Constitución es, en última instancia, resultado de una elección entre alternativas concurrentes e incompatibles. Por eso, la redacción de un dispositivo constitucional es, muchas veces, nada más que un precario arreglo entre intereses distintos, los cuales por medio de la negociación llegan a un resultado que, aunque no cumpla al máximo con las expectativas de todos, es el único desenlace posible en un escenario en el que el consenso es el más escaso de los bienes. Esas divergencias subyacentes al texto constitucional, y que resultan del proceso político de su elaboración, tienden a aflorar nuevamente en el momento de la interpretación y aplicación de la Constitución por una comunidad jurídica. Sobre la importancia para la elaboración e interpretación de constituciones de la asunción de compromisos (o acuerdos) formados sin que haya consenso entre las personas sobre las razones teóricas que los justifican, véase Cass R. Sunstein: "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law", 74 *Social Research* 1 (2007). Traducido al portugués por Diego W. Arguelhes y Pedro J. Cantisano con el título "Acordos constitucionais sem teorias constitucionais", en *Revista de Direito Administrativo*, n.º 246, setiembre-diciembre de 2007.

inicial ha resurgido de diversas maneras. En este artículo nos interesa específicamente el resurgimiento revestido con ropajes doctrinario-jurisprudenciales, capaces de afectar la institucionalización del control administrativo del CNJ sobre los magistrados. Es decir, cuando se revela, por ejemplo, como disputa sobre el contenido doctrinario de conceptos básicos del derecho administrativo que giran en torno a la naturaleza de la competencia judicial del CNJ, como la discrecionalidad administrativa y la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

La búsqueda de la agilidad decisoria judicial como factor que consolide la estabilidad económica y democrática del país depende de cómo será capaz de institucionalizarse a largo plazo en el futuro el compromiso constitucional entre el control interno y el control externo de la administración judicial.

2. La institucionalización del control

El impasse entre el control interno —defendido por la magistratura— y el control externo —defendido por el Congreso, por los abogados, el Ministerio Público y la opinión pública— fue tácticamente neutralizado por un acuerdo para la institucionalización normativa: a) el nuevo Consejo Nacional de Justicia sería el segundo órgano en la jerarquía del Poder Judicial, inmediatamente por debajo del Supremo Tribunal Federal —sería formalmente, pues, un órgano interno al Poder Judicial—; b) su composición admitiría, no obstante, miembros no magistrados, como abogados, miembros del Ministerio Público y representantes de la sociedad indicados por el Senado y por la Cámara de Diputados —alejándose, por lo tanto, la participación directa de congresistas—; c) la mayoría de los miembros —9 de los 15 consejeros— sería compuesta por magistrados; d) la Presidencia sería ocupada por un ministro del STF, y no elegida por el plenario; e) el corregidor general de Justicia tampoco sería elegido por el plenario, sino que sería un ministro del Superior Tribunal de Justicia (STJ).

El resultado político neto de esta composición es que en CNJ pasó a ser la única institución del Poder Judicial con poder sobre todos los actos administrativos de los jueces, aunque estuviera integrada por miembros no magistrados —si bien en mayoría—. Si duda, se trata de una flexibilización del significado absoluto que se atribuía al principio de la independencia del Poder Judicial según la interpretación dominante entre los magistrados. Flexibilización, aunque compatible con el Estado democrático de derecho.

Más que un tribunal judicial administrativo, el CNJ fue institucionalizado como órgano definidor, implementador y fiscalizador de una fundamental política pública para la democracia: la política pública de administración de la Justicia. Para ello, tiene tres competencias[14] distintas, interconectadas y convergentes sobre todos los magistrados, con excepción de los ministros del STF.

[14] Para más informaciones sobre las competencias y actuaciones del CNJ, véase el sitio institucional en la dirección ‹www.cnj.jus.br›.

Primero, la competencia normativa para regular cuestiones como nepotismo, tope salarial, concursos públicos, ingreso, promoción y destitución de jueces, elección para dirigir los tribunales, relación con los profesionales jurídicos, publicidad de los actos administrativos, etcétera.

Segundo, la competencia ejecutiva, siendo responsable del sistema nacional de estadísticas judiciales, implantación de autos virtuales e informatización de los tribunales, creación y administración de bancos de datos como el sistema nacional de control de interceptaciones de comunicaciones, catastro nacional de adopción de menores, catastro nacional de inspecciones judiciales en establecimientos penales, catastro nacional de improbidad administrativa, etcétera. Sin contar con la promoción de campañas públicas de movilización nacional, como la bien sucedida campaña por la práctica de la conciliación judicial en el mismo Poder Judicial, rompiendo el tradicional monopolio de la adjudicación.[15]

Tercero, la competencia judicial propiamente dicha, es decir: la de actuar como verdadero tribunal administrativo, capaz de juzgar disciplinariamente los aspectos administrativos de los actos de los jueces.

Lo que diferencia la política pública de administración de la justicia de otras políticas públicas, como las del Poder Ejecutivo, por ejemplo, es que uno de los más simbólicos y poderosos instrumentos de la triple competencia es, justamente, la decisión judicial administrativa, la jurisprudencia en el caso concreto, como se puede notar de estos primeros cuatro años de existencia del CNJ.

Ello porque, en rigor, la decisión judicial tiene siempre "doble cara",[16] y eso ha sido tomado en cuenta por el CNJ. Ella decide no solo la litis administrativa en el caso concreto, interpartes, sino también determina los contornos de la institucionalización del Consejo mismo. O sea, toda decisión judicial mira simultáneamente el caso presente y el futuro, y por eso, en todo momento, incluso al decidir el más simple de los casos, un tribunal puede estar "en pleno —y público— proceso de remarcación de las fronteras de su poder".[17]

En ese sentido, se puede decir que cada decisión en un proceso administrativo se transforma en una arena en la cual se dirimen no solo derechos y deberes de los magistrados y de terceros, sino también políticas de administración de la justicia. El elemento de conexión entre ambas caras de la decisión es su revestimiento como disputas doctrinarias de derecho administrativo. Doctrinas instrumentales que materializan, por un lado, una consecuencia más palpable, de corto plazo, verificable en la

[15] Es interesante notar que la encuesta de opinión realizada por la FGV Direito Rio y por el Ipespe, ya mencionada, demostró el crecimiento, entre los brasileños, de la práctica de la conciliación. Cuando se les preguntó qué actitud tomaban cuando sentían que sus derechos no habían sido respetados, la gran mayoría de los entrevistados (43%) afirmó buscar por su propia cuenta una solución amigable, con conciliación.

[16] La expresión fue usada en un artículo de Diego W. Arguelhes, en el que se analizan las decisiones del Supremo Tribunal Federal brasileño. Véase Diego W. Arguelhes: "A dupla face das decisões do STF", en *Correio Braziliense,* 16 de abril de 2009.

[17] Ibídem.

resolución de la litis individualizada, y, por otro, una menos explícita, de largo plazo, que pavimenta la institucionalización misma del Consejo.

Uno de los principales desafíos de la institucionalización resulta de la definición del lugar del CNJ dentro de la estructura de control disciplinario y administrativo del Poder Judicial. Aun restringido a materias de naturaleza administrativa, el CNJ se encuentra en situación de competición con los demás tribunales integrados solo por magistrados, una vez que cada tribunal posee su propia corregiduría. Competición verticalizada con los tribunales estaduales locales, y competición horizontalizada con los tribunales especializados. Este es el "mercado relevante" del control disciplinario administrativo del Poder Judicial. Cada decisión de litis es una piedra demarcadora institucionalizadora de esta situación de competición.

El proceso de institucionalización implica definir las reglas de esta competición. En otras y jurídicas palabras: se trata de definir la propia competencia judicial del CNJ. Definir si tiene competencia originaria o recursal. O sea: si la parte tiene que, primero, litigar contra la administración judicial en el mismo tribunal estadual local, o se puede dirigir directamente al CNJ como tribunal nacional. O, además, si, en materia pertinente a la administración de la justicia laboral o de la justicia federal, el CNJ tendría que, antes de decidir, oír a los respectivos consejos de la justicia federal y al de la justicia laboral.

El CNJ es una institución nueva inoculada en un organismo tradicional. De ahí el frecuente resurgimiento de la original disputa entre el control interno y el control externo de la magistratura y sobre los caminos de la reforma del Judicial. Resurgen, asimismo, *a la limite*, las cuestiones de la autonomía administrativa y financiera de los tribunales y de la armonía o competición entre los poderes. En fin, los mismos límites de la independencia del juez y del Poder Judicial. En el delineado de este límite reside la forma como puede asumirse e innovarse institucionalmente la democracia brasileña.

3. La delimitación doctrinaria de la disputa política

La institucionalización del control tiene consecuencias decisivas para la eficiencia de la administración judicial. La cultura organizacional que aún prevalece en el Judicial casi siempre ha legalizado —es decir, ha atribuido rigidez legal a— los intereses corporativos, que pasan a ser entendidos como prerrogativas de la magistratura. No raramente el combate a estas prerrogativas asume la forma de una discusión doctrinaria sobre la autonomía de los tribunales y la independencia del Judicial. En el fondo, cambiar estas normas sería solo limitar y revertir la cultura jurídica corporativa.[18]

Permítansenos dos ejemplos de cómo la institucionalización del control de la administración judicial en la democracia se esconde y se revela al mismo tiempo en las

[18] Joaquim Falcão: "O futuro é plural: administração de justiça no Brasil", en *Revista USP*, n.º 74 ("Pensando o futuro: Humanidades"), junio-agosto de 2007, pp. 22-35.

doctrinas corrientes de derecho administrativo. El primero es el caso de un tribunal estadual brasileño que decidió alterar su horario de funcionamiento alegando estar esa medida comprendida en su esfera de autonomía y discrecionalidad administrativa. El segundo dice respecto a un proceso —administrativo— disciplinario en el cual se analiza la posibilidad de la aplicación de un castigo a un juez en razón de una decisión dictada por él. El magistrado, a su vez, se defiende alegando que el CNJ, órgano de competencia administrativa, no podría controlar el ejercicio de su actividad jurisdiccional, pues en ella prevalecería el principio del libre convencimiento, controlable solamente por el tribunal superior, con base en el principio del doble grado de jurisdicción.

3.1. El control administrativo y la autonomía decisoria del tribunal

Tras un aviso previo de solo 30 días, un tribunal estadual alteró su horario de funcionamiento vigente hacía más de 50 años. Evidentemente, toda la *rationale* económica por detrás del ejercicio de la abogacía y del Ministerio Público en el tribunal fue directa y duramente afectada. La seccional local de la entidad de representación de clase de los abogados brasileños, la Orden de los Abogados del Brasil (OAB), solicitó la intervención del CNJ.

La cuestión doctrinaria se planteó de la siguiente manera: ¿cómo interpretar la autonomía administrativa del tribunal, garantizada en el artículo 96, I, *a*, de la CRFB/88? A su vez, esta autonomía se había ejercido basándose en el concepto de discrecionalidad administrativa y había permitido al tribunal la conveniencia y la oportunidad de cambiar su propio horario de funcionamiento. De ello se desprende: ¿cuál es la naturaleza de la discrecionalidad administrativa judicial en el Estado democrático de derecho? ¿Quién la puede ejercer y cuál es su límite?

¿Sería el ejercicio unilateral del margen decisorio del poder y del interés del tribunal parte de su competencia, o la discrecionalidad, hoy día, tendría que adecuarse a lo que Sérgio Guerra,[19] dentro de la línea de autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto y García de Enterría, denomina *reflexividad administrativa*? O sea, ¿sería posible defender que la elección del tribunal debería haberse hecho, no "basándose exclusivamente en su óptica, en aquello que reputa ser 'conveniente' y 'oportuno', de difícil —si no imposible— comprensión y sindicabilidad por terceros", sino con miras a "encarar el caso concreto en forma sistemática y transparente, bajo una interpretación analítica y empírica"?[20]

En rigor, el punto de partida de la idea de reflexividad propuesta por Sérgio Guerra es la complejidad de la sociedad actual y los riesgos sistémicos de ello resultantes.[21]

---

[19] Véase Sérgio Guerra: *Discricionariedade e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas,* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[20] Ibídem, p. 264.

[21] Este concepto de reflexividad según Anthony Giddens "consiste en el hecho de que las prácticas sociales son constantemente examinadas y reformadas a la luz de información renovada sobre estas propias prácticas, alterando así constitutivamente su carácter" (Anthony Giddens: *As consequências da modernidade,* trad. de Raúl Fiker. San Pablo: Unesp, 5.ª reimp., 1991.

Para que la sociedad tenga una seguridad jurídica mayor, para que las informaciones referentes a los intereses en conflicto producidas en la sociedad se puedan utilizar y para que haya una mayor participación de la población interesada en el proceso decisorio, la idea de reflexibilidad administrativa concreta, en forma prospectiva, el fallo a dar caso a caso, buscando siempre mediar los intereses en conflicto y preservar los derechos de los involucrados.

Aplicando ese razonamiento al caso en cuestión, el tribunal sería el intérprete de una decisión comprometida con el cumplimiento de un sistema de intereses no solo estatales, sino también sociales, como los de los profesionales jurídicos, directamente afectados por el acto administrativo. En el fondo, se trataba de discutir si era necesaria o no la participación de los abogados y de otros profesionales jurídicos que tuvieron sus derechos, en principio, violados en la decisión de cambio de horario de funcionamiento del tribunal, y cuál debería ser la extensión de esta participación.

Por simple cálculo de probabilidad, si fuera el mismo tribunal local el que juzgara el pleito de la OAB, el concepto *unilateral estatal* de discrecionalidad tendería a prevalecer sobre el concepto de discrecionalidad *estatal-social multilateral.* Pero habiendo sido traído el caso al CNJ, un tribunal integrado por magistrados y no magistrados, el resultado podría ser otro.

La cuestión institucional en juego era clara: ¿hasta qué punto el CNJ, en su calidad de institución de control de los tribunales, podría interferir, aun en nombre de una gestión más eficiente, en las decisiones administrativas de los tribunales locales?

3.2. El control administrativo y el libre convencimiento del juez

Como hemos mencionado al principio, el compromiso institucionalizado por la EC 45/04 se despliega, recurrentemente, en nuevas disputas de carácter doctrinario entre los magistrados que pretenden defenderse de cualquier injerencia externa, y aquellos que entienden que para un Judicial ágil es necesario algún control externo, ya que no hay una elección como en el Ejecutivo y en el Legislativo.

Esa disputa doctrinaria no solo implica la definición del lugar de la competencia del CNJ en la estructura del Poder Judicial y la extensión de la discrecionalidad administrativa de los tribunales, como ejemplificamos, sino también los diferentes y antagónicos conceptos de *acto jurisdiccional* y *acto administrativo.* ¿Cómo distinguir, en la práctica, cuándo el acto practicado por un juez posee naturaleza administrativa —y, por lo tanto, da oportunidad a su responsabilidad administrativa e integra la esfera de competencia del CNJ— y cuándo posee naturaleza jurisdiccional —en cuyo caso su revisión es de competencia de los tribunales superiores?

En realidad, lo que ocurre es que, a veces, una misma conducta (el mismo acto) puede configurar la hipótesis de incidencia de diferentes normas jurídicas, que prevean diferentes consecuencias jurídicas (administrativas, penales, civiles, etcétera) como sanción. En ese sentido, un mismo acto puede producir efectos jurídicos tanto en el ámbito jurisdiccional como en el ámbito administrativo.

La diferencia entre acto administrativo y acto jurisdiccional no resulta, por lo tanto, de la esencia del acto, sino del enfoque según el cual decidimos analizar ese acto. Son solo diferentes perspectivas para observar el mismo objeto.

En el caso que exponemos a continuación, la dificultad fue distinguir estas dos perspectivas dado el mismo objeto: una decisión jurisdiccional de un juez local. Se trataba de una decisión del juez que determinaba que una empresa estatal federal brasileña pagara, en forma instantánea e irreversible, más de R$ 63 millones —aproximadamente USD 25 millones— que serían depositados en la cuenta corriente del actor de la acción o en cualquier otra cuenta bancaria indicada por este, basándose en títulos emitidos por la empresa aproximadamente 30 años antes.

Más tarde, una investigación del Ministerio Público Federal y de la Policía Federal constató la existencia de una banda especializada en fraguar títulos públicos federales con el objetivo de desfalcar los cofres públicos, especialmente de la empresa estatal federal en cuestión. Entre los integrantes de esa banda estaban el actor del proceso y su abogado, que fueron arrestados poco después de la decisión del juez, al intentar movilizar los R$ 63 millones. El juez no fue incriminado.

De hecho, el fallo del juez tenía características inusitadas: a) la competencia jurisdiccional para analizar el caso era, según una posición ampliamente dominante en la jurisprudencia relativa a casos semejantes al caso en cuestión, de la justicia federal y no de la justicia estadual; b) el pago no fue ordenado por medio del instrumento procesal regular, que, en el caso, era el exhorto (*carta precatória*); c) el fallo se emitió en una ciudad de 14 mil habitantes, en donde no residían ni trabajaban las partes; d) al revés que lo usual, el fallo fue proferido en aproximadamente 72 horas, en vísperas del feriado de Navidad; e) la garantía exigida por ley para concesión de esta orden de pago y que el beneficiario tendría que presentar previamente, en el caso un bien inmueble, era de legalidad dudosa, sin liquidez financiera y situada en otro estado de la federación.

El tribunal local en el ámbito jurisdiccional logró revertir parte de los valores retirados. Ya en el ámbito administrativo entendió que el juez había cometido un error en el procedimiento y que, por lo tanto, su conducta incurría en la figura del "procedimiento incorrecto", pasible de la pena de censura, según los términos del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (ley complementaria 35/1979 - Loman).[22]

Inconforme con una pena administrativa tan tenue —la pena de censura— ante tantos indicios de fraude, otro magistrado local acudió al CNJ a pedir que la pena fuese revista, atribuyendo a la conducta del juez un nuevo encuadre disciplinario, pasible de una pena más rigurosa.

En su defensa, el juez alegaba que el órgano competente para analizar la existencia de error en su decisión y, eventualmente, reformarla sería el Tribunal de Justicia del estado, una vez que él estaba en pleno ejercicio de su función jurisdiccional. Aun según su razonamiento, en caso de que el CNJ analizara si el derecho había sido

[22] Loman, artículo 44: "La pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, en el caso de reiterada negligencia e el cumplimiento de los deberes del cargo, o en el de procedimiento incorrecto, si la infracción no justificare una penalización más grave".

correctamente aplicado en el fallo dictado por él, estaría sobrepasando su esfera de competencia administrativa e invadiendo la esfera de la competencia jurisdiccional, en la cual debe prevalecer el principio del libre convencimiento del juez.

Planteada la cuestión en esos términos, queda claro que la decisión que debía tomar el CNJ sobrepasaba el plano superficial —y más aparente— de la solución específica del caso concreto, es decir, de saber cuál penalización administrativa debería aplicarse al juez. El problema fundamental subyacente a este caso decía respecto a saber si y en qué medida los actos de los magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional podrían dar causalidad a su responsabilidad administrativa. O, dicho de otro modo: se trataba de (re)definir las fronteras del poder de control del CNJ sobre los magistrados, o, asimismo, los contornos políticos del CNJ.

Una vez más se planeaba una disputa aparentemente doctrinaria entre, por un lado, la independencia de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional y, por el otro, el control administrativo del Poder Judicial. En este caso, el control administrativo se justificaba, no en nombre de la mayor eficiencia de la administración judicial, sino según el artículo 37 de la Constitución que rige la administración pública, en nombre de la moralidad del acto administrativo.

El principio del libre convencimiento del juez constituye uno de los elementos básicos de la independencia del Poder Judicial. Pero ¿hasta qué punto el principio del libre convencimiento legitima decisiones de magistrados que contraríen principios administrativos fundamentales a los cuales están sujetos —como, por ejemplo, dignidad, exactitud, independencia ante las partes, moralidad, impersonalidad y eficiencia—?

No cuesta nada recordar que, en su origen, el principio del libre convencimiento tenía en sí un sentido defensivo, orientado hacia la regulación del procedimiento de apreciación de las pruebas de un caso. En esa acepción, el principio del libre convencimiento no significa nada más que la garantía del juzgador de no tener que seguir una determinación previa sobre qué tipos de prueba deberían tener más peso en la formación de su convicción acerca de la mejor decisión a tomar en el caso concreto. Se traba tan solo de impedir una enyesadura previa de la actividad decisoria de los jueces.

En ese sentido, la garantía establecida por el principio del libre convencimiento en nada se confunde con la idea comúnmente difundida —sobre todo por los propios magistrados defensores del principio de la independencia del Judicial como un principio absoluto— de la entrega por parte de la sociedad de un cheque en blanco a ser llenado por los jueces basándose en subjetivismos de toda especie. De esa garantía tampoco resulta la prerrogativa de inmunización administrativa en cuanto a errores en el proceso decisorio.

El punto que queremos destacar es que el libre convencimiento de los magistrados está necesariamente sujeto a un doble control, que abarca tanto la perspectiva jurisdiccional como la administrativa.

Desde la perspectiva jurisdiccional, el libre convencimiento es controlado por el doble grado de jurisdicción, que genera la posibilidad de la revisión de la decisión por medio de un recurso. En el caso, entonces, el control jurisdiccional del libre convencimiento tendría que ser provocado a partir de un recurso —el *agravo de*

instrumento— ante el fallo favorable que determinó el pago de los R$ 63 millones a los actores de la acción, y debería ser ejercido por el tribunal estadual. La actividad de control jurisdiccional consistiría en verificar si, basándose en las circunstancias fácticas del caso, es posible afirmar que los presupuestos del fallo se encontraban presentes y, por lo tanto, que este fue correcto.

Ya desde la perspectiva administrativa, el libre convencimiento puede ser controlado basándose en las normas sobre procedimientos administrativos, que constituyen una "infraestructura legal" del debido proceso legal administrativo y sin las cuales el libre convencimiento no existe. Los estándares que informan el control administrativo del libre convencimiento del juzgador están expresos en el ordenamiento jurídico brasileño, en la CRFB/88 y en la Loman. O sea: la actividad de control administrativo consiste en analizar si la conducta adoptada por el juzgador en la formación de su decisión respeta los principios de la impersonalidad, moralidad, publicidad, eficiencia (artículo 37 de la CRFB/88) y los deberes de independencia, serenidad y exactitud (artículo 35 de la Loman).

El fallo del CNJ fue en el sentido de que, independientemente del control jurisdiccional, en cuanto control de aplicar el derecho, un control procesal y de mérito que debería ser efectuado y lo fue por los tribunales estadual y superiores, cabía también el ejercicio del control administrativo en el caso, en la medida en que en este no solo no existía el libre convencimiento que fundamenta la imparcialidad necesaria al Estado democrático de derecho, una vez que el juez estaba previamente comprometido con una determinada subjetividad, sino que también había faltado a los principios administrativos de la dignidad, serenidad y exactitud. O sea: el libre convencimiento no es un muro intransponible cementado por una doctrina vetusta del derecho administrativo.

En el fondo, este se transformó en un *leading case* en el cual el CNJ establece que existen principios y límites administrativos que se exigen para el ejercicio del libre convencimiento jurisdiccional, sin lo cual, al decir del escritor, el libre convencimiento sería solo el manto diáfano de la fantasía, en el caso, de la corrupción. El caso ahora se encuentra bajo la apreciación del STF.

4. Conclusión

En ambos casos mencionados, el fallo del CNJ fue sometido al STF. Si se confirman los fallos del CNJ, el proceso de institucionalización del compromiso entre el control externo y el control interno avanzará.

El proceso de institucionalización de un nuevo órgano de control administrativo del Poder Judicial se despliega en etapas que, siendo inicialmente sucesivas, se tornan enseguida concomitantes, no obstante.

Primero, una reivindicación sociopolítica necesaria para la democracia y la estabilidad económica, que se transforma en disputa política entre los tres poderes de la República en el momento de la institucionalización legal —control externo o control

interno— y que enseguida, debido a la estrategia de *institutional building* del doble mensaje, se traduce en la permanente disputa doctrinaria que definirá y redefinirá caso a caso y en cada momento el control real y cambiante de la institucionalización.

En verdad, se trata de un proceso de *institutional building* en el cual las tensiones inherentes a las relaciones entre Estado y sociedad, y armonía o competición entre los poderes, están siempre latentes, y los acuerdos alcanzados son siempre provisorios. Sin entender estas tensiones, es difícil que pavimentemos el camino de la innovación institucional.

Como afirma Mangabeira Unger, los procesos de institucionalización tienen que instaurar una dinámica de permanente institucionalización y cambio al mismo tiempo, en la cual la base de cualquier institucionalización es institucionalizar esta dinámica aparentemente contradictoria —permanecer y cambiar—. Consejo, a todo esto, dado por Lafayette a Jefferson sobre la Constitución norteamericana: sin el apoyo político-social, tendría dificultades de efectividad operativa.

Bibliografía

Arguelhes, Diego W.: "A Dupla Face das decisões do STF", en *Correio Braziliense,* 16 de abril de 2009.

Arida, P., E. Bacha y A. Lara-Resende: "Credit Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil", en Giavazzi, Goldfajn y Herrera (orgs.): *Inflation Targeting, Debt and the Brazilian Experience: 1999 to 2003,* Cambridge (MA): MIT Press, 2005.

Banco Mundial: *Doing Business 2009,* en ‹http://portugues.doingbusiness.org/ExploreEconomies/default.aspx?economyid=28› (16.4.2009)

Conselho Nacional de Justiça: *Justiça em Números 2007,* vol. II, disponible en ‹http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf› (16.4.2009).

Falcão, Joaquim: "O brasileño e o judicial", en *Conjuntura Econômica*, vol. 63, n.º 4, abril de 2009.

— "O futuro é plural: administração de justiça no Brasil", en *Revista USP*, n.º 74 ("Pensando o futuro: Humanidades", junio-agosto de 2007, pp. 22-35.

— "Transgressões Coletivizadas e Justiça por Amostragem", en Fernando Henrique Cardoso y Marcílio Marques Moreira: *Cultura das transgressões no Brasil: Lições da História,* San Pablo: Saraiva, 2.ª ed., 2008.

Falcão, Joaquim, Luis F. Schuartz y Diego Arguelhes: "Jurisdição, incerteza e Estado de Direito", en *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n.º 243, setiembre-diciembre de 2006. San Pablo: Atlas, 2006

Giddens, Anthony: *As consequências da modernidade,* trad. Raúl Fiker, San Pablo: Unesp, 5.ª reimp., 1991.

Guerra, Sérgio: *Discricionariedade e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas,* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Pinheiro, Armando Castelar: "Judicial, reforma e economia: A Visão dos magistrados", artículo preparado como parte del proyecto de investigación *Addressing Judicial Reform in Brazil: Institutions and Constituency Building*, realizado por el Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), disponible en ‹http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf› (16.4.2009).

Sunstein, Cass R.: "Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law", 74 *Social Research* 1 (2007). Traducido al portugués por Diego W. Arguelhes y Pedro J. Cantisano con el título "Acordos constitucionais sem teorias constitucionais", en *Revista de Direito Administrativo*, n.º 246, setiembre-diciembre de 2007.

Tocqueville, Alexis de: *A Democracia na América,* 1835.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 487-496, ISSN 1510-4974

Stefan Jost (Alemania)*

El uso de equipos de votación electrónicos: sentencia doctrinal del Tribunal Constitucional Federal

RESUMEN

En una sentencia doctrinal el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional el uso de equipos de votación electrónicos durante las elecciones al Parlamento federal *(Bundestag)* de 2005, por lesionar el principio de la publicidad del proceso electoral (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental). El uso de tales equipos no se prohíbe de principio, pero su conformidad constitucional queda sujeta a fuertes condicionantes. Se requiere tanto el control eficaz de la acción de votar como la verificabilidad efectiva de los resultados. Ambas condiciones se cumplen en la medida en que los electores tienen la posibilidad de comprobar que los votos válidos emitidos correspondieron efectivamente a las listas electorales y que se determinó correctamente el total de los votos correspondientes a cada lista.

Palabras clave: computadoras electorales, aplicación de la ley, jurisprudencia comentada, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

In einem Grundsatzurteil hat das Bundesverfassungsgericht den Einsatz von elektronischen Wahlgeräten bei der Bundestagswahl 2005 wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl (Art. 38 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) für verfassungswidrig erklärt. Der Einsatz solcher Geräte ist zwar nicht grundsätzlich verboten, jedoch nur unter engen Voraussetzungen verfassungsgemäß. Erforderlich ist eine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung selbst und eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses. Dies ist nur dann gegeben, wenn der Wähler nachvollziehen kann, ob die abgegebenen gültigen Stimmen den Wahlvorschlägen zutreffend zugeordnet und die auf die einzelnen Wahlvorschläge insgesamt entfallenden Stimmen zutreffend ermittelt wurden.

Schlagwörter: Wahlcomputer, Rechtsanwendung, kommentierte Rechtsprechung, Deutschland.

---

* Jurista y politólogo (Universidad de Tréveris), fue representante nacional de la KAS para Bolivia entre 1993 y 1998 y director del programa regional de la KAS Estado de Derecho y Democracia en América Latina de 1998 a 2001. Dirige actualmente la oficina de la KAS en Colombia. ‹Stefan.Jost@kas.de›

ABSTRACT

In a doctrinal decision of the Federal Constitutional Court the use of electronic voting equipment during the election of members for the Federal Parliament (Bundestag) in 2005 was declared to be unconstitutional, because it disregarded the principle of publicity of the electoral process (Fundamental Law, Articles 38 and 20). Although the use of such equipment is not forbidden in principle, its conformity with the Constitution is subject to strict requirements, including the effective control of the act of voting as well as reliable verifiability of results. Both conditions are met to the extent electors are able to accurately determine that votes legally cast actually correspond to the electoral lists, and that the total number of votes was correctly determined for each list.

Keywords: voting machines, law enforcement; annotated jurisprudence, Germany.

En una sentencia doctrinal el Tribunal Constitucional Federal ha declarado inconstitucional el uso de equipos de votación electrónicos durante las elecciones al Parlamento federal (*Bundestag*) de 2005 por lesionar el principio de la publicidad del proceso electoral (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental). El uso de tales equipos no se prohíbe de principio, pero su conformidad constitucional queda sujeta a fuertes condicionantes. Se requiere tanto el control eficaz de la acción de votar como la verificabilidad efectiva de los resultados. Ambas condiciones se cumplen en la medida en que los electores tienen la posibilidad de comprobar que los votos válidos emitidos correspondieron efectivamente a las listas electorales y que se determinó correctamente el total de los votos correspondientes a cada lista.

El uso de equipos de votación electrónicos, también conocidos como *computadoras electorales,* ha cobrado una relevancia creciente. Mientras en algunos países de América Latina fueron introducidos hace varios años, en otros, como por ejemplo Colombia, las obligaciones legales contraídas han colocado la adopción de tales equipos en la agenda política.

Por ahora los equipos de votación electrónicos tienen una incidencia mínima en la República Federal de Alemania, aunque las bases legales para su uso se sentaron hace varias décadas. Sobre la base de la Ley Electoral federal, aprobada en 1956 y enmendada en 1975, se promulgó en 1961 un decreto "sobre el uso de equipos para el conteo de los votos durante las elecciones al *Bundestag*", que se enmendó en 1975. Este autorizó el uso de equipos de votación mecánicos y eléctricos en esas elecciones, con la condición de que los modelos empleados estuvieran habilitados y su aplicación contara con la necesaria autorización. Sin embargo, por varias razones esos equipos mecánicos de votación no tuvieron éxito en Alemania.

El primer uso masivo de los equipos de elección electrónicos[1] se produjo en 2005, en ocasión de las elecciones a la 16.ª legislatura del *Bundestag.* En esas elecciones unos dos

[1] Las bases para la introducción de los equipos de votación electrónicos se crearon mediante la introducción de enmiendas a la Ley Electoral federal, en 1993, y al decreto federal sobre el uso de equipos de votación, en 1999.

millones de electores habilitados emitieron su voto por medio de equipos controlados por computadora.

Los equipos de votación utilizados[2] son controlados por un microprocesador y un programa de *software*. Los votos emitidos por medio de esos equipos se almacenan exclusivamente en una memoria electrónica; después del cierre de los colegios electorales el equipo de votación procede al conteo electrónico de los votos. A continuación el equipo indica los resultados, que pueden ser impresos por una impresora integrada al equipo.

El programa, que regula el registro de la emisión de los votos y el conteo de los resultados, está integrado a dos *chips* de almacenamiento electrónico. Estos están instalados en el equipo, que cuenta con una cubierta fijada con tornillos y protegidos con dos sellos colocados por el fabricante. Los votos que se emiten mediante este equipo de votación —además de las combinaciones entre ambos (primer y segundo voto)—[3] se registran en una unidad de almacenamiento extraíble en forma de disquete, el llamado *módulo de almacenamiento de los votos* o *urna electrónica*. En este módulo se registran asimismo los datos correspondientes a las hojas de votación, las relaciones entre las teclas y las listas electorales, la fecha de las elecciones y el colegio electoral.

Los equipos de votación tienen un teclado (la *pantalla del elector*) sobre el cual está colocada una copia de una hoja de votación igual a la hoja oficial impresa. Por encima del teclado se encuentra un *display* (*display* LCD) que sirve de guía al elector durante la emisión del voto y le permite el control de su elección. Tanto el teclado como el *display* LCD cuentan con dos protectores visuales laterales. Los equipos de votación están conectados a una unidad de control sobre el escritorio de la mesa electoral. La unidad indica a la mesa la emisión de cada voto mediante el incremento en uno del número total de electores registrados. Luego de la emisión del voto por un elector, el equipo de votación queda bloqueado hasta que la mesa electoral lo habilite para el elector siguiente.

El equipo de votación cuenta con un componente de programación y lectura, mediante el cual la dependencia municipal autorizada está en condiciones de preparar, en combinación con una computadora personalizada, los módulos de almacenamiento de los votos antes de las elecciones y de leer la información relativa a la votación luego de concluir la acción de votar, para facilitar su posterior procesamiento.

El equipo de votación puede desplegar e imprimir el número único de identificación de cada equipo, así como los números de modelo del *software* y *hardware* y dos sumas de control, formadas por un algoritmo que integra el *software* del equipo de votación. Estos datos pueden ser comparados con la información indicada en la placa de datos técnicos del equipo de votación y la declaración de concordancia de la construcción.

---

[2] Algunas partes de la descripción de los equipos repiten textualmente la exposición de antecedentes del Tribunal Constitucional Federal.

[3] Mediante el primer voto se elige el candidato del distrito electoral y por medio del segundo —de importancia decisiva para la distribución de los mandatos y por ende para la relación de fuerzas entre los partidos— una lista partidaria.

Según las disposiciones vigentes, los equipos de votación electrónicos requieren la habilitación del modelo de construcción y la autorización previa de su uso. La habilitación del modelo está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos técnicos, incluidos la identificación, el diseño técnico y el funcionamiento de los equipos. En esta instancia se adopta una serie de definiciones en torno a la presentación de las listas electorales, el manejo y la facilidad de manejo del equipo, la emisión del voto, el almacenamiento de los votos y el copiado de seguridad. La certificación queda a cargo del Instituto Federal de Física y Metrología.

Después de la emisión del certificado, que habilita el modelo, la utilización de los equipos de votación de cualquier tipo debe ser autorizada con anterioridad a cada elección. En esa instancia se debe presentar una declaración de concordancia de los equipos de votación utilizados con el modelo ensayado y habilitado.

Varios ciudadanos presentaron recursos de revisión del procedimiento electoral ante el Tribunal Constitucional Federal, luego de que el *Bundestag* rechazara sus objeciones.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 2 de marzo de 2009 (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07) accedió en gran parte a los recursos presentados y los consideró fundados,

> […] en el entendido de que se oponen a que el decreto federal sobre el uso de equipos de votación autoriza la utilización de equipos de votación controlados por procesadores, sin asegurar un control eficaz de la determinación de los resultados. En este sentido se constata una violación del principio de la publicidad del proceso electoral según el artículo 38 de la Ley Fundamental junto con el artículo 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental (91).[4]

En una primera fase el Tribunal Constitucional Federal se ocupa del criterio a seguir en la revisión y de las disposiciones constitucionales que deben ser tenidos en cuenta en este proceso.

La decisión del Tribunal Constitucional Federal parte del supuesto de que el uso de los equipos de votación controlados por procesadores debe ser evaluado a partir del criterio de la publicidad del proceso electoral (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental).

Artículo 38:

> (1) Los diputados del Bundestag alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia.
>
> (2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad.

[4] Entre paréntesis se indican los números al margen de los párrafos de la sentencia.

> (3) La regulación se hará por una ley federal.
>
> Artículo 20:
>
> (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.
>
> (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

A continuación se exponen las líneas de argumentación más relevantes para la fundamentación de la sentencia con base en criterio mencionado.

En opinión del Tribunal Constitucional Federal la publicidad del proceso electoral constituye la condición fundamental para la formación democrática de la voluntad política. El principio de la publicidad del proceso electoral es deducido de las opciones constitucionales fundamentales por el orden democrático y republicano y el Estado de derecho (artículos 38 y 20, incisos 1 y 2, de la Ley Fundamental). La publicidad del proceso electoral comprende el proceso de definición de listas electorales, la acción de votar (con excepción del acto de sufragar, para el cual rige el secreto electoral) y la determinación del resultado electoral. La publicidad del proceso electoral opera como garante de la regularidad y transparencia de los procesos electorales y

> […] crea de esta forma una precondición relevante para la confianza fundada de los ciudadanos en la realización correcta de las elecciones. El régimen de la democracia parlamentaria, en la cual la soberanía del pueblo es mediatizada por las elecciones y por ende no se ejerce de forma inmediata y continua, requiere que el acto de delegación de la responsabilidad por el Estado a los representantes parlamentarios esté sujeto a un control público especial. (106)

Ante la creciente tecnificación de los espacios vitales relevantes, que a menudo viene acompañada tanto de un lenguaje técnico incomprensible para el ciudadano común como de contextos tecnológicos que a juicio de los expertos deberían ser entendidos por todos, una aclaración del Tribunal Constitucional Federal merece ser destacada:

> Todos los ciudadanos deben estar en condiciones de comprender y entender fehacientemente los pasos esenciales de una elección, sin disponer de mayores conocimientos técnicos previos. (109)

La legitimidad democrática de una elección exige la posibilidad de controlar el proceso electoral, de modo de excluir o corregir cualquier manipulación y desmentir cualquier sospecha injustificada. La transparencia del ejercicio del poder estatal y la posibilidad de controlarlo forma parte de la fundamentación de la publicidad del proceso electoral a partir del Estado de derecho.

El siguiente aspecto resulta decisivo para la argumentación del Tribunal Constitucional Federal:

> El principio de la publicidad del proceso electoral requiere que todos los pasos relevantes del proceso electoral sean públicamente verificables, a no ser que otros intereses constitucionales justifiquen una excepción a este principio. Un procedimiento electoral, en el cual el elector no puede verificar fehacientemente, si su voto queda registrado sin alteraciones e integrado al proceso de determinación del resultado electoral, ni cómo la totalidad de los votos emitidos son relacionados y contados, sustrae algunos aspectos fundamentales del proceso electoral del control público, incumpliendo en consecuencia los requisitos constitucionales. (111, 112)

Es de destacar que el Tribunal no deduce la inconstitucionalidad plena del uso de equipos de votación electrónicos de los principios mencionados. Pero la conformidad constitucional de su uso está sujeta a condiciones estrictas.

El Tribunal Constitucional Federal formula su temor inicial cuando se refiere expresamente al peligro de "posibles manipulaciones y fallas de los equipos de votación electrónicos", y a que "las injerencias en el funcionamiento de los equipos de votación electrónicos permiten de principio que un esfuerzo relativamente menor produzca un efecto mayor" (118).

Posteriormente la fundamentación de la sentencia del Tribunal establece algunas condiciones para el uso de equipos de votación electrónicos.

Al respecto explica que no será suficiente indicar al elector que, al ejercer su derecho a controlar,

> […] confíe en el funcionamiento del sistema sin la posibilidad de comprobarlo personalmente. Por lo tanto no alcanza con que se le confirme el registro de la emisión de su voto exclusivamente mediante una información electrónica. Por esta vía el elector no puede ejercer un control suficiente (120).

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional Federal formula explícitamente el requisito de un "control complementario": luego de la emisión los votos de los electores no deben ser almacenados exclusivamente en un procesador electrónico (120). Se necesita un "control fehaciente de la veracidad" (121). Este se podría garantizar por medio de equipos de votación electrónicos

> […] que ofrezcan otro registro de los votos, a parte del almacenamiento electrónico. Esto será posible especialmente mediante el uso de aquellos equipos de votación electrónicos que complementen el registro electrónico del voto con la impresión de un protocolo sobre papel del voto emitido que sea legible para cada elector, que pueda ser controlado previo a la emisión definitiva del voto y que sea entregado para facilitar el conteo de control (121).

La sentencia discute seguidamente algunos argumentos a favor del uso de los equipos de votación electrónicos.

Se establece que, con respecto a la implementación de la equidad electoral según el artículo 38.1, frase 1, de la Ley Fundamental el argumento que hace referencia a la posibilidad de evitar errores en el relleno de la hoja de votación debe ser tenido en cuenta. Sin embargo, no se podrá deducir del mencionado argumento "la renuncia a la verificabilidad de la acción de votar" (127).

El Tribunal Constitucional Federal rechaza también la alegación según la cual se trataría de establecer, con la mayor brevedad, las bases para la formación de una representación popular con capacidad de actuar. La Ley Fundamental no obliga a que el resultado final del escrutinio se conozca a poco tiempo de cerrar los colegios electorales.

En resumen, el Tribunal Constitucional Federal no reconoce la existencia de otros intereses constitucionales en función de los cuales se podrían imponer restricciones al principio de la publicidad del proceso electoral.

Aun para aquellos casos en que este principio no esté lesionado, el Tribunal se refiere expresamente a la reserva parlamentaria, con base en los principios del Estado de derecho y de la democracia, según la cual es competencia del Poder Legislativo tomar las decisiones relevantes en las áreas normativas fundamentales y muy especialmente en materia de realización de los derechos básicos:

> […] teniendo en cuenta las particularidades del uso de los equipos de votación electrónicos su reglamentación corresponde al poder legislativo, porque se trata de establecer los prerrequisitos para la utilización de tales equipos. En este marco se debe decidir tanto sobre la admisibilidad de la utilización de equipos de votación como sobre los prerrequisitos generales para su utilización. Decisiones como éstas no pueden ser delegadas a la autoridad con poder de reglamentación. (134)

El Tribunal Constitucional Federal concluye:

> […] a raíz de que la determinación del resultado fue exclusivamente el objeto de un proceso de procesamiento de datos al interior de los equipos de votación, ni los órganos electorales ni los ciudadanos presentes durante la determinación de los resultados tuvieron la posibilidad de verificar, si los votos válidos emitidos se relacionaron correctamente con las listas electorales y si se determinó correctamente el total de los votos emitidos por cada lista electoral. (156)

El Tribunal asignó una importancia tal a este aspecto que ni siquiera se expidió acerca de la admisibilidad de las otras alegaciones de los demandantes. Estas se refieren al diseño de los equipos electorales y el *software,* el ensayo insuficiente de los prototipos y la habilitación del modelo de construcción. En opinión del Tribunal, estas alegaciones no tendrían ningún peso específico al lado de la lesión del principio de la publicidad del proceso electoral, aun en la eventualidad de que todas fueran fundadas.

El Tribunal Constitucional Federal desestimó parcialmente los recursos de revisión del procedimiento electoral, negando la solicitud de los demandantes de anular y repetir las elecciones en los distritos electorales afectados. Para fundamentar su posición el expuso fundamentalmente lo siguiente (158-162):

El error electoral incurrido debido a la admisión y utilización de los equipos de votación a pesar de la definición insuficiente de las bases legales no modifica, en sí, el resultado de las elecciones ni cobra relevancia alguna con respecto a los mandatos. Aun suponiendo que fuera relevante para la asignación de los mandatos no se produciría la anulación de las elecciones al *Bundestag*. En caso de comprobarse la relevancia para la asignación de los mandatos,

> […] la decisión de la revisión de procedimiento electoral del Tribunal Constitucional Federal queda sujeta al principio de la menor intervención […] En todos los casos deben equilibrarse el requisito de proteger la estabilidad de la representación elegida por el pueblo, cuyo fundamento legal está dado por el principio democrático, y los efectos del error electoral detectado […] Aun en aquellos casos en que el error electoral con relevancia para la asignación de los mandatos esté limitado a determinados mandatos, por lo que no habría que anular la elección en su totalidad, se debe proceder a una valoración, cuyo resultado podría ser favorable al principio de protección de la estabilidad.

Según el Tribunal no hay evidencia de que los equipos de votación "hayan tenido un funcionamiento defectuoso o hayan sido manipulados, lo que habría distorsionado el resultado electoral en los distritos afectados" (162), por lo cual los posibles efectos deberían ser considerados marginales. En el caso bajo estudio prevalece, por lo tanto, el interés en la protección de la estabilidad.

El Tribunal Constitucional Federal pronunció una sentencia doctrinal importante en el momento justo, estableciendo así el marco constitucional y normativo para los futuros debates y regulaciones sobre la utilización de equipos de votación electrónicos.

Esta sentencia, que no se opone a la tecnología, contrapone el escepticismo realista y constitucionalmente fundado a la fe y la confianza sin límites en las supuestas bondades de las modernas tecnologías de la información.

Resultan convincentes los criterios establecidos a partir del principio constitucional de la publicidad del proceso electoral, cuya base es la confianza indispensable de los electores en la realización correcta del proceso electoral como condición primordial de la legitimidad democrática. Gracias a la sentencia, en Alemania se desactivó el peligro del *black-box-voting*. Por lo tanto, no debe sorprender que las reacciones hayan sido enteramente positivas.

Si bien el Tribunal Constitucional Federal ha optado por calificar como no contundentes en comparación con la lesión del principio de la publicidad del proceso electoral a varias de las alegaciones de los demandantes y, en consecuencia, por dejar sin resolver si están fundadas, esto no debe hacer olvidar una serie de problemas adicionales relacionados con la utilización de los equipos de votación electrónicos. Por lo

tanto, no se debe descartar que los aspectos actualmente no decisivos adquieran un peso mayor, aun teniendo en cuenta los requisitos del principio de la publicidad del proceso electoral. Podemos suponer que la decisión actual del Tribunal Constitucional Federal con respecto a los equipos de votación electrónicos será seguida de otras en la misma materia.

En lo referido a temas y problemas constitucionales como el presente, que son el objeto de discusiones en casi todo el mundo, surge lógicamente la pregunta de si una sentencia como la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal podría ser transferida a otros contextos históricos, políticos, sociales, culturales y constitucionales.

Sin duda el legislador tendrá que diferenciar y ponderar críticamente, caso por caso, el significado real de las razones a favor de la introducción de equipos de votación electrónicos. Por ejemplo, carece de fundamento el argumento de que los equipos de votación electrónicos ayudarían a determinar con mayor celeridad los resultados de las elecciones, ya que en Alemania los primeros pronósticos se dan a conocer a pocos segundos del cierre de los locales electorales, seguidos por un primer cómputo a los 20 minutos, que suele mostrar pocas variaciones, y la publicación del resultado oficial de las elecciones a una o dos horas del cierre.

A diferencia del Tribunal Constitucional Federal, que sostiene el peligro de una manipulación de los equipos de votación electrónicos, otros países, especialmente en América Latina, se muestran esperanzados de que la introducción de tales equipos ayude a reducir y hasta a suprimir por completo la posibilidad de cometer fraude electoral.

Si bien se debe tener en cuenta de qué forma las condiciones específicas en cada contexto inciden en la fundamentación de la introducción de los equipos de votación electrónicos, las conclusiones constitucionales de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal podrían servir como guía, a pesar de las diferencias en la configuración de los sistemas constitucionales democráticos. El debate sobre la sentencia en el contexto de otros países podría contribuir, además, a que no se repitan titulares como este: *El uso de equipos de votación electrónicos: "útil, moderno, inconstitucional"*.[5]

Muchos países del mundo comparten la preocupación por la legitimidad democrática y el mantenimiento de la confianza ciudadana en las elecciones democráticas como base del sistema y, en consecuencia, de la continuidad o la creación de democracias estables, y la jurisdicción constitucional está llamada a participar en la protección de las condiciones constitucionales generales.

[5] Así el título de uno de los principales programas de noticias televisivas de Alemania, *Tagesschau,* del 3 de marzo, luego de conocerse la sentencia del Tribunal Constitucional Federal.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 497-515, ISSN 1510-4974

Francisco J. Menin (Argentina)*

La política de cohesión y convergencia en los procesos de integración regional

RESUMEN

El Mercosur vive una realidad de desigualdad social y disparidad de desarrollo entre sus socios. Las políticas de cohesión y convergencia se presentan adecuadas para afrontar esta situación desde un proceso de integración. Conceptualmente la cohesión económica y social busca promover un desarrollo homogéneo y la igualdad de oportunidades; la convergencia, por su parte, es la tendencia a igualar los valores del producto bruto interno por persona de los países. Ambas requieren de la solidaridad como componente esencial. La Unión Europea ha incorporado estas políticas durante décadas, receptándolas en sus tratados constitutivos y en su proceso de decisión política. El Mercosur inició recientemente su camino con la creación del Fondo de Convergencia Estructural, que constituye un indicio esperanzador para América del Sur.

Palabras clave: Mercosur, Unión Europea, integración regional, integración económica, cohesión económica y social.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Realität des Mercosur ist durch das soziale Gefälle zwischen seinen Mitgliedern und deren unterschiedlichen Entwicklungsniveaus gekennzeichnet. Die politischen Maßnahmen zur Stärkung der Kohäsion und Konvergenz sind im Sinne des Integrationsprozesses dazu geeignet, mit dieser Situation umzugehen. In konzeptioneller Hinsicht geht es bei der sozioökonomischen Kohäsion darum, einen Beitrag zu einer homogeneren Entwicklung und zur Chancengleichheit zu leisten, während unter Konvergenz die Tendenz zur Angleichung der Pro-Kopf-Einkommen in den Mitgliedsländern verstanden wird. Eine wesentliche Komponente ist in beiden Fällen die Solidarität. Die Europäische Union setzt entsprechende Politikansätze seit Jahrzehnten um und hat sie in ihre Gründungsverträge und politischen Entscheidungsprozesse aufgenommen. Einen entsprechenden Weg hat der Mercosur vor Kurzem mit der Einrichtung des Fonds für strukturelle Konvergenz eingeschlagen, was als ein vielversprechender Ansatz für Südamerika zu werten ist.

* Miembro del Centro de Estudios Comunitarios, del Centro de Investigaciones sobre Derecho y Economía y del Módulo Jean Monnet en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Socio del Estudio Jurídico Toledo & Menin.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Schlagwörter: Mercosur, Europäische Union, regionale Integration, wirtschaftliche Integration, sozioökonomische Kohäsion.

ABSTRACT

Mercosur is going through a stage of social inequality and developmental asymmetries among its members. The policies of cohesion and convergence appear adequate to address this situation through a process of integration. Conceptually, economic development and social cohesion attempt to promote homogeneous development and equal opportunities; convergence, in turn, is the trend to equalize the values for the gross domestic product per cápita in the member countries. These policies require solidarity as an essential component. The European Union has employed these guiding principles for decades, including them both in the treaties that set forth its constitutional basis as well as in the political decision-making process. Mercosur has recently started on this path with the creation of a Structural Convergence Fund, which is a hopeful sign for South America.

Keywords: Mercosur, European Union, regional integration, economic integration, economic and social cohesion.

1. Introducción

Llegando ya a los 20 años de vida, el Mercosur se encuentra en un momento complejo. Enfrenta diversos desafíos y una crisis de fe en la integración como modo adecuado para lograr el pleno desarrollo de las naciones que lo integran. Esto se manifiesta en el pensamiento del ciudadano medio, que lo considera algo ajeno; en los actores económicos, que plantean dudas sobre su utilidad; en la escasa integración de las cadenas productivas y en diversos cuestionamientos más.

Desde el discurso político se valora y apuesta férreamente al Mercosur, pero la integración en materia económica está demorada, se dificulta avanzar y profundizar, y las cíclicas crisis económicas que sufren sus países miembros atentan contra una planificación estratégica. Sin embargo, se producen avances institucionales novedosos, algunos esperanzadores y otros que despiertan dudas.

Se presenta de esta manera un momento de reflexión, un espacio en el que es válido regresar a aquel espíritu fundacional y formular todas las preguntas, incluso aquella más difícil: ¿por qué nos integramos?

Integrarse es unirse las partes para constituir un todo[1] o, como enseña el Dr. Ciuro Caldani, es entablar vinculaciones más estrechas entre las partes, vinculaciones económicas, territoriales, poblacionales, etcétera.[2] Y la integración es el modo más estrecho que tienen las naciones para acercarse y convivir.[3]

---

[1] Vocablo *integrar,* en Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, Buenos Aires: Espasa Calpe, 2003, t. 6, p. 873.

[2] Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Las continuidades vitales y la integración", en *Derecho de la Integración*, n.º 15, Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2004, p. 16.

[3] Luis Andorno: "Algunos aspectos de la integración del Mercosur y la Unión Europea", en *Derecho de la Integración*, n.º 17, Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2005, p. 9.

Iniciar un proceso de esta naturaleza responde a objetivos estratégicos de los países, y el cumplimiento de estos objetivos en plazos razonables es lo que determina el éxito o fracaso del emprendimiento. El objetivo económico se manifiesta como la aspiración a un mayor desarrollo, y los objetivos políticos son diversos, conforme a las particularidades de cada proceso y cada país.

El Mercosur ha establecido en el Tratado de Asunción al desarrollo económico y social como el objetivo primordial del proceso. Lo recepta y desarrolla en el primer y el segundo considerandos del tratado fundacional. Es deber entonces reflexionar sobre si el Mercosur ha promovido el desarrollo económico y social de sus naciones, en qué medida y qué desafíos están pendientes. Algunos datos económicos pueden resultar de utilidad para comprender el estado de situación.[4]

Un análisis comparativo entre la evolución del producto bruto interno (PBI) per cápita de los Estados Unidos y los países miembros del Mercosur[5] demuestra que, mientras en 1990 Brasil poseía un PBI per cápita que representaba el 23% del de Estados Unidos, en 2004 había descendido a 21%, pese a las constantes tasas de crecimiento. Paraguay presenta el escenario más dramático, habiendo descendido del 17% en 1990 al 12% en 2004. Uruguay presenta un leve descenso del 25 al 24% respectivamente. Y Argentina es el único país miembro que muestra un incremento de 32% en 1990 a 34% en 2004. Estos datos permiten afirmar que el Mercosur no ha tenido un desempeño económico alentador en comparación con el promedio mundial.

También nos permiten observar que los resultados de las últimas décadas han sido dispares para los países del Mercosur. Brasil ha mantenido un nivel de crecimiento sostenido y ha iniciado un exitoso proceso de diversificación productiva y presencia económica internacional, pero mantiene importantes niveles de pobreza e indigencia. Argentina ha sufrido importantes crisis y modificaciones en su estructura social y productiva, mantiene últimamente un ritmo de crecimiento sostenido, pero en los años noventa ha generado niveles de pobreza alarmantes y paulatinamente perdió diversificación en su matriz exportadora en el Mercosur. Paraguay posee una situación social complicada, con altos niveles de indigencia y pobreza, y carencias estructurales en su economía.

Esta situación se manifiesta en que el producto bruto interno por paridad de poder adquisitivo (PBI PPA) per cápita varía en la región de 14.280 dólares estadounidenses (USD) en Argentina a 4.642 USD en Paraguay o 2.819 USD en Bolivia.[6] Asimismo los niveles de pobreza e indigencia varían de 7,7% en Uruguay a 43,4% en Paraguay o 65,4% en Bolivia.[7]

---

4 Para un panorama económico-social conciso y acabado véase José Luis Machinea y Andras Uthoff: "La importancia de la cohesión social en la inserción internacional de América Latina", en Comisión Económica para América Latina y el Caribe: *Integración económica y cohesión social: lecciones aprendidas y perspectivas*, Santiago de Chile: CEPAL, 2005, pp. 23-47.

5 Manuel Agosin: "América Latina en el escenario internacional. Una visión económica", en Patricio Leiva Lavalle (comp.): *Los caminos para la integración de América Latina*, Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes, 2008, p. 99.

6 PNUD: *Índice de desarrollo humano 2007*, Nueva York: Naciones Unidas, 2008, p. 231.

7 Ibídem, p. 240.

Lo dramático es que las desigualdades se manifiestan en dos variables diferentes. Una es social. América Latina es la región con peor distribución del ingreso del mundo, con un coeficiente de Gini de 51,3 en Argentina en 2004, 57 en Brasil en el mismo año, y 58,4 en Paraguay en 2003,[8] frente a 40,6 que presenta Asia en promedio o 30,1 en Europa del Este.[9]

La otra variable es territorial, dado que los niveles de desarrollo dentro de cada país difieren notablemente: se acrecientan en las urbes más importantes y desaparecen paulatinamente en el interior de sus territorios.

Se presenta entonces un desafío estructural: que el desarrollo económico y social alcance a toda la población y todos los territorios. Es una carencia histórica de nuestros países que hoy se convierte en una carencia del Mercosur.

En este contexto se hace imperioso analizar las políticas de cohesión, convergencia y solidaridad en los procesos de integración y el aporte que el derecho puede realizar.

2. Nociones conceptuales

2.1. La cohesión económica y social

El concepto de cohesión ha adquirido reciente notoriedad en el debate académico y político de América Latina. Sin embargo no existe uniformidad en cuanto a su significado y contenido; se habla indistintamente de cohesión social, económica, estructural, de infraestructura, etcétera.

Tampoco hay consenso sobre el contenido y el objetivo de cada una de estas facetas. Por ejemplo, se alude a la cohesión social como medio para el desarrollo social y económico, como un resultado de política pública, o para construir nociones teóricas como capital social, integración social, inclusión social o ética social.[10]

Es posible comenzar una aproximación conceptual con la definición que ofrece la Real Academia:

> *cohesión* (Del lat[ín] *cohaesum,* supino de *cohaerēre,* estar unido). *f.* Acción y efecto de reunirse y adherirse las cosas entre sí o la materia de la que están formadas. […] 3. *f. Fís[ica]* Unión entre las moléculas de un cuerpo. || 4. *f. Fís[ica]* Fuerza de atracción que las mantiene unidas.[11]

La definición no presenta divergencias notorias en los idiomas inglés, *cohesion,* y francés, *cohésion*.

---

[8] Ibídem, p. 283.

[9] Bernardo Kliskberg: "América Latina: La región más desigual de todas", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XI, n.º 3, Maracaibo, 2005, p. 414.

[10] Mariana Chudnovsky: "Cohesión social y pobreza en América Latina: ¿cómo no repetir errores del pasado?", en *Diálogo Político*, n.º 2, Buenos Aires, 2008, p. 31.

[11] Real Academia Española: o. cit., t. 3, p. 394.

Se brindan de esta manera dos ideas interesantes. En primer lugar, la cohesión es la unidad. En segundo lugar, se trata simultáneamente de una acción y un efecto: para lograr la cohesión como efecto deben realizarse acciones de cohesión.

Pero continúa siendo una noción abstracta, lo que permite que sea aplicada a diversos aspectos de la política. Probablemente esto se deba a que la relevancia de la cohesión en el marco de la integración regional tiene origen político y no teórico.[12] Fue incorporada como objetivo de la Unión en el artículo segundo del Tratado de la Unión Europea,[13] celebrado en Maastricht en 1992, y se lo se asocia con el espacio supranacional como promotor de un desarrollo homogéneo con igualdad de oportunidades en todo el territorio integrado. La Comisión Europea, si bien no ha emitido un concepto oficial, la entiende como "prevenir y erradicar la pobreza y la exclusión y promover la integración y participación de todos en la vida económica y social".[14]

De esta manera es posible delimitar la cohesión económica y social en la integración regional como:

a. un objetivo y un conjunto de acciones concretas para lograrlo;
b. que abarca múltiples dimensiones: política, económica, social, territorial, etcétera;
c. cuyo fin lograr el desarrollo pleno y homogéneo y la igualdad de oportunidades;
d. que busca la convergencia de desarrollo en todas aquellas facetas que presenten una desigualdad: territorio, género, grupo social o étnico, sector económico, etcétera;
e. que se implementa mediante acciones concretas que estimulen el desarrollo de aquellos sectores o territorios que posean menor desarrollo relativo;
f. que para ser efectivo requiere ser incorporado como variable en todas las políticas del proceso de integración;
g. que tiene estrecha vinculación con la gobernabilidad, la calidad de las instituciones, y la legitimidad de sistema democrático[15] y del proceso de integración.

Delimitado el concepto, es valido preguntarse por qué la cohesión debe ser un tema abordado desde un espacio integrado. En este sentido es de aplicación el principio de subsidiariedad de la integración, conforme al cual la actuación desde el espacio comunitario solo es válida en la medida en que sea más eficaz que la sola actuación de los

[12] Chudnovsky: o. cit., p. 32.

[13] Tratado de la Comunidad Europea, y modificación del Tratado de Niza (versión consolidada) ES C 325/42, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 24.12.2002.

[14] Comisión Europea: ‹http://ec.europa.eu/external_relations/la/sc/sc_es/01_what_es.htm› (18.2.2007).

[15] Christian Dreses y José Antonio Sanahuja: "La cohesión social y las relaciones Unión Europea-América Latina", en *La cohesión social en la agenda de América Latina y la Unión Europea*, Lima: IEP-OBREAL, 2006, p. 34.

estados parte.[16] Y se manifiesta claramente la mayor capacidad económica y política de un proceso de integración para afrontar este desafío en complemento al trabajo que realice cada gobierno, dado que la política de cohesión es en gran medida una transferencia de recursos económicos e inversión productiva.

Asimismo, una respuesta adecuada ha brindado el comisario de la Unión Europea, Christopher Patten, en la Reunión Ministerial entre la Unión Europea y el Grupo de Río en Vouliagmeni (Grecia) en marzo de 2003, quien delineó en su discurso tres motivos para dar prioridad a la cohesión en la integración. En primer lugar un motivo moral, porque la exclusión y la miseria son contrarias a la dignidad humana y a los derechos humanos básicos; en segundo lugar un motivo económico, porque los estudios demuestran que la desigualdad es un freno al desarrollo; y finalmente un motivo político, porque la desigualdad y la exclusión debilitan la democracia y contribuyen a la falta de estabilidad y seguridad.[17]

Es preciso entender que la existencia de desequilibrios en el espacio integrado es un indicio de que el potencial humano no se está utilizando en su plena capacidad y no se están aprovechando oportunidades económicas que podrían beneficiar al bloque en conjunto.[18] O en palabras de la Comisión Europea:

> El costo de no seguir una enérgica política de cohesión para luchar contra las disparidades conllevaría no solo una perdida de bienestar personal y social, sino también, desde un punto de vista económico, una pérdida de renta potencial y de un nivel de vida más alto […] Dadas las interdependencias inherentes a una economía integrada, estas pérdidas afectarían no solo a las regiones menos competitivas […] sino a todos los ciudadanos de la Unión.[19]

2.2. La convergencia económica

Convergencia es un término económico sobre el cual se debate intensamente, pero no por su significado, sino por la lógica de su dinámica. El *Diccionario* de la Real Academia lo define como:

> *convergencia* (Del lat[ín] *convergens, -entis,* convergente). 1. *f.* Acción y efecto de convergir.

---

[16] Tratado de la Comunidad Europea y modificación del Tratado de Niza (versión consolidada) ES C 325/42, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 24.12.2002, artículo 5.

[17] *Patten:*‹http://europa.eu.int/comm/external_relations/news/patten/sp03_160.htm› (18.2.2007).

[18] Santiago Gonzales Cravino: "Globalización, integración y cohesión social. El caso Mercosur", en Rolando Franco y Armando Di Filippo (comps.): *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*, Santiago de Chile: CEPAL, 1999, pp. 49-66.

[19] Comisión Europea: "Una nueva asociación para la cohesión. Convergencia, competitividad, cooperación", en Comisión Europea: *Tercer informe sobre cohesión económica y social*, Luxemburgo: Comunidades Europeas, 2004, p. xxvi.

> *convergir* (Del lat[ín] *convergĕre*). 1. *intr.* Dicho de dos o más líneas: Dirigirse a unirse en un punto. […].[20]

Económicamente la noción se aplica a la relación existente entre economías según estas tengan una tendencia convergente o divergente en sus valores de producto bruto per cápita.

Pero los estudios económicos divergen respecto de la dinámica que adquieren estas tendencias en la realidad. El debate básico se produce entre dos teorías. Los teóricos neoclásicos poseen una visión optimista del desenvolvimiento de la economía, dado que entienden que en el largo plazo el mercado permite a las economías subdesarrollas crecer más rápidamente que las avanzadas, por lo cual en un determinado momento tienden a equipararse.[21] Opuesta, la teoría del crecimiento endógeno postula que la dinámica del mercado impulsa una acumulación creciente de riqueza en las economías más desarrolladas, lo que produce una divergencia mayor.[22]

Este debate se ha ramificado en múltiples teorías y modelos de análisis. De estos resultan interesantes los conceptos de *beta convergencia* y *sigma convergencia*.[23] Se entiende que entre dos países se produce una beta convergencia cuando el país con menor PBI per cápita crece más rápido que aquel con PBI mayor. Asimismo, se produce la sigma convergencia cuando entre ambos países disminuye la dispersión y la desigualdad de PBI per cápita. Ambos fenómenos se acompañan: para que exista una sigma convergencia debe producirse necesariamente una beta convergencia.

El concepto de convergencia es netamente económico y en él subyace una concepción del desarrollo como mero crecimiento del PBI. Esta visión económica, pese a estar ampliamente difundida, nos parece limitada y abstracta en algunos aspectos.[24] Sin embargo, complementada con el concepto de *cohesión social y económica* se aproxima a una noción cabal de desarrollo aplicable a los procesos de integración.

El desarrollo debe medirse en términos económicos, sociales, políticos, y por lo tanto las políticas de desarrollo no deben plantearse únicamente en términos técnico-económicos, sino analizando el marco estructural en que se desenvuelve y conforme a las condiciones de viabilidad.[25]

---

[20] Real Academia Española: o. cit., p. 438.

[21] Edgard Moncayo Jiménez: "El debate sobre la convergencia económica internacional: enfoques teóricos y evidencia empírica", en *Economía y Desarrollo*, vol. 3 n.º 3, Bogotá, 2004, p. 8.

[22] Moncayo Jiménez: o. cit., p. 9.

[23] Xavier Sala-i-Martin: "Regional cohesion: Evidence and theories of regional growth and convergence", en *European Economic Review*, n.º 40, Maastricht, 1996.

[24] Véase Osvaldo Sunkel y Pedro Paz: *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, Madrid: Siglo XXI, 1973, p. 32.

[25] Ibídem, p. 39.

2. La solidaridad

La política de cohesión y convergencia debe ser acompañada por una política de solidaridad entre los Estados miembros del proceso de integración. Esta noción requiere también una precisión conceptual. El *Diccionario* de la Real Academia la define como:

> *solidaridad* (De *solidario*). 1. *f.* Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros.[26]

Proviene del término latino *solidāre,* que significa 'reunir sólidamente'.[27]
Pero resulta interesante repasar otros conceptos relacionados, por ejemplo:

> *solidar* (Del latín *solidāre*): […] Establecer, fundar o afirmar algo con razones verdaderas y fundamentales.[28]
>
> *sólido* […] 2. Dicho de un cuerpo que debido a la gran cohesión de sus moléculas, mantiene forma y volumen constante.[29]

De esta manera la relación conceptual entre *solidaridad* y *cohesión* se torna indisoluble.

La noción tiene su origen en el derecho privado romano, con la *obligación solidaria,* pero a partir de la Revolución Francesa adquiere un carácter político como sustento de la idea de fraternidad. Posteriormente se incorpora a las corrientes de pensamiento socialistas y en el siglo XX es receptada como un elemento fundamental de la doctrina socialcristiana, para finalmente incorporarse a la teoría constitucional y del Estado.[30]

La corriente de pensamiento cristiana entiende que la solidaridad es la condición concreta de dos o más personas en la cual cada una se realiza solo en la medida en que se compromete con todo su ser y haber en la promoción del otro o de los otros.[31] Y se basa en dos aspectos: por un lado en la unión reciproca ónticamente dada entre el individuo y la sociedad por los vínculos comunitarios, y por otro en la responsabilidad moral resultante de esta situación óntica dada por el compromiso comunitario. De manera que para el pensamiento cristiano es un compromiso óntico y a la vez ético.[32]

La encíclica *Sollicitudo rei sociallis* expresa que la solidaridad debe darse y realizarse no solo en el ámbito interior de cada nación, sino de modo análogo entre naciones

---

[26] Real Academia Española: o. cit., t. 9, p. 1416.
[27] Joseph Höffner: *Doctrina social cristiana*, Barcelona: Herder, 2001, p. 43.
[28] Real Academia Española: o. cit., t. 9, p. 1416.
[29] Ibídem.
[30] Josef Isensee: "Solidaridad: el núcleo ético-social de un concepto impreciso", en Orfriet Höffe y Josef Isensee (comps.): *Panorama de filosofía política. Contribuciones alemanas*, s/d, p. 405.
[31] Fernando Bastos de Ávila: *Pequeña enciclopedia de la doctrina social de la Iglesia*, Bogotá: San Pablo, 1994, p. 602.
[32] Höffner: o. cit., p. 43.

y pueblos. Esto exige un concepto ético fundamental para una cultura humanitaria, según el cual solo se puede encontrar la excelencia del todo en el respeto a cada persona individual, a cada sociedad y a cada pueblo, desde un principio de igualdad fundamental, igualdad que es el fundamento del derecho de todos a la participación en el proceso de desarrollo pleno.[33]

La solidaridad es algo que se deben las partes recíprocamente y requiere un compromiso de los actores. Pero no significa que cada uno deba lo mismo a cada cual, sino que lo debido se configura en función del rol, la situación, las capacidades y los medios que cada parte posea o disfrute.[34]

No debe confundirse la solidaridad con el altruismo. El altruismo puede estar incorporado en las acciones solidarias, pero no se identifican. En la práctica, la solidaridad se manifiesta como la *persecución conjunta* de intereses que redundarán en beneficio para todas las partes involucradas y no solo para aquellas que han sido recipiendarias de la acción solidaria. De manera que la solidaridad puede ser utilitarista, dado que vincula el interés individual con el del conjunto, y realiza un cálculo de costo y beneficio.[35] Puede ser un beneficio económico, político, moral, espiritual, etcétera.

Delimitado el concepto, es válido entonces preguntar por qué la solidaridad en la integración. Porque las sociedades y los estados en los procesos de integración comparten una comunidad de intereses y riesgos, y deben afrontarlos solidariamente. De esta forma la solidaridad se convierte en un principio fundamental del derecho de la integración. En un espacio interconectado e interdependiente, la carencia o la debilidad de una parte incide en las demás de manera insoslayable, y esto obliga a las partes a procurar el bienestar de todos sus miembros. Los costos y los beneficios son conjuntos.

Estos beneficios conjuntos pueden ser, por ejemplo, evitar las migraciones masivas de ciudadanos hacia las grandes ciudades, fortalecer mercados económicos para la colocación de producción, disminuir la volatilidad política de algún país o región, consolidar el frente común, proteger la propia frontera, etcétera.

3. La política de cohesión y convergencia de la Unión Europea

La política de cohesión y convergencia surgió en Europa para atender la disparidad de desarrollo y renta, y para promover una convergencia mediante acciones que estimularan a los grupos y regiones de menor desarrollo relativo entre los países.[36] Estas iniciativas se centraron en fondos estructurales que canalizaron importantes recursos económicos. Pero no se limitó a una cuestión económica, sino que fue abordada como

[33] Ibídem, p. 44.
[34] Isensee: o. cit., pp. 407-408.
[35] Ibídem, p. 408.
[36] Dreses y Sanahuja: o. cit., p. 44.

un elemento básico de la creación de políticas comunitarias, que estuvo presente en la mayoría de los procesos de decisión y permitió obtener importantes resultados.[37]

El criterio ha sido siempre un trabajo conjunto y constante de los gobiernos nacionales con el apoyo subsidiario de los instrumentos comunitarios, cuyo valor añadido es el enfoque estratégico integral.

Sobre finales del siglo XX el debate de la cohesión en Europa giró hacia los desafíos del modelo o los modelos económicos europeos frente a la globalización, dado el creciente número de desocupados y marginados.[38]

Los albores del siglo XXI encuentran a la Unión Europea frente al desafío de la masiva incorporación de países del Este, con una gran población y extensión territorial. Este proceso motivó un debate político y académico sobre la política de cohesión muy enriquecedor, que derivó en una reestructuración de los instrumentos comunitarios y en una estrategia global para los años 2007 a 2013.

Asimismo la Unión Europea ha introducido la cohesión como un elemento central de las relaciones exteriores y la política de cooperación internacional.[39] En la relación con América Latina se incorporó a la agenda birregional en la Reunión Ministerial entre la Unión y el Grupo de Río en Vouliagmeni (Grecia), en marzo de 2003.

3.1. Régimen normativo en los tratados constitutivos

La cohesión comenzó a ser un tema de debate en Europa con la primera ampliación, en 1974,[40] y se incorporó formalmente al proceso de integración al suscribirse el Acta Única Europea en 1986, ampliando las potestades supranacionales.

En el Tratado de la Comunidad Europa de 1992, se la incorporó como un objetivo específico de la integración en su artículo 2:

> La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso […], *la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*[41]

Y como una acción concreta de la Unión en el artículo 3.1:

---

[37] Véase en este sentido Ángel de la Fuente: "El impacto de los fondos estructurales: convergencia real y cohesión interna", en *Hacienda Publica Española*, vol. 165, Madrid, 2003, pp. 122-129.

[38] Dreses y Sanahuja: o. cit., p. 44.

[39] Ibídem, p. 46.

[40] Sin desmedro de reconocer iniciativas anteriores, como el estudio sobre zonas críticas de 1959, o el Reporte Thomson, realizado en 1973 por lord George Thomson.

[41] Tratado de la Comunidad Europea, o. cit., p. 40.

> Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: […] k) el fortalecimiento *de la cohesión económica y social*.[42]

El desarrollo específico de la política se encuentra en el título XVIII del Tratado. El artículo 158 comienza indicando que para obtener un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad se debe desarrollar una acción de promoción de la cohesión económica y social, con el objeto principal de reducir las diferencias de niveles de desarrollo entre las regiones.

Y en este sentido el artículo 159 establece que los estados parte deben conducir y coordinar sus respectivas políticas económicas a fin de alcanzar la cohesión social y económica, siendo participes en la formulación de las políticas y en su ejecución. Por su parte, la Unión apoyará el proceso mediante fondos estructurales, el Banco Europeo de Inversiones y otros medios existentes.

Se crean tres fondos para ejecutar el proceso de cohesión: el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, el Fondo Social Europeo y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Conforme el artículo 160, el Fondo de Desarrollo Regional tiene como objetivo:

> […] contribuir a la corrección de los principales desequilibrios regionales dentro de la Comunidad mediante una participación en el desarrollo y en el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y en la reconversión de las regiones industriales en declive.[43]

La política de cohesión y convergencia es fundamental en la Unión y requiere de un consenso político amplio. En consecuencia, el artículo 161 da potestad al Consejo para modificar los objetivos y finalidades de los fondos, pero exige la unanimidad, así como un dictamen previo del Parlamento Europeo y la consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social. Igual procedimiento se exige para la elaboración de las normas generales aplicables a los fondos.

En el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, de 2004, la Unión mantiene la cohesión como uno de sus principales objetivos en el artículo I.3:

> La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.[44]

Los lineamientos de la política se desarrollan en la parte III, título III, capítulo III, sección 3, sin cambios significativos respecto del Tratado de la Unión Europea.

---

[42] Ibídem.

[43] Tratado de la Comunidad Europea, o. cit., p. 104.

[44] Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 16.12.2004, p. 11.

Sin embargo, el Tratado ha perdido impulso político, y es de esperarse que sea remplazado por el Tratado de Lisboa, que modifica el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea e inserta la misma frase citada que establecía el Tratado de la Constitución de 2004.

3.2. La política de cohesión en el período 2007-2013

La evolución histórica de la política de convergencia europea es muy rica y extensa. Actualmente se encuentra vigente un programa para el período 2007 a 2013, que reestructura sus componentes y los adecua a los nuevos desafíos. Normativamente se compone de un reglamento general[45] y reglamentos especiales para cada fondo: Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER),[46] Fondo Social Europeo (FSE)[47] y Fondo de Cohesión (FC).[48]

3.2.1. Objetivos

El nuevo esquema de la política de cohesión se estructura sobre tres objetivos desarrollados en el artículo 3 del Reglamento General:[49] convergencia, competitividad regional y empleo, y cooperación territorial europea. Se simplifica así el sistema al unificar los diversos objetivos e iniciativas que se habían ido acumulando, en tres objetivos que se concretan con los tres Fondos citados.

El objetivo *convergencia* tiene como finalidad fomentar el desarrollo de las regiones menos desarrolladas creando condiciones más favorables para el crecimiento y el empleo mediante el aumento de la inversión en capital físico y humano. Se pretende hacer especial hincapié en la innovación, la sociedad del conocimiento, la calidad del medio ambiente y en la eficacia administrativa.

La convergencia requiere la atención de los tres fondos de la política de cohesión, pero divergen los criterios por los que se definen los territorios subvencionables. Conforme el artículo 5 del Reglamento General, en los fondos estructurales FEDER y FSE las regiones requieren poseer un PBI PPA per cápita inferior al 75% del promedio general de los 25 países de la Unión; en cambio, en el Fondo de Cohesión debe ser inferior al 80% del promedio.

Conforme el artículo 3 del Reglamento General el objetivo de *competitividad regional y empleo* pretende mejorar estas variables mediante la previsión de los cambios

[45] Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo, del 11 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006, pp. 25-74.

[46] Reglamento (CE) 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006, pp. 1-11.

[47] Reglamento (CE) 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006, pp. 12-18.

[48] Reglamento (CE) 1084/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006, pp. 79-81.

[49] Comisión Europea: *La política de cohesión 2007-2013*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007, p. 10.

económicos y sociales, el aumento de la calidad de la inversión en capital humano, la innovación, y el desarrollo de mercados laborales. Este objetivo se ejecuta mediante los fondos FEDER y FSE, pero sus destinatarios son regiones de mayor desarrollo relativo, que no califiquen para el objetivo *convergencia* para los fondos citados.

El objetivo *cooperación territorial europea* busca intensificar este aspecto mediante iniciativas locales o regionales conjuntas dirigidas a lograr un desarrollo territorial integrado y ligado a las prioridades de la comunidad. Este objetivo se ejecuta por medio del fondo FEDER, y en términos generales son subvencionables todas las regiones que formen parte de fronteras terrestres interiores de la Unión y fronteras marítimas separadas por una distancia máxima de 150 kilómetros.[50]

3.2.2. Aspectos económicos

La política de cohesión de la Unión Europea se abastece de un inmenso presupuesto, cercano a los 50.000 millones de euros anuales, o 350.000 millones de euros para el período 2007-2013, a valores actualizados en el año 2007. Se distribuye en un 81,5% para el objetivo *convergencia,* 16% para el objetivo *competitividad regional y empleo,* y 2,5% para el objetivo de *cooperación territorial europea.*[51]

Un análisis de los gastos desagregado por países indica una transferencia neta de recursos hacia los países de Europa del Este recientemente incorporados, pero también un apuntalamiento de países tradicionalmente destinatarios de la política de cohesión y convergencia. Los más beneficiados son Polonia —que recibe aproximadamente el 19,36% del total de los fondos— y España —con el 10%—,[52] y en menor medida Alemania, República Checa, Italia, Hungría y Portugal.

4. La política de cohesión y convergencia en el Mercosur

En los trabajos académicos sobre integración regional realizados en América Latina existe la tendencia a analizar comparativamente con el modelo europeo, y el presente trabajo no es una excepción. Probablemente sea resultado de nuestra tradición helénica, pero se trata de una tendencia acertada y equivocada en partes iguales. Es útil porque brinda conocimiento sobre los caminos que ha tomado la más acabada expresión de integración comunitaria; pero es poco útil por cuanto los presupuestos y posibilidades difieren en gran medida entre las dos regiones. Y respecto del tema que nos ocupa, la cohesión económica y social, la disparidad es mayúscula.

En materia de desarrollo, América Latina y el Mercosur se encuentran frente a un desafío muy grande. Y parten de un estado de situación complicado, tal como se ha ponderado oportunamente.

---

[50] Ibídem, p. 20.

[51] Ibídem, pp. 3 y 24.

[52] Los porcentajes se encuentran redondeados. El cálculo es: Polonia, 67284 / (347410 / 100) = 19,36; España, 35217 / (347410 / 100) = 10,13. Los montos se encuentran en millones de euros.

El parámetro habitual de calificación de países receptores de ayuda para la convergencia es el PBI PPA per cápita anual, el cual en el Mercosur es de 14.280 USD en Argentina, 9.962 USD en Uruguay, 8.402 USD en Brasil y 4.642 USD en Paraguay,[53] lo que convierte a este último en el candidato casi excluyente de las políticas de cohesión y convergencia.

Pero para efectuar un análisis realista se deben desagregar los datos por regiones en cada país y por sectores sociales y económicos, dado que, como se ha expresado, las disparidades internas son muy notorias. Ello dificulta de sobremanera la viabilidad política de la transferencia de recursos de un país a otro.

El Mercosur inició el camino hacia una política de cohesión y convergencia en el año 2003, cuando en el Programa de Trabajo 2004-2006[54] se acordó realizar estudios para establecer fondos estructurales que permitieran elevar la competitividad de las regiones menos desarrolladas. Consecuentemente, en 2004 se creó el Grupo de Alto Nivel de Convergencia Estructural en el Mercosur,[55] y poco tiempo después el Consejo Mercado Común, en su XXVII reunión, creó el Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento de la Estructura Institucional del Mercosur, llamado FOCEM.[56]

4.1. El FOCEM

El Fondo estructura su composición y funcionamiento sobre dos fuentes jurídicas. La primera es la decisión 18/05, titulada "Integración y funcionamiento del […] FOCEM",[57] y posteriormente la decisión 24/05, mediante la cual se aprueba el Reglamento del Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur.[58] En la exposición que se realiza a continuación los artículos citados se refieren a la primera norma; cuando se refieran a la segunda ello se indicará expresamente.

4.1.1. Objetivos y programas

Los objetivos del Fondo se desarrollan en el artículo 1 y son la convergencia estructural, la competitividad, la cohesión social, el desarrollo de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración. Consecuentemente, el artículo 2 establece la creación de cuatro programas, uno por cada objetivo.

El Programa de Convergencia Estructural tiene como finalidad contribuir al desarrollo y el ajuste estructural de las economías menores y las regiones menos

53 PNUD: o. cit., p. 231.
54 CMC Decisión 26/03, Anexo, Montevideo, 15.12.2003.
55 CMC Decisión 19/04, Puerto Iguazú, 7.7.2004.
56 CMC Decisión 45/04, Belo Horizonte, 16.12.2004.
57 CMC Decisión 18/05, Asunción, 19.6.2005. Conforme el artículo 29, la norma requería la incorporación a los ordenamientos nacionales, la cual se realizó durante 2006: Argentina por ley 26147 (27.6.2006); Brasil por decreto legislativo 407/2006 (4.9.2006, ratificado el 20.9.2006); Paraguay por ley 2870 (3.1.2006), y Uruguay por ley 17991 (17.7.2006).
58 CMC Decisión 24/05, Montevideo, 8.12.2005.

desarrolladas. Se contemplan de esta manera las dos variables de la asimetría del Mercosur, en un sentido la notable diferencia de tamaño entre las economías de sus países y en otro sentido las diferencias de desarrollo entre regiones, tanto de las economías menores como de las mayores.

Para cumplir el segundo objetivo el Programa de Competitividad busca atender a procesos de reconversión productiva y laboral que faciliten el comercio intra-Mercosur, a la integración de cadenas productivas, la investigación y el desarrollo, y al fortalecimiento de las instituciones públicas y privadas destinadas a tal fin.

El Programa de Cohesión Social busca atender al tercer objetivo, contribuyendo al desarrollo social con proyectos de reducción de la pobreza y aumento del empleo, especialmente en las zonas de frontera. Es destacable el especial interés puesto en las zonas de frontera, que son habitualmente rezagadas en materia de políticas públicas en nuestros países.

Finalmente, el Programa de Fortalecimiento Institucional del Mercosur busca robustecer las instituciones del proceso de integración.

4.1.2. Aspectos económicos

El Fondo se integra por aportes de los estados parte y eventualmente por recursos provenientes de terceros países u organismos internacionales. Los aportes nacionales suman anualmente cien millones de dólares, de los cuales, conforme al artículo 6, Brasil aporta el 70%, Argentina el 27%, Uruguay el 2% y Paraguay el 1% del total. Este monto, según el artículo 10 del Reglamento, se aplica a los gastos operativos que el Fondo genere, a la conformación de una reserva de contingencia de 10 millones de dólares, y a los recursos destinados a los países, que se distribuirán un 48% en Paraguay, 32% en Uruguay y 10% en Argentina y Brasil respectivamente.

De esta manera se hace efectivo el principio de solidaridad en el proceso de integración. Se produce una efectiva transferencia de recursos de las economías mayores a las menores, poniendo énfasis en el desarrollo del Paraguay. Brasil recibe un 14% del dinero que aporta y, consecuentemente, sufre una pérdida del 86%. Argentina se beneficiará con un 38% del monto que aporte, por lo que pierde a favor del Fondo un 62%. Por el contrario, Uruguay recibirá dieciséis veces la suma que aporte, y Paraguay cuarenta y ocho veces.[59] Es de entender que el criterio de composición y distribución es acertado y adecuado para las circunstancias del Mercosur.

Los aportes se harán efectivos en dos cuotas semestrales y tienen el carácter de contribución no reembolsable. Consecuentemente, los recursos asignados a cada país tienen el carácter de contribuciones no reembolsables, que se distribuyen entre los proyectos que resulten aprobados. Los estados beneficiarios deben solventar al menos el 15% del costo total del proyecto.

[59] Los porcentajes se encuentran redondeados. El cálculo es: Brasil, 10/(70/100) = 14,28; Argentina, 10/(27/100) = 37,9; Uruguay, 32(2/100) = 1600; Paraguay, 48/(1/100) = 4800.

Si bien el artículo 14 de la decisión contemplaba la posibilidad de otorgar préstamos reembolsables a los países, en el Reglamento se determinó que en este primer período de vigencia del Fondo estos no podrían realizarse. Asimismo, el artículo 3 del Reglamento establece que el Fondo carece de capacidad de endeudamiento.

El volumen de recursos del Fondo —100 millones de dólares— convierte su presupuesto en el mayor del Mercosur, y es un índice de la importancia que se le ha otorgado a la iniciativa.

4.1.3. Aspectos institucionales

A fin de poner en funcionamiento en Fondo, el Reglamento amplía la estructura institucional del Mercosur creando una Unidad Técnica FOCEM en la órbita de la Secretaría Técnica, dependiente jerárquicamente del director y bajo su responsabilidad. Se compone de cuatro técnicos, uno de los cuales ejercerá anualmente el cargo de coordinador de la Unidad. Los costos del funcionamiento se cubren con recursos provenientes del Fondo.

La Unidad posee responsabilidades técnicas, pero también presupuestarias, puesto que, conforme el artículo 5 del Reglamento, los recursos del Fondo son administrados por el director de la Secretaria en conjunto con el coordinador.

Cada país debe asimismo designar una Unidad Técnica Nacional que constituirá el vínculo operativo con la Unidad FOCEM, y tendrá a su cargo las tareas internas relativas a la presentación y ejecución de los proyectos. Se trata de una función relevante puesto que, según el artículo 18 del Reglamento, la gestión completa de los proyectos es responsabilidad de cada estado parte.

4.1.4. Los proyectos

Los fondos que disponga el FOCEM se destinan a los proyectos específicos, aprobados conforme a un procedimiento y pautas establecidas en el Reglamento.

La legitimación activa para presentar proyectos la poseen las entidades públicas de los estados parte. La presentación se realiza ante la Unidad Técnica Nacional de su país, que tiene la potestad de seleccionar las presentaciones, realizar estudios de prefactibilidad, adecuar los proyectos a los requerimientos del Mercosur y establecer prioridades, entre otras funciones.

La Unidad Técnica Nacional debe presentar los proyectos seleccionados a la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur, que controla el cumplimiento de los requisitos técnicos y las condiciones de elegibilidad establecidas por el Reglamento en su artículo 32. La decisión favorable al proyecto debe realizarse por unanimidad de los miembros de la Comisión, conforme el artículo 46 del Reglamento, de modo que cada estado parte tiene facultad de veto.

Cumplido el paso de elegibilidad, la Comisión eleva el proyecto a la Unidad Técnica FOCEM de la Secretaría, que realizará un dictamen técnico sobre aspectos presupuestarios, financieros, ambientales y socioeconómicos, y lo remitirá a la Comisión.

Esta evaluación multidisciplinaria es ponderable y se encuentra en concordancia con el concepto amplio de desarrollo que consideramos apropiado.

Analizado el informe de la Unidad Técnica, la Comisión elabora un informe con los proyectos viables para ser presentado al Grupo Mercado Común. Este realizará un informe propio y lo elevará al Consejo Mercado Común, el cual tomará la decisión final de aprobar los proyectos conforme al artículo 51 del Reglamento.

Aprobado el proyecto, la Secretaría suscribirá con el estado parte un instrumento jurídico para efectivizarlo.

El procedimiento de selección es amplio y completo. Se somete al proyecto a diversas evaluaciones técnicas, especialmente por la Unidad Técnica, que garantiza su viabilidad. Pero asimismo la decisión política se encuentra presente tanto en el trabajo de la Comisión como en la aprobación final del Consejo Mercado Común.

5. Conclusiones

La cohesión social y la convergencia, así como la solidaridad, son principios ambiguos y de difícil concreción en las sociedades políticas y en los procesos de integración. Asimismo los medios para lograrlos varían en función de las concepciones políticas y económicas desde las que se aborde la problemática.[60]

Sin embargo, un simple análisis de la realidad del Mercosur permite concluir que es necesario actuar, puesto que, así como la pobreza genera más pobreza en un perverso círculo vicioso, la carencia de cohesión estimula la desintegración de las sociedades y los países.

La integración comercial es una maravillosa oportunidad, pero por sí misma no resuelve los problemas de desarrollo productivo y de cohesión social en los espacios integrados.[61] Se requieren acciones de otra naturaleza que tiendan a estos objetivos. En este sentido, la creación del FOCEM es el principio de un camino esperanzador para América del Sur.

[60] En este sentido es de utilidad el desarrollo de las diferentes visiones sobre el tema que se realiza en Luis Enrique Alonso: "Centralidad del trabajo y cohesión social, ¿una relación necesaria?", en Consejo Consultivo Laboral Andino: *Aportes sobre cohesión social en la Comunidad Andina*, Lima: CCLA-PLADES, 2004, pp. 44-55.

[61] Machinea y Uthoff: o. cit., p. 31.

Bibliografía consultada

Agosin, Manuel: "América Latina en el escenario internacional. Una visión económica", en Patricio Leiva Lavalle (comp.): *Los caminos para la integración de América Latina*, Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes, 2008.

Alonso, Luis Enrique: "Centralidad del trabajo y cohesión social, ¿una relación necesaria?", en Consejo Consultivo Laboral Andino: *Aportes sobre cohesión social en la Comunidad Andina*, Lima: CCLA-PLADES, 2004.

Andorno, Luis: "Algunos aspectos de la integración del Mercosur y la Unión Europea", en *Derecho de la Integración*, n.º 17, Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2005.

Bastos de Ávila, Fernando: *Pequeña enciclopedia de la doctrina social de la Iglesia*, Bogotá: San Pablo, 1994.

Chudnovsky, Mariana: "Cohesión social y pobreza en América Latina: ¿cómo no repetir errores del pasado?", en *Diálogo Político*, n.º 2, Buenos Aires, 2008.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel: "Las continuidades vitales y la integración", en *Derecho de la Integración*, n.º 15, Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2004.

Comisión Europea: "Una nueva asociación para la Cohesión. Convergencia Competitividad Cooperación", en Comisión Europea: *Tercer informe sobre cohesión económica y social*, Luxemburgo: Comunidades Europeas, 2004.

Comisión Europea: *La política de cohesión 2007-2013*, Luxemburgo: Comunidades Europeas, 2007.

de la Fuente, Ángel: "El impacto de los fondos estructurales: convergencia real y cohesión interna", en *Hacienda Publica española*, vol. 165, Madrid, 2003.

Dreses, Christian, y José Antonio Sanahuja: "La cohesión social y las relaciones Unión Europea-América Latina", en *La cohesión social en la agenda de América Latina y la Unión Europea*, Lima: IEP-OBREAL, 2006.

Fundación Konrad Adenauer: *Crecimiento y Progreso Social en América Latina*, Rio de Janeiro: KAS-SOPLA, 2008.

Gonzales Cravino, Santiago: "Globalización, integración y cohesión social. El caso Mercosur", en Rolando Franco y Armando Di Filippo (comps.): *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*, Santiago de Chile: CEPAL, 1999.

Höffner, Joseph: *Doctrina social cristiana*, Barcelona: Herder, 2001.

Isensee, Josef: "Solidaridad: el núcleo ético-social de un concepto impreciso", en Orfriet Höffe y Josef Isensee (comps.): *Panorama de filosofía política. Contribuciones alemanas*, s/d.

Kliskberg, Bernardo: "América Latina: La región más desigual de todas", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XI, n.º 3, Maracaibo, 2005.

Machinea, José Luis, y Andras Uthoff: "La importancia de la cohesión social en la inserción internacional de América Latina", en Comisión Económica para América Latina y el Caribe: *Integración económica y cohesión social: lecciones aprendidas y perspectivas*, Santiago de Chile: CEPAL, 2005.

Moncayo Jiménez, Edgard: "El debate sobre la convergencia económica internacional: enfoques teóricos y evidencia empírica", en *Economía y Desarrollo*, vol. 3, n.º 3, Bogotá, 2004.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): *Perspectivas económicas de América Latina 2009*, París: OCDE, 2008.

PNUD: *Índice de desarrollo humano 2007*, Nueva York: Naciones Unidas, 2008.

Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, Buenos Aires: Espasa Calpe, 2003.

Sala-i-Martin, Xavier: "Regional Cohesion: Evidence and theories of regional growth and convergence", en *European Economic Review*, n.º 40, Maastricht, 1996.

Sunkel, Osvaldo, y Pedro Paz: *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, Madrid: Siglo XXI, 1973.

Normativa consultada

Tratado de la Comunidad Europea, y modificación del Tratado de Niza (versión consolidada) ES C 325/42, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 24.12.2002.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 16.12.2004.

Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo, del 11 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006.

Reglamento (CE) 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006.

Reglamento (CE) 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006.

Reglamento (CE) 1084/2006 del Consejo, del 11 de julio de 2006, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* 31.7.2006.

Mercosur CMC Decisión 26/03, Anexo, Montevideo, 15.12.2003.

Mercosur CMC Decisión 19/04, Puerto Iguazú, 7.7.2004.

Mercosur CMC Decisión 45/04, Belo Horizonte, 16.12.2004.

Mercosur CMC Decisión 18/05, Asunción, 19.6.2005.

Mercosur CMC Decisión 24/05, Montevideo, 8.12.2005.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 517-536, ISSN 1510-4974

Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*

Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción

RESUMEN

Desde antiguo los estados han atravesado situaciones de crisis entre las que cabe mencionar la guerra externa o interna, las alteraciones graves al orden público, el peligro para la seguridad interior y las calamidades o catástrofes. Tales situaciones habilitan a los gobiernos para declarar el estado de excepción constitucional (EEC). En los EEC algunos derechos fundamentales pueden ser limitados con el objeto de subsanar la crisis y volver a la normalidad. La Constitución chilena regula cuatro EEC y garantiza que solo en el curso de ellos pueden suspenderse o restringirse ciertos derechos fundamentales. Este estudio versa sobre la protección judicial de tales derechos durante los EEC.

Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, garantías constitucionales, estado de excepción constitucional, derechos humanos, Constitución política, derecho comparado, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Schon immer waren Staaten Krisensituationen ausgesetzt, zum Beispiel durch Kriege nach Außen oder im Innern, schwere Störungen der öffentlichen Ordnung, Gefährdungen der inneren Sicherheit sowie Unglücke und Katastrophen. In solchen Situationen sind die Regierungen nach der Verfassung befugt, den Ausnahmezustand zu verhängen. Dabei können einige Grundrechte mit dem Ziel eingeschränkt werden, die Krise zu lösen und zur Normalität zurückzukehren. Die chilenische Verfassung regelt vier mit der Verfassung vereinbare Ausnahmezustände und garantiert, dass nur bei ihrem Vorliegen bestimmte Grundrechte aufgehoben oder eingeschränkt werden können. Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit dem gerichtlichen Schutz solcher Rechte während der Dauer des Ausnahmezustands.

Schlagwörter: Grundrechtsschutz, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, verfassungsgemäßer Ausnahmezustand, Menschenrechte, Verfassung, vergleichendes Recht, Chile.

---

* Profesor titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Presidente del Departamento de Derecho Público. Profesor Extraordinario de la Universidad Santo Tomás (Tucumán, Argentina). Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. <estudiorios@entel.chile.net>

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ABSTRACT

For ages, states have been challenged by critical situations. These have included external or internal wars, significant breaches of public order, dangerous challenges to internal security, and natural catastrophes. Such exigencies have allowed governments to declare a Constitutional State of Exception. When a Constitutional State of Exception has been declared, some fundamental rights can be limited with the objective of ameliorating the crisis and returning to normalcy. The Chilean Constitution provides for four situations in which a Constitutional State of Exception may be declared, and guarantees that only during such circumstances can citizens' core and fundamental rights be suspended or restricted. This paper discusses the judicial protection of these rights during a State of Exception.

Keywords: protection of fundamental rights, constitutional safeguards, Constitutional State of Exception, human rights, political Constitution, comparative law, Chile.

1. Los estados de excepción y los derechos humanos

1.1. Los poderes de crisis a lo largo de la historia

Es importante, al abordar esta materia, ser conscientes de la notable evolución que ha experimentado, a lo largo de la historia, la relación entre los poderes de crisis y los derechos humanos.

Quien intente emprender un vuelo retrospectivo para indagar los orígenes de los llamados *estados de crisis,* o *regímenes de emergencia,* o *estados de excepción constitucional,* terminará aterrizando en la institución de la dictadura de la Roma republicana.[1]

Y no porque los llamados *poderes de crisis* hayan tenido lugar solo en Roma; también hubo dictadores —cuando estuvo amenazada la seguridad o la subsistencia del Estado— en Esparta bajo el nombre de *harmost;* en Salónica, donde se los llamó *aesymmet;* en Malta, donde se los conoció como *archus,* o en Florencia, donde se les denominó *balia* (Bodino: I, VIII), sino porque la mejor descripción de los episodios de crisis y de los poderes desplegados para conjurarlos quedó estampada con rasgos indelebles en la fascinante historia de la Roma republicana e imperial.

Ahora bien, en aquella época lo único importante para el gobierno era resolver —a cualquier costo— la situación apremiante que exigía el nombramiento de un dictador, sin que este pudiera ver limitados sus poderes por consideración a los derechos, la fortuna e inclusive la vida de quienes pudieran resultar afectados por sus acciones.

En la visión de Maquiavelo —recogida por Carl Schmitt—, el dictador era una autoridad provisional que, sin estar sujeta al concurso ni a la dependencia de ninguna

[1] Sobre la dictadura romana escribieron, entre otros, Tito Livio, Tácito, Plutarco, Dionisio de Halicarnaso, Suetonio y Cicerón y —entre los clásicos del Renacimiento— Maquiavelo en los *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio,* Bodino en *Los Seis Libros de la República,* y en el siglo XX Carl Schmitt en su monografía *La dictadura* (Madrid: Alianza, 1985).

otra, "adopta disposiciones que puede ejecutar inmediatamente, sin necesidad de otros medios jurídicos (*Un uomo que senza alcuna consulta potesse deliberare et senza alcuna appelaggione eseguire le sue deliberazione*)". El dictador podía imponer penas con efecto inmediato y de un modo inapelable. Pero "el dictador no puede modificar las leyes existentes, no puede derogar la Constitución ni la organización de los poderes públicos, ni hacer leyes nuevas… Por ello, la dictadura es una institución constitucional de la República" (Schmitt, 1985: 37).

El dictador era designado por el cónsul, a petición del Senado, por un lapso de seis meses. Sin embargo, era cuestión de honor y una práctica observada religiosamente que, una vez conjurado el peligro o resuelto el asunto que motivara su nombramiento, el dictador resignara de inmediato su poder ante el Senado.[2]

Para Schmitt, el dictador romano era un comisario ejecutivo. Comisario, en cuanto su poder era provisional y estaba definido por el cometido encomendado. Ejecutivo, porque

> […] en casos de necesidad solamente puede decirse que el dictador puede hacer todo lo que exija la situación de las cosas. Lo que aquí importa no son ya consideraciones jurídicas sino solamente el medio apropiado para lograr un éxito concreto en un caso concreto […] Las consideraciones a los derechos contrapuestos, al consentimiento de un tercero que obstaculiza el camino, a los derechos legítimamente adquiridos, al trámite o procedimiento jurídico pueden ser "imprácticas" y, por lo tanto, perjudiciales y equivocadas en un sentido técnico objetivo [Schmitt, 1985: 41-42].

Así pues, del claro perfil de la dictadura romana —tal como la describen Maquiavelo, Bodino y Schmitt— puede colegirse, en palabras de este último, que el dictador "no estaba ligado a las leyes y era una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte".

Solo a partir de la primera mitad del siglo XX, y especialmente luego de concluida la Segunda Guerra Mundial y aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas, la conciencia moral de la humanidad acerca de la dignidad de la persona humana logró poner cortapisas a los poderes exorbitantes otorgados a los gobiernos en los estados de crisis, sometiéndolos a reglas proporcionadas a la gravedad de cada uno de ellos, limitando los derechos fundamentales cuyo ejercicio podía afectarse en tales estados, instaurando acciones procesales destinadas a evitar o a subsanar los abusos de la autoridad y, en fin, estableciendo la responsabilidad de esta por las irregularidades que pudiera cometer en la aplicación de las medidas adoptadas en dichos estados de excepción.

[2] Es célebre el caso del dictador Lucio Quincio Cincinato (419 a. C.), quien, nombrado para liberar a una legión entrampada por los eucos, los venció en seis días —según Grimberg— o en quince —según Bodino— y de inmediato se despojó de su poder ante el Senado.

1.2. Los estados de crisis a lo ancho de la geografía

Siendo así que los estados de crisis constituyen una patología común a todas las naciones, todos los países del mundo civilizado los contemplan en sus respectivas constituciones.

Aunque se los conoce con distintas denominaciones —estados de emergencia, estados de excepción, estados de crisis, estados de necesidad—, ellos siempre obedecen a graves perturbaciones que acaecen en la vida de los pueblos. En la antigua Roma —según Bodino— la dictadura procedía en los casos de guerra, sedición, sublevaciones o reformas del estado (Bodino, I: 268).

En los estados modernos no se acostumbra designar autoridades especiales con poderes omnímodos en las situaciones de crisis, sino que se otorgan facultades extraordinarias a los órganos existentes. También cabe señalar que si la situación crítica, a juicio del gobierno, es manejable con sus poderes ordinarios, este es libre para enfrentar la emergencia sin tener que decretar un estado de excepción. Estos solo proceden cuando las prerrogativas ordinarias del gobierno no son suficientes para enfrentar la crisis.

En *Alemania* —a modo de ejemplo— la Constitución regula en su capítulo X.*a* el estado de defensa (*Verteidigungsfall*) cuando el territorio federal es atacado por la fuerza de las armas o existe un peligro inminente de que este ataque se produzca. Los artículos 115.*a* al 115.*k* regulan los poderes excepcionales en esta situación.[3]

En *Francia,* el artículo 16 de la Constitución dispone:

> Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento en sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional.

La Constitución de Portugal prescribe, en su artículo 19:

> 1. No podrán los órganos de soberanía suspender conjunta ni separadamente el ejercicio de los derechos, libertades y garantías salvo en caso de estado de sitio o de estado de excepción (estado de emergencia) declarado de la forma prevista en la Constitución". Los numerales siguientes de esta disposición contienen un valioso compendio de los principios que deben regir estos estados.

[3] Estos poderes se inspiran en el artículo 148 de la Constitución de Weimar, sobre las prerrogativas excepcionales del presidente del Reich en caso de estado de necesidad (*Notstand*).

En *España,* siguiendo la distinción tripartita tradicional en el derecho político español desde la Ley de Orden Público de 1933 (estados de prevención, alarma y guerra), el artículo 116 de la Constitución dispone:

> 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes.[4]

La Constitución de *Rumania,* en su artículo 93, prescribe:

> (1) El Presidente de Rumania instituye, de acuerdo a la ley, el estado de sitio o el estado de emergencia en todo el país o en ciertos municipios, y solicita al Parlamento la aprobación de la medida adoptada, en un plazo máximo de 5 días desde su adopción.
> (2) Si el Parlamento no esta en sesión, se convoca de derecho en un plazo máximo de 48 horas desde la institución del estado de sitio o del estado de emergencia y funciona mientras estos estén declarados.

La Carta Fundamental de *Polonia,* en su título XI, contempla "Las Medidas de Excepción". Su artículo 228 prescribe:

> 1. En caso de amenaza excepcional, cuando las medidas constitucionales ordinarias son insuficientes, uno de los siguientes estados puede ser proclamado: el estado de sitio, el estado de urgencia o el estado de siniestro
> […]
> Artículo 229. En caso de amenaza exterior del Estado, de agresión armada contra la República de Polonia o cuando los tratados comprometen a la defensa común contra la agresión, el Presidente de la República puede proclamar, a requerimiento del Consejo de Ministros, el estado de sitio sobre una parte o sobre el conjunto del territorio del país.
> Artículo 230. Si el régimen constitucional del Estado, la seguridad de los ciudadanos o el orden público son amenazados, el Presidente de la República puede proclamar por un período determinado, de 90 días o más, y a requerimiento del Consejo de Ministros, el estado de urgencia sobre una parte o sobre el conjunto del territorio del país.
> […]
> Artículo 232. Con el fin de prevenir las consecuencias de siniestros o de accidentes tecnológicos que tengan un carácter de siniestro y a objeto de suprimirlas, el Consejo de Ministros puede proclamar por un período determinado de 30 días o más, el estado de siniestro sobre una parte o sobre el conjunto del territorio del Estado. El estado de siniestro puede ser prolongado con el acuerdo de la Dieta.

[4] La ley orgánica en referencia es la 4/1981, de 1 de junio.

El artículo 233 contempla las restricciones de las libertades y derechos que pueden decretarse durante la vigencia de las medidas de excepción.

Pasemos ahora a examinar sucintamente cómo afrontan las situaciones de crisis algunos estados latinoamericanos.

En la *República Argentina* la declaración de estos estados es prerrogativa del Poder Ejecutivo. Dice el artículo 99 de la Constitución:

> El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: […] 15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso. 16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado y con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior solo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.

El referido artículo 23 dispone:

> En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

También se entiende como estado de emergencia la intervención del gobierno federal, que es garante del goce y el ejercicio de las instituciones de cada provincia (articulo 5.2) y puede intervenir en el territorio de estas "para garantir la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia" (artículo 6).

La reforma constitucional aprobada en 1994 incorporó la discutida institución de los "decretos de necesidad y urgencia" que el artículo 99.3, en su inciso tercero, reguló con rigurosos requisitos que —no obstante su rango constitucional— han sido ominosamente transgredidos en numerosas ocasiones (Hernández, 2003: 29 ss.)

Por último, también se menciona entre las instituciones de crisis, la delegación legislativa en caso de emergencia pública, regulada en el artículo 76 de la Carta Fundamental Argentina.

La Constitución del *Perú* contempla, en su capítulo VII, el "Régimen de Excepción". Dice el artículo 137:

> El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede declarar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y

> dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:
>
> 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo segundo y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.
>
> El plazo del estado de emergencia no excede de 60 días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.
>
> 2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de 45 días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

Esta disposición debe concordarse con el artículo 118, en sus numerales 4 y 15, que justifican la intervención del presidente en estos casos.

En *Bolivia,* el capítulo IV de la Constitución se refiere a la "Conservación del Orden Público". El artículo 111 prescribe:

> En los casos de grave peligro por causa de conmoción interna o guerra internacional, el Jefe del Poder Ejecutivo podrá, con dictamen afirmativo del Consejo de Ministros, declarar el estado de sitio en la extensión del territorio que fuere necesaria.
>
> Si el Congreso se reuniese ordinaria o extraordinariamente, estando la República o una parte de ella bajo el estado de sitio, la continuación de éste será objeto de una autorización legislativa. En igual forma se procederá si el decreto de estado de sitio fuese dictado por el Poder Ejecutivo estando las Cámaras en funciones.
>
> Si el estado de sitio no fuere suspendido antes de 90 días, cumplido este término caducará de hecho, salvo el caso de guerra civil o internacional. Los que hubieren sido objeto de apremio serán puestos en libertad, a menos de haber sido sometidos a la jurisdicción de tribunales competentes.
>
> El Ejecutivo no podrá prolongar el estado de sitio más allá de 90 días, ni declarar otro dentro del mismo año sino con asentimiento del Congreso. Al efecto, lo convocará a sesiones extraordinarias si ocurriese el caso durante el receso de las Cámaras.

El artículo 112 regula los efectos de la declaración de estado de sitio.

La Constitución de *Brasil* se refiere en su título V a "La defensa del Estado y de las instituciones democráticas". Su capítulo I trata del estado de defensa y del estado de sitio.

El artículo 136 autoriza al presidente de la República, oídos el Consejo de la República y el Consejo de Defensa Nacional, para decretar el estado de defensa a fin de preservar o restablecer prontamente el orden público o la paz social amenazados por grave e inminente inestabilidad institucional o afectados por calamidades de la naturaleza de grandes proporciones.

El artículo 137 autoriza también al presidente de la República, con iguales requisitos que en el caso anterior, para pedir al Congreso Nacional autorización para decretar el estado de sitio en los casos de I: conmoción grave de repercusión nacional u ocurrencia de hechos que comprueben la ineficacia de las medidas tomadas durante el estado de defensa; II: declaración de estado de guerra o respuesta a la agresión armada extranjera.

Estas disposiciones deben concordarse con el artículo 84.IX, que otorga competencia privativa al presidente de la República para decretar el estado de defensa y el estado de sitio.

La Constitución Política de los *Estados Unidos Mexicanos,* en su artículo 29, prescribe lo siguiente:

> En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos, y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

La Constitución Política de *Colombia* trata en su título VII' "De la Rama Ejecutiva", y en el capítulo 6 de este regula "Los estados de excepción". El artículo 212 prescribe:

> El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, podrá declarar el estado de guerra exterior. Mediante tal declaración el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad".

El artículo 213 señala:

> En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia

> ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere consenso previo y favorable del Senado de la República.
>
> Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Dice el inciso 1 del artículo 215:

> Cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en año calendario.

La Constitución de la *República Oriental del Uruguay,* en su artículo 168, prescribe:

> Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:
>
> 1º) La conservación del orden y tranquilidad en lo interior, y la seguridad en lo exterior.
>
> […]
>
> 17) Tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dando cuenta, dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que éstas últimas resuelvan.
>
> En cuanto a las personas, las medidas prontas de seguridad solo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. También esta medida, como las otras, deberá someterse, dentro de las veinticuatro horas de adoptada, a la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, estándose a su resolución.
>
> El arresto no podrá efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes.

Esta es la situación, a grandes rasgos, de los estados de crisis en el mundo europeo y en el ámbito latinoamericano. Como habrá podido advertirse, no obstante la diversa tipología empleada para enunciarlos, las respectivas situaciones obedecen a causas muy similares que van desde la guerra exterior hasta la catástrofe interna. Es de

destacar que los constituyentes han dejado constancia de que el propósito principal de los estados de excepción consiste en conjurar la crisis y volver a la normalidad, y que los poderes que tales estados otorgan a la autoridad deben ejercerse solo en la medida en que sea estrictamente necesario, debiendo ponerse fin a tales estados tan pronto como la emergencia haya sido superada.

1.3. Estados de excepción constitucional (EEC) en el ordenamiento jurídico chileno y sus caracteres generales

En Chile, el acta constitucional 4 de 1976, sobre "Regímenes de emergencia" (DL 1553) y la Constitución de 1980 —que recogió su legado—, ambas dictadas bajo el gobierno militar, vinieron a poner orden en la anarquía existente bajo el imperio de la Constitución de 1925, que las antecedió. En efecto, el artículo 44 de esta prescribía:

> Sólo en virtud de una ley se puede:
>
> 12) Restringir la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y solo por períodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, *ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura.*

Pese al mandato riguroso de la oración final que hemos subrayado, con el correr de los años se fue estableciendo, por vía meramente legislativa, una compleja malla de nuevos estados de excepción que reforzaban la autoridad del gobierno al margen de la Constitución. A modo de ejemplos, cabe señalar la declaración de "zonas de emergencia" en virtud de la ley 7200 de 1943; los "estados de emergencia" introducidos en el título VII de la ley 12927 sobre Seguridad del Estado de 1958, y los estados especiales contemplados por la ley 9261 de 1948, por la ley 12042 de 1956 y por la ley 16282 de 1965. Obviamente, en todos estos estados excepcionales se permitía suspender o restringir determinados derechos fundamentales.

El acta constitucional 4 comenzó por establecer una norma de clausura en la afectación del ejercicio de los derechos humanos al prescribir que "Los derechos y garantías que el Acta Constitucional Nº 3 asegura a todas las personas, sólo pueden ser afectados en los casos de emergencia que contemplan los artículos siguientes". Esta norma fue recogida por la Constitución de 1980, cuyo artículo 39, en su actual redacción declara:

> El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas solo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública,

cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.

El texto constitucional garantiza que en ninguna circunstancia, ni aun mediante la dictación de una ley, los derechos fundamentales pueden ser restringidos, salvo en los cuatro casos de crisis que la disposición contempla y solo por el lapso en el cual dichos estados se encuentren rigiendo.

Tanto el acta constitucional 4 como la Constitución vigente supieron distinguir los "casos de emergencia" o "situaciones de excepción" de los "estados de excepción" respectivos. Los *casos o situaciones de excepción* son circunstancias de hecho que afectan gravemente la vida del Estado, pero que pueden —eventualmente— subsanarse con los mecanismos ordinarios que la ley provee. En otras palabras, una situación de emergencia no desencadena necesariamente el estado de excepción correspondiente sino que solamente habilita a la autoridad para declararlo. El estado de excepción, en cambio, comporta la implantación de un estatuto jurídico que dota a la autoridad de prerrogativas extraordinarias destinadas a resolver la crisis.

La Carta de 1980 contempla cuatro estados de excepción: el estado de asamblea, que puede declararse en caso de guerra exterior; el estado de sitio, en caso de guerra interna o de grave conmoción interior; el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública; y el estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la nación.

Los estados de excepción se declaran mediante la dictación de un decreto supremo que debe ser firmado por el presidente de la República y los ministros del Interior y de Defensa Nacional. Todos ellos comienzan a regir desde la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* (artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional [LOC] 18415 sobre EEC).

Tanto el estado de asamblea como el estado de sitio requieren, además, el acuerdo del Congreso Nacional. Este dispone de un plazo de cinco días a contar de la fecha en que el presidente someta a su consideración la declaración de estos estados, debiendo pronunciarse aceptando o rechazando la proposición sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronuncia dentro del plazo señalado, se entiende que aprueba la proposición presidencial. No obstante, el presidente puede aplicar de inmediato el estado de asamblea o de sitio, mientras se pronuncia el Congreso. Sin embargo, las medidas que adopte el presidente en tanto no se reúna el Congreso Nacional podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia, en todo caso. Tratándose del estado de sitio, el presidente, mientras se pronuncia el Congreso, sólo podrá restringir el ejercicio del derecho de reunión.

En cuanto al lapso por el cual estos estados pueden declararse, este resulta indeterminable con respecto al estado de asamblea, por cuanto es imposible establecer cuándo terminará una guerra exterior. Sin embargo, el presidente puede disponer la suspensión de este estado antes de que la situación de guerra concluya (artículo 40, inciso final, Constitución Política de la República [CPR]).

El estado de sitio solo podrá declararse por un plazo de 15 días, aunque el presidente puede solicitar su prórroga al Congreso.

El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, no tiene plazo prescriptivo. Sin embargo, el Congreso Nacional puede dejar sin efecto su declaración transcurridos 180 días desde la fecha de esta, si las razones que lo motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el presidente solo puede declarar el estado de catástrofe por un lapso superior a un año, con acuerdo del Congreso Nacional.

El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la nación, no puede extenderse por más de quince días, pudiendo el presidente de la República prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para prórrogas posteriores, el presidente requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional.

1.4. Caracteres generales de los estados de excepción constitucional

Los estados de excepción constitucional en Chile se encuentran sometidos al imperio de dos normas matrices. La primera —contenida en las *Bases de la institucionalidad*—, prescribe que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (capítulo I, artículo 5.2). Y la segunda —la del artículo 39, al que ya hicimos referencia— constituye una limitación específica de estos estados de crisis, según la cual el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas *solo puede ser afectado* bajo la vigencia de las cuatro situaciones de excepción constitucional que la misma disposición contempla.

No obstante el plazo por el cual algunos de ellos pueden ser declarados, el presidente de la República, en cualquier momento puede ponerles término y debe hacerlo cuando cesa la situación que dio motivo a su declaración. En el tema que nos interesa, el artículo 44.2 prescribe: "Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos".

Durante un EEC solo puede suspenderse o restringirse el ejercicio de aquellos derechos específicamente autorizados por la Constitución. Se entiende *suspender* un derecho "cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un EEC". Se entiende *restringir* un derecho "cuando, durante la vigencia de un EEC, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma" (artículo 12 de la LOC 18415).

Pueden coexistir simultáneamente dos o más EEC siempre que —al momento de su declaración— existan las respectivas situaciones de crisis que habilitan a la autoridad para decretarlos.

Finalmente, las potestades que se otorgan a las autoridades en los EEC deben estar dirigidas a subsanar las causas que les dieron origen y al pronto restablecimiento de la normalidad constitucional. En ningún caso aquellas pueden afectar las competencias ni el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares (artículo 44 CPR).[5]

[5] El resultado abusivo y hasta escarnecedor que sufren a veces los opositores al gobierno de turno es casi inevitable. Bajo el texto original de la Carta de 1833 —esto es, antes de la reforma de octubre de 1874— se detuvo y confinó a congresales a lugares apartados del territorio, sin respetar

1.4.1. Derechos fundamentales susceptibles de ser afectados en los EEC y su grado de afectación

Ya advertimos que solo el ejercicio de determinados derechos puede ser afectado en los EEC, y los verbos rectores de esta afectación son *suspenderlos* o *restringirlos,* hallándose legalmente definidos estos conceptos, como también vimos.

a. Declarado el *estado de asamblea,*[6] el presidente de la República puede *suspender o restringir* el ejercicio de la libertad personal o ambulatoria, del derecho de reunión y de la libertad de trabajo.

Puede, también, *restringir* el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones; disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (artículo 43.1 CPR).

b. Durante el *estado de sitio,* el presidente de la República puede *restringir* la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en los lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes.

Puede, también, *suspender* o *restringir* el ejercicio del derecho de reunión (artículo 43.2 CPR).

c. En el *estado de catástrofe,* el presidente de la República puede *restringir* el ejercicio de las libertades de locomoción y de reunión.

Puede, también, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada (artículo 43.30 CPR).

d. Declarado el *estado de emergencia* el presidente de la República puede *restringir* el ejercicio de las libertades de locomoción y de reunión (artículo 43.4 CPR).

Resulta oportuno señalar que la notable modificación general introducida por la ley de reforma 20050 —del año 2005— a la Constitución culminó una serie de modernizaciones al texto de 1980, aprobado durante el gobierno militar, entre las que tienen especial relieve las concernientes a los EEC en cuanto a los órganos que intervienen en su declaratoria, a los plazos de vigencia de aquellos susceptibles de regulación temporal, en lo tocante a la reducción del listado de derechos que pueden ser afectados en ellos y, particularmente, en lo que respecta al fortalecimiento de la defensa judicial de las personas agraviadas.

En la Constitución original tenía una intervención relevante el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), órgano expresivo del poder militar, compuesto por una mayoría de uniformados sobre las autoridades civiles, encargado —entre otras materias— de asesorar al presidente de la República en cualquier asunto vinculado

sus prerrogativas parlamentarias. Durante uno de los EEC dictados por el gobierno militar, se expulsó del país a un político emblemático por su pacifismo, como era don Bernardo Leighton.

[6] La instauración de este estado no requiere la declaración formal de guerra —que solo puede hacer el presidente de la República previa autorización por ley (artículos 32.19 y 63.15)—, sino que basta la situación de hecho de guerra exterior (artículo 8 de la LOC 18415).

a la seguridad nacional. Era indispensable el acuerdo del COSENA para que el presidente de la República pudiera declarar el estado de asamblea. Y, con su acuerdo previo, el presidente podía aplicar el estado de sitio de inmediato, mientras estaba pendiente el pronunciamiento del Congreso acerca de su declaración. En fin, el acuerdo del COSENA era requisito prescriptivo para que el presidente pudiera declarar el estado de emergencia y hasta el estado de catástrofe. La reforma de 2005 puso término definitivo a esta intervención exorbitante y entregó la declaración de los EEC a órganos de la democracia representativa, de elección popular, como son el presidente de la República y el Congreso.

En lo que respecta a la reducción del listado de derechos susceptibles de ser afectados durante los estados de crisis, también se advierte una notoria diferencia entre la Constitución original de 1980 y la Carta Fundamental actualmente vigente.

En el estado de asamblea la autoridad no puede, ahora, suspender o restringir la libertad de información y la de expresión, como ocurría originalmente. Tampoco, en este estado excepcional, puede restringir el derecho de sindicación.

En el estado de sitio el presidente no puede, en la actualidad, trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, lo que daba origen a la ominosa institución de la *relegación,* en virtud de la cual una persona podía ser confinada a cualquier localidad urbana del país, quedando desprovista no solo de su sustento sino también de su entorno familiar y de toda conexión con su medio social; en cambio, puede restringir la libertad de locomoción. Tampoco el presidente puede prohibir a determinadas personas la entrada y salida del país ni expulsarlas del territorio nacional, como ocurrió con frecuencia durante el régimen militar y dio origen al *exilio* masivo de los opositores al gobierno a los más diversos países de América y de Europa. La más agravante circunstancia de estas medidas es que ellas mantenían su vigencia, "pese a la cesación del estado de excepción que les dio origen en tanto la autoridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto". Tampoco puede, ahora, en el estado de sitio, suspender ni restringir la libertad de información y de expresión ni restringir el ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación ni imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones; todo lo cual estaba prescrito en el texto original de la Constitución de 1980.

En el estado de catástrofe el presidente de la República no puede, actualmente, restringir la libertad de reunión como ocurría originalmente.

En el estado de emergencia no puede el presidente de la República, en la actualidad, prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio; tampoco puede suspender el derecho de reunión ni suspender o restringir la libertad de información y de opinión. Sólo puede restringir las libertades de locomoción y de reunión.

Finalmente, en lo que respecta a la defensa judicial de las personas agraviadas, la reforma de 2005 culminó un giro copernicano a la situación regulada en la Constitución original de 1980. En efecto, el recurso de hábeas corpus no era procedente en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas por la autoridad competente con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley. El recurso de protección tampoco procedía, en ninguno de los estados de excepción, respecto de los actos o medidas adoptados por la autoridad con sujeción a la Constitución y a la

ley, que afectaran a los derechos constitucionales cuyo ejercicio podía suspenderse o restringirse en conformidad con las normas que regían dichos estados. En resumen, bajo la Carta original de 1980, los derechos fundamentales de las personas quedaban a la intemperie en los estados de crisis.

2. Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción constitucional

El único poder independiente e idóneo para resguardar los derechos de las personas injusta o arbitrariamente afectadas en los EEC es el Poder Judicial. De tal manera, la defensa judicial de los derechos humanos solo puede hacerse efectiva mediante el ejercicio de las acciones y los recursos que la Constitución otorga a aquellos cuyos derechos fundamentales se vean indebidamente atropellados por efecto de las medidas adoptadas por el gobierno en estos estados.

2.1. Protección judicial del númerus clausus de los EEC y sus circunstancias habilitantes

No basta establecer en la Constitución los cuatro estados excepcionales que hemos relatado y prescribir que solo en virtud de ellos puede afectarse el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura. Los gobiernos despliegan a veces una ingeniosa batería de arbitrios para disfrazar la situación real que no les acomoda, a fin de enmarcarla dentro del estado excepcional que les interesa declarar.

Por otra parte, las constituciones son guardianas muy celosas del principio de división de las funciones al momento de blindar la autonomía del gobierno para decretar estos estados. No sabemos de ninguna Constitución que permita al Poder Judicial interferir o controlar esta atribución exclusiva del gobierno.

Para equilibrar estos dos extremos, la reforma de 2005 ideó la siguiente disposición:

> Artículo 45. Los Tribunales de Justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39.

Esta última frase quiere decir que, no obstante la prohibición impuesta a los jueces de calificar los motivos invocados por la autoridad para decretar los EEC, ellos pueden intervenir en los siguiente casos: a) cuando la autoridad decretare un EEC no contemplado en el artículo 39 de la Carta; b) si el fundamento o la circunstancia de hecho en que se funda un estado de excepción no corresponde al que ha sido decretado, y c) cuando la autoridad decreta un estado de excepción con ausencia de todo fundamento de hecho o motivo habilitante para hacerlo de acuerdo a la Constitución.

Como, además, la reforma de 2005 agregó al artículo 39, como requisito para decretarlos, que las situaciones de excepción "afecten gravemente el normal

desenvolvimiento de las instituciones del Estado", pensamos que también podría impugnarse la declaración de un estado de excepción cuando la circunstancia que le dio origen no cumple este requisito necesario para su procedencia.

En estos casos los tribunales no entran a calificar si la autoridad tuvo o no motivo suficiente para declarar el estado de excepción que se impugna; sino que controlan la congruencia entre el EEC que se dicta y la situación de crisis que lo autoriza conforme a la Constitución, estando habilitados para ejercer este control en virtud de la frase final de la disposición transcrita.

2.2. Amplitud de los medios de defensa de los derechos humanos

El artículo 45 citado continúa así:

> No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.

Este precepto significa un cambio cualitativo de importancia con relación a la situación original descrita anteriormente, la que hacía improcedente la acción de hábeas corpus en los estados de asamblea y de sitio respecto de las medidas adoptadas en virtud de ellos con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley. Para rechazar miles de recursos de amparo interpuestos en estos estados, durante el gobierno militar, por medidas atentatorias de la libertad personal, generalmente desprovistas de todo motivo, los tribunales llegaron a utilizar una fórmula sacramental: "Habiéndose dictado la medida que se impugna en virtud de un estado de excepción que la contempla, por la autoridad competente y en conformidad a las normas constitucionales y legales aplicables al caso, se declara improcedente el recurso de amparo interpuesto".

La actual normativa supera también el modesto avance de la ley de reforma 18825, de 1989, la que en lo pertinente señalaba:

> La interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los tribunales no suspenderán los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva respecto de tales recursos.

El texto de la Constitución reformada el año 2005 no hace referencia particular a ningún recurso o acción, sino que *garantiza siempre* el derecho de recurrir a los tribunales competentes en defensa de cualquier derecho constitucional agraviado por las medidas que se adopten en estos estados. Por consiguiente, no solo proceden las acciones de rango constitucional —incluidos el hábeas corpus y la acción de protección— sino también todas aquellas que, teniendo solamente jerarquía legal, están destinadas a resguardar el ejercicio de tales derechos.

La disposición transcrita viene a reiterar —aun en los estados de excepción— el principio de tutela jurisdiccional establecido en el artículo 19.3 cuando este asegura a todas las personas "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". Y continúa diciendo "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale…".

Las ventajas comparativas del nuevo artículo 45 son las siguientes: a) las medidas que afecten derechos constitucionales serán *siempre* susceptibles de impugnación judicial; b) esta podrá ser objeto tanto de las acciones constitucionales de amparo y de protección como de las demás acciones ordinarias que procedan, según el caso; y c) con respecto a estas medidas no solo podrán los tribunales calificar sus fundamentos y circunstancias de hecho sino también su existencia y su proporcionalidad, lo que antes era ilusorio ante el tenor categórico de la disposición que decía que "Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución" (artículo 41.3 CPR, original).

2.3. Una sombra perturbadora: ausencia del principio de responsabilidad por daños personales

Hace ya más de un siglo, nuestro destacado iuspublicista don Valentín Letelier sostenía que "en las Repúblicas no debe haber funcionarios irresponsables".[7] Podría añadirse que, a mayor poder ejercido, corresponde mayor responsabilidad.

Los EEC generan poderes excepcionales —los llamados "poderes de crisis"— cuyo ejercicio puede desbordar los límites autorizados y puede inferir agravios injustificados a las personas afectadas.

En un Estado de derecho republicano y democrático como el nuestro, debiera existir una norma constitucional que no solo estableciera la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de perjuicios de esta naturaleza, sino también la responsabilidad personal de los agentes del Estado que, infringiendo la Constitución o la ley, ocasionaren daños a las personas en el ejercicio de los poderes de crisis.

El artículo 55 de la Constitución española, que trata "De la suspensión de los derechos y libertades", prescribe en su inciso final: "La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes".[8]

El artículo 214.5 de la Constitución de Colombia —situado en el capítulo que trata "De los estados de excepción"— prescribe: "El Presidente y los Ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás

[7] Cit. por el Prof. Enrique Silva Cimma: *Estado, gobierno, ciencia política y derecho público,* Santiago de Chile: Universitaria, 2008, p. 23.

[8] La ley orgánica citada es la 4/1988, de 25 de mayo, sobre Enjuiciamiento Criminal.

funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores".

Similar causal de responsabilidad del presidente de la República y de los ministros de Estado establece el artículo 215.8, con respecto a la declaración infundada del estado de emergencia y a los abusos que se cometieren en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al gobierno en dicho estado.

El artículo 112 de la Constitución de Bolivia, que se refiere a los efectos del estado de sitio, contiene —en su apartado 5— la disposición siguiente: "Los ejecutores de órdenes que violen estas garantías podrán ser enjuiciados en cualquier tiempo, pasado que sea el estado de sitio, como reos de atentado contra las garantías constitucionales, sin que les favorezca la excusa de haber cumplido órdenes superiores".

El artículo 141 de la Constitución de Brasil establece: "Cesado el estado de defensa o el estado de sitio, cesarán también sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad por los ilícitos cometidos por sus ejecutores o agentes".

En el derecho constitucional chileno solo se contempla la responsabilidad patrimonial del Estado, conforme al artículo 45.2, que establece: "Las requisiciones que se practiquen [durante los EEC] darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño".

La LOC 18415 sobre los Estados de Excepción, que regula esta materia, establece que, en los casos señalados precedentemente, habrá lugar a la indemnización de perjuicios en contra del fisco, siempre que estos sean directos. Añade que "la interposición de dicha acción no suspenderá, en caso alguno, la respectiva medida" (artículo 17). En el caso de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad, bastará que la autoridad notifique al afectado dejándole copia del documento que dispuso la respectiva limitación (artículo 18.2).

Añade el artículo 19: "El monto de la indemnización y su forma de pago serán determinados de común acuerdo entre la autoridad que ordenó la requisición y el afectado por la medida". En caso de no lograrse acuerdo, el afectado puede recurrir dentro del plazo de 30 días ante el juez civil competente. El Tribunal dará a esta presentación una tramitación incidental —esto es, breve y sumaria— fijando en su sentencia el monto definitivo de la indemnización, la que debe ser pagada en dinero efectivo y al contado (artículo 19). La acción indemnizatoria prescribe en el plazo de un año a contar de la fecha de término del estado de excepción que dio origen a la medida que ocasionó el perjuicio.

Exceptuando las normas sancionatorias existentes en el derecho penal y en el derecho administrativo, echamos de menos en nuestro derecho público una normativa que establezca la responsabilidad de las autoridades y los funcionarios por los abusos y extralimitaciones que puedan cometer en el ejercicio de las facultades extraordinarias que se les otorgan en los estados de excepción constitucional.

* * *

El notable maestro Luis Sánchez Agesta, en el prólogo de la tesis doctoral del Prof. Francisco Fernández Segado, acerca de los estados de excepción constitucional en España, expresó lo siguiente: "Los poderes de excepción suponen una situación anormal, y lo anormal es en cierta forma imprevisible". Y concluyó así: "En todo caso debemos también considerar como un fruto agridulce de la civilización, el que las Constituciones prevean procedimientos lícitos de excepción que, en cierta manera, estén sujetos a un control de su legalidad. Este esfuerzo es quizá el mejor fruto de la ciencia jurídica constitucional por normalizar lo anormal y prevenir lo imprevisible".

Bibliografía

Bodino, Juan (1992): *Los seis libros de la República*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bulnes Aldunate, Luz (2005), en Francisco Zúñiga Urbina (coord.): *Reforma constitucional (Los estados de excepción frente a la reforma constitucional*), Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Caffarena de Jiles, Elena (1957): *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago de Chile: imp. San Francisco.

Cruz Villalon, Pedro (1984): *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos.

Escobar Fornos, Iván (2003): *Los derechos humanos y su defensa*, Managua: La Prensa.

Fernández Segado, Francisco (1977): *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid: Editoras de Derecho Reunidas.

Fix-Zamudio, Héctor (1982) *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Madrid: Civitas.

García Pino, Gonzalo (2005): *Reforma constitucional* (*Los estados de excepción constitucional: un nuevo derecho de excepción*), Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Hernández, Antonio María (2003): *Las emergencias y el orden constitucional*, 2.ª ed., México: UNAM.

Maquiavelo, Nicolás: *Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio*,

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005): *Reformas constitucionales 2005 (Estados de excepción constitucional),* Santiago: Jurídica de Chile.

Ríos Álvarez, Lautaro (2005), en Humberto Nogueira Alcalá (coord.): *La Constitución reformada de 2005 (Los estados de excepción constitucional en una perspectiva humanista)*, Santiago de Chile: Lexis Nexis.

— (2006): "Los estados de crisis en el nuevo ordenamiento constitucional chileno", en *XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público,* t. I., Valparaíso: Universidad de Valparaíso, Edeval.

Saenger Gianoni, Fernando, y Fernando Jiménez Loosli (2005): *Reforma constitucional.* (*Los estados de excepción constitucional*), Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Schmitt, Carl (1985): *La Dictadura*, Madrid: Alianza.

Vega Méndez, Francisco (2005): *Reforma constitucional (Notas para una teoría de la excepción. En torno a la reforma constitucional de 2005 en Chile)*, Santiago de Chile: Lexis Nexis.

Zúñiga Urbina, Francisco (2005): "Derecho de excepción en la reforma constitucional en Chile", ponencia a la Mesa Redonda convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Córdoba.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 537-550, ISSN 1510-4974

Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala)*

Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos

RESUMEN

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, creada en 1986, ha sostenido como jurisprudencia que los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos no son parámetro de constitucionalidad, en el sentido de que no es dable argumentar ante ella, a través de la acción pública de inconstitucionalidad general, que una norma del derecho derivado —ley, reglamento o disposición de orden general— es inconstitucional por estar en contra de un tratado de tal naturaleza. A la fecha no ha integrado el denominado *bloque de constitucionalidad* y tampoco existe una ley que lo cree. La Constitución de la República consagra el principio de que ella es la *norma prima.* A criterio del autor, la Corte está facultada legalmente para integrar dicho bloque, y al mantener la jurisprudencia comentada no está protegiendo adecuadamente los derechos humanos, como se lo exigen la Constitución y la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Palabras clave: protección de los derechos fundamentales, aplicación de los tratados internacionales, ordenamiento jurídico nacional, jerarquía de las normas, jurisprudencia comentada, Guatemala.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Rechtsprechung des 1986 gegründeten Verfassungsgerichtshofs von Guatemala folgt der Auffassung, dass die geltenden internationalen Menschenrechtsabkommen nicht als Maßstäbe zur Beurteilung von Fragen der Verfassungsmäßigkeit in Frage kommen, da es unmöglich ist, in einem allgemeinen Normenkontrollverfahren vor dem Gerichtshof die Auffassung zu vertreten, eine abgeleitete Rechtsnorm – Gesetz, Verordnung oder allgemeine Ordnungsvorschrift – sei verfassungswidrig, weil sie gegen ein solches

* Abogado. Fue presidente y magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, embajador en los Estados Unidos de América y catedrático universitario de Derecho Constitucional, Internacional y Derechos Humanos. Actualmente ejerce su profesión en forma privada. ‹rohrmoser.asociados@gmail.com›

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Abkommen verstoße. Bisher ist er noch nicht Bestandteil des sogenannten *Verfassungsblocks*, und es gibt kein Gesetz, auf dessen Grundlage er es werden könnte. Die Verfassung der Republik schreibt das Prinzip fest, wonach sie die *oberste Rechtsnorm* darstellt. Nach Ansicht des Autors ist der Verfassungsgerichtshof von Rechts wegen ermächtigt, den genannten Block zu integrieren; durch die Beibehaltung der angesprochenen Rechtsprechung gewährt er hingegen keinen angemessenen Schutz der Menschenrechte im Sinne der Vorgaben der Verfassung und des Verfassungsgesetzes über das Recht auf Einspruch, Habeas Corpus und Sicherstellung der Verfassungsmäßigkeit.

Schlagwörter: Grundrechtsschutz, Umsetzung der internationalen Abkommen, nationale Rechtsordnung, Normenhierarchie, kommentierte Rechtsprechung, Guatemala.

ABSTRACT

The Court of Constitutionality of Guatemala, created in 1986, has consistently held that existing international treaties on human rights are not parameters of constitutionality, thus prohibiting arguments that a secondary or derivative law, regulation, or general provision is unconstitutional because it clashes with such a treaty. So far, this has not become a part of the so called "constitutionality block", and there is no law that so provides. The Constitution of the Republic establishes the principle that the Constitution is the *prime provision*. This paper argues that the Court is legally empowered to implement such a block, and that by maintaining the course set by these previous decisions the Court is not adequately protecting human rights properly, as required by the Constitution, the Constitutional Law of Protection *(amparo)*, and the right of Hábeas Corpus *(Exhibición Personal)*.

Keywords: fundamental right protection, implementation of international treaties, national legal order, rule hierarchy, annotated jurisprudence, Guatemala.

1. La normativa legal

Guatemala, a partir de la Constitución de 1985, tiene el orgullo de poseer un sistema de protección de los derechos humanos bastante aceptable, tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como del adjetivo. Son ejemplo de lo primero la propia Constitución y los tratados internacionales[1] vigentes sobre la materia; y de lo segundo, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Así, la *norma fundamental* establece, entre otros, los siguientes *principios:* a) que los tratados sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno;[2] b) que los derechos humanos no identificados en el texto constitucional son igualmente tales,[3] y c) que

[1] Con apoyo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que rige en el país, en este trabajo se emplea la expresión genérica de *tratados* para referirse a convenciones, convenios, pactos, acuerdos, etcétera.

[2] Artículo 46.

[3] Artículo 44.

las normas del derecho internacional general de los derechos humanos son parte del derecho positivo guatemalteco.[4]

Tanto la Constitución como los tratados vigentes, ofrecen una gama de derechos que va desde los individuales, a los colectivos: económicos, sociales y culturales, al igual que sobre pueblos indígenas y medio ambiente.

Por su lado, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, desarrolla los mecanismos para hacer efectivos tales derechos sustantivos, regulando el amparo, la exhibición personal (hábeas corpus), la acción general de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, así como la acción, excepción o incidente de inconstitucionalidad, en casos concretos.

2. La Corte de Constitucionalidad y la acción general de inconstitucionalidad

La Corte tiene como función primordial la defensa del orden constitucional, pero también, la de efectivizar los derechos humanos, con facultades exclusivas de tramitar los planteamientos de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que se opongan a la *norma prima*. Para llevar a cabo esa labor, examina tales planteamientos —a veces ha actuado de oficio en defensa del orden constitucional—[5] y los compara con la Constitución. Si de tal operación resulta que efectivamente la violentan, declara con lugar la acción y expulsa del ordenamiento jurídico la disposición legal en referencia. Si de su análisis no se aprecia tal extremo, rechaza la acción, conservando la norma cuestionada todo su vigor y fuerza legal.

3. La acción de inconstitucionalidad general de normas tildadas de oponerse a tratados vigentes sobre derechos humanos

Ante la Corte de Constitucionalidad se ha planteado un buen número de acciones de inconstitucionalidad general tendientes a dejar sin efecto normas del orden jurídico interno que supuestamente violan lo dispuesto en tratados internacionales sobre derechos humanos. Esas acciones, inveteradamente han sido declaradas sin lugar por la Corte con el argumento de la inexistencia del *parámetro constitucional* necesario para el efecto. Concretamente, la posición de la Corte consiste en argumentar que el único

[4] Artículo 149.

[5] Véase la sentencia del 25.5.1993, que se pronunció contra el golpe de Estado del ex presidente Serrano declarándolo inconstitucional, lo que facilitó el regreso al Estado de derecho.

parámetro de constitucionalidad posible es la propia Constitución, ya que ella es la norma de *suprema jerarquía* dentro del orden jurídico guatemalteco.

A este trabajo se adjunta como anexo la ficha que resume la posición de la Corte en un caso paradigmático y al mismo tiempo se ofrece la jurisprudencia al respecto que pone de manifiesto la tendencia citada.[6]

4. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en relación con la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos

A partir del sonado[7] caso *Ríos Montt,*[8] la Corte fue de la tesis de que tales tratados se "constitucionalizan" pero que no tienen supremacía sobre la Constitución, en el sentido de que si son conformes con ella ingresan al derecho interno sin dificultad, pero si la contradicen no podrían tener efecto, ya que la propia *norma de normas* indica la manera como ella misma puede reformarse o modificarse, y que por ello sería inaceptable un tratado que contradijere sus mandatos. Aceptó, sí, que tal categoría de tratados tienen una jerarquía superior a las leyes ordinarias, por lo que, en consecuencia, su posición en el orden jurídico guatemalteco es infraconstitucional pero supralegal.

Se acompaña también como anexo al presente trabajo la ficha del caso, en la que se ofrece un resumen de este y la jurisprudencia más notoria que se ha derivado de él.[9]

5. El denominado *bloque constitucional*

En otros países, sea el legislador o el juez constitucional han creado lo que en doctrina se denomina el *bloque constitucional o bloque de constitucionalidad*, integrado por la Constitución propiamente dicha, así como los principios y valores que la inspiran, y cierto número de tratados internacionales con contenido de derechos humanos, notables por el avance que representan en materia de protección y desarrollo de estos derechos. Tal el caso de algunos países de Europa —Francia y España, entre otros— y de América Latina —Colombia, por ejemplo, donde el *bloque de constitucionalidad* se integra con la Constitución de la República, sus valores y principios, más la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y

---

6 Véase la ficha l, caso *Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala.*

7 El caso es muy conocido porque el postulante del amparo intentó inscribirse como candidato a la presidencia de la República a pesar de la condición de inelegibilidad establecida en la Constitución. En 1990 la Corte le negó la posibilidad, pero en 2003 lo amparó (expediente 1089-2003, sentencia 14.7.2003, en *Gaceta* n.º 69, julio-septiembre de 2003, p. 440). Esta persona perdió las elecciones.

8 Expediente 280-90, sentencia 19.10.1990, en *Gaceta* n.º 18, octubre-diciembre de 1990, p. 86.

9 Véase la ficha 2, caso *Tratados de derechos humanos se "constitucionalizan"* (caso *Ríos Montt*).

Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, etcétera.

El Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82, según lo relata Rubio Llorente, quien recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como a "un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen".[10]

En Guatemala el legislador ha guardado silencio al respecto y la Corte de Constitucionalidad no ha integrado dicho bloque en forma expresa. Sin embargo, es preciso advertir que la Corte, sin decirlo formalmente, ha integrado ya, en forma parcial, el *bloque de constitucionalidad*, pues en algunos de sus fallos se ha referido a una unidad jurídica

> […] compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu [sic].[11]

Son varios los fallos en los que la Corte ha protegido los denominados *derechos humanos innominados* o *derechos humanos no expresos*, vale decir, aquellos que no están expresamente consignados en el texto constitucional pero que son inherentes a la persona humana, en correcta intelección al artículo 44[12] de dicho cuerpo legal. Como ejemplo, se ofrece la ficha 3, anexa a este trabajo, en la que se resume el expediente 248-98, en cuya sentencia la Corte hizo prevaler el derecho a la intimidad personal y a morir con dignidad, derechos que no están reconocidos en forma expresa en la Constitución, sobre la libre expresión del pensamiento y el libre acceso a las fuentes de información,[13] que sí están regulados prolijamente en el texto constitucional.

A partir de estos casos, es dable afirmar que la Corte ya ha integrado tácitamente un *bloque de constitucionalidad* con el texto de la Constitución más los valores y principios que la inspiran. Pero esa integración es tácita, no expresa, como sería lo deseable, pues no incluye aquellas normas del derecho internacional convencional

---

[10] Francisco Rubio Llorente: "Bloque de constitucionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 9, n.º 27, septiembre-diciembre de 1989.

[11] Corte Constitucional colombiana, sentencia C-067/03.

[12] Su contenido es: "Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza".

[13] Véase la ficha 3, caso *Morir con dignidad*

vigentes en el país y que son notables por la protección y el desarrollo que confieren en materia de derechos humanos, tales como las arriba citadas y otras ampliamente protectoras —y más que en el derecho interno— de los derechos fundamentales, tanto individuales como económicos, sociales y culturales, del medio ambiente y de los pueblos indígenas.

6. ¿Ofrece la citada jurisprudencia de la Corte una adecuada protección en materia de derechos humanos?

La respuesta es, por supuesto, negativa, ya que limita notablemente el campo de acción de la protección constitucional, constriñéndola exclusivamente a la Constitución, aun cuando la propia Corte acepta —en el citado fallo *Ríos Montt* y otros que han seguido dicha jurisprudencia—[14] que los tratados de derechos humanos debidamente aceptados y ratificados por Guatemala se *constitucionalizan*, para utilizar las mismas palabras que usa tal fallo. De modo que, si así es, tales tratados deben integrar igualmente el plexo de derechos humanos incluidos, explícita o tácitamente, por mandato expreso del artículo 44 constitucional arriba citado, pertenezcan tales derechos pertenecientes al orden interno o al internacional.

Si la Corte integra el *bloque de constitucionalidad* se logarían varios avances en materia de protección a los derechos de las personas, tales como: las normas que lo integran tendrían prevalencia general y permanente sobre otras normas de la legislación interna; esas normas tendrían rango constitucional; se garantizaría su aplicación directa, o sea, su efecto, *self executing*. Pero también, y no por ello menos importante, se garantizaría el acceso al planteamiento de acciones de inconstitucionalidad general contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que tengan disposiciones supuestamente contrarias a los mandatos contenidos en los tratados de derechos humanos, debidamente aprobados y ratificados, ya que se habría creado el parámetro de comparación que la Corte por ahora argumenta que falta, y entonces, obviamente, tales tratados serían también la Constitución Política de la República.

Como se comprenderá, lo ideal sería que el Congreso de la República integrara formalmente el *bloque de constitucionalidad,* pero se sabe que ello es un proceso lento y, lamentablemente, no alejado de circunstancias de tipo político que podrían poner en problemas las buenas intenciones de algunos legisladores de avanzada.

De esa forma, a fin de que el citado *bloque* se integre con la mayor brevedad posible y pueda la ciudadanía disponer de él, a fin de lograr las ventajas que ya han quedado arriba relacionadas, se exhorta en este trabajo a la honorable Corte de Constitucionalidad a proceder en tal sentido a través de sus propios fallos.

[14] Opinión consultiva del 18.5.1995, en *Gaceta* n.º 37, expediente 199-95, p. 9, y otros casos que se ofrecen en la ficha 2.

Ficha 1. Caso *Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala*
Ficha para recopilación de información de casos seleccionados

1. Número de expediente:
334-95.

2. Partes involucradas:
Director de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Ronalth Iván Ochaeta Argueta.

3. Fecha del fallo:
26.3.1996.

4. Vía legal utilizada:
Acción de inconstitucionalidad general total del artículo 201 del Código Penal, reformado por el artículo 1 del decreto 14-95 del Congreso de la República.

5. Derechos fundamentales implicados:
Derechos a la vida, a que una nueva ley no extienda la pena de muerte a delitos que antes de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contemplaban esa sanción, y a que los tratados vigentes sobre derechos humanos tengan en Guatemala preeminencia sobre el derecho interno.

6. Resumen del caso:
Argumentó el interponerte que la norma impugnada adolecía de inconstitucionalidad por cuanto extendía la pena de muerte a delitos que antes de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no la contemplaban, dado el carácter abolicionista de dicha pena que propugna ese instrumento internacional, y que, por tal motivo, violaba su artículo 4.2, más los siguientes artículos de la Constitución: a) 44, pues este consagra el principio de incorporar al derecho interno otros derechos y garantías inherentes a la persona humana, tales como el contenido en el citado artículo; b) 46, ya que la Convención Americana es un tratado sobre derechos humanos debidamente aceptado y ratificado por Guatemala y que, por ende, tiene preeminencia sobre el citado artículo del Código Penal; c) 18, que establece la pena de muerte, y d) 1 y 3, que privilegian la vida humana.

La Corte consideró que: a) al comparar el artículo objetado de inconstitucional con los artículos 1 y 3 de la Constitución se determina que no hay violación a tales disposiciones porque en ellas no se hace prohibición expresa ni tácita sobre la extensión de la aplicación de la pena de muerte; b) el artículo 18 no contiene una norma prohibitiva de la extensión de la pena de muerte, ya que la establece y se refiere a que no podrá imponerse en algunos casos allí indicados; c) al hacer la comparación con el artículo 44 de la Constitución se concluye que tampoco existe violación a tal norma, porque

lo que ella hace únicamente es reconocer que no solo los derechos humanos individuales establecidos explícitamente en la Constitución son los inherentes a la persona humana, sino también los que no figuren expresamente en ella, y c) por último, al analizar la supuesta violación del artículo 46 que invoca el accionante se concluye que dicha disposición tampoco se ha afectado con la emisión del artículo impugnado, pues en aquel únicamente se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, de modo que en presencia de un supuesto conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían estos últimos, pero ellos no son parámetro de constitucionalidad.

De esa cuenta, estimó que no existía la inconstitucionalidad planteada y la resolvió sin lugar.

7. Criterio para selección del caso (frecuencia, importancia, avances, vacíos, contradicción, etcétera):

Este fallo es importante porque constituye un ejemplo de la corriente jurisprudencial que ha sentado la Corte con respecto a que los tratados y convenciones sobre derechos humanos no son parámetro de constitucionalidad pues tal parámetro se da únicamente a partir de la Constitución al compararla con una norma inferior del derecho derivado de ella. Como se nota, esa jurisprudencia está en contra de la que también mantiene la Corte en cuanto a que los tratados sobre derechos humanos *se constitucionalizan* pues de esa forma, ellos y la Constitución integrarían un solo cuerpo legal unitario, que en doctrina se denomina el *bloque constitucional,* constituido por esta y ciertos tratados sobre derechos humanos que han logrado brindar una máxima protección a los derechos fundamentales de las personas, tales como las grandes declaraciones y convenciones sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las declaraciones y convenciones sobre los Derechos de la Mujer, del Niño, etcétera. La ley no ha integrado a la fecha dicho bloque y la Corte tampoco lo ha constituido en su jurisprudencia.

Ese principio mantiene también la sentencia del 12.3.1997, expediente 131-95 (*Gaceta* 43, p. 47), que se ha reiterado en los expedientes 889-2005, 1021-2002, 2379-2004, 2616-2004 y 307-1997.

El artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad obliga al operador jurídico, en materia de derechos humanos, a llevar a cabo una interpretación *extensiva* o *in dubio pro libertate* que no se cumple en la jurisprudencia sentada.

8. Fecha de la ficha:

Mayo de 2008.

Ficha 2. Caso *Tratados de derechos humanos se "constitucionalizan"* (caso *Ríos Montt)*
Ficha para recopilación de información de casos seleccionados

1. Número de expediente:
280-90.

2. Partes involucradas:
Partidos políticos PID, FUN y FRG, quienes unificaron personería en Oscar Humberto Rivas García/Tribunal Supremo Electoral.

3. Fecha del fallo:
19.10.1990.

4. Vía legal utilizada:
Apelación de sentencia en amparo.

5. Derechos fundamentales implicados:
Derechos a la seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de defensa, incluidas las garantías de audiencia y al debido proceso, del juez o tribunal competente, de elegir y ser electo, de optar a cargos públicos y tener acceso a las funciones públicas del país, el derecho de los partidos políticos de postular candidatos a cargos de elección popular, y a los principios de irretroactividad de la ley, de preeminencia en materia de derechos humanos de los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala sobre el derecho interno, inclusive la Constitución, y de no subordinación entre los organismos del Estado.

6. Resumen del caso:
El Tribunal Supremo Electoral negó a la coalición de partidos políticos mencionados la inscripción para el cargo de presidente de la República del ciudadano Efraín Ríos Montt, con base en el argumento de que le era aplicable la causal de ineligibilidad a que se refiere el artículo 186.*a* de la Constitución de la República, pues era público y notorio que había ocupado la Jefatura de Gobierno del 23 de marzo de 1982 al 8 de agosto de 1983. Los interponentes recurrieron en amparo ante la Corte Suprema de Justicia, quien lo denegó. Por ello apelaron ante la Corte de Constitucionalidad, entre otros, con los siguientes argumentos: a) que al denegar la candidatura del general Ríos Montt argumentando causal constitucional de ineligibilidad y que el acto de optar al cargo de presidente de la República por el mencionado ciudadano se produjo en el momento en que la coalición postulante solicitó su inscripción como candidato constituye una aplicación retroactiva de la ley, que viola los artículos 2 y 15 de la Constitución; primero, porque la norma en cuestión entró en vigencia el 14 de enero de 1986, y segundo, porque el fallo impugnado equivoca su propia interpretación al haberse limitado a la literalidad de esa norma, sin analizar la Constitución "en su

conjunto, como un todo", con lo cual habría concluido obligadamente que lo que existe es un conflicto de leyes en el tiempo, surgido entre la actual Constitución y la anterior, sin que sea aceptable que la primera sea contradictoria al establecer en su artículo 15 la no retroactividad de la ley y, al mismo tiempo, contener una norma fundada en hechos "consumados en el pasado", y b) que, de conformidad con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede hablarse de limitaciones para participar como candidato a un cargo de elección popular por razones de cargo o situación, como lo serían las prohibiciones establecidas en el artículo 186 constitucional, norma que no puede tener aplicabilidad debido a que el propio constituyente, en uso de sus facultades soberanas, se autolimitó en el sentido de dar preeminencia a los tratados y convenciones sobre derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, sobre el derecho interno, el cual incluye la propia Constitución, pues al respecto es evidente la violación de los artículos 44 y 46 constitucionales, al aplicar retroactivamente el mencionado artículo 186 y sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos son normas de naturaleza ordinaria que jamás estarán por encima de la Constitución de la República.

Entre otros puntos, la Corte estimó que no existía un derecho o una situación preconstitucional ya consumados para que el ciudadano Ríos Montt optara al cargo de presidente de la República pues no se producía una aplicación casuística o retroactiva de la Constitución a su persona, por cuanto, dado el carácter normativo de esta, la prohibición constitucional se refería a la opción que se planteara posteriormente a su vigencia, de la cual, por la presunción general del conocimiento de las leyes, se supone enterado el interesado desde su inicio, el 14 de enero de 1986. Que el artículo 186.*a* de la Constitución no se encuentra en contravención con lo establecido por el artículo 23.1.*b* y *c* y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como que esta no tiene preeminencia sobre la Constitución, como lo sostienen los interponentes y acepta la Corte Suprema de Justicia. Específicamente, en este último punto, dado que la Corte Suprema fue de la tesis de que los tratados sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno, incluida la Constitución, la Corte estimó conveniente precisar su criterio al respecto, en el sentido de que, a su juicio, el hecho de que la Constitución, en el artículo 46, haya establecido tal preeminencia debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que seguir dándose, pero esa jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos, por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía del artículo 46 sino —en consonancia con el artículo 2 de la Convención— por la del primer párrafo del artículo 44 constitucional. Además, que el citado artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con ella, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si la contradicen, su efecto

sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la Carta Magna que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición de que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución.

De ese modo, la Corte fue de la tesis de que en el caso concreto no existía contradicción entre lo normado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución de la República, ya que la prohibición que esta mantenía para optar al cargo de presidente de la República se había basado en una relación de soberanía política en la que no se discriminaba en razón de hechos ajenos a las personas o a su condición social, económica o sus creencias, sino que se había legislado en protección del principio de autenticidad electoral y de efectividad de la autodefensa de la Constitución.

Con tales postulados, la Corte confirmó la sentencia apelada, denegando el amparo solicitado.

7.Criterio para la selección del caso
(frecuencia, importancia, avances, vacíos, contradicción, etcétera):

La importancia del caso radica en que el fallo ha servido de modelo para definir toda una jurisprudencia posterior de la Corte en relación con la interpretación dada al artículo 46 constitucional, en el sentido de que la preeminencia allí acordada a los tratados y convenios de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala sobre el derecho interno solo debe tener lugar respecto al orden jurídico ordinario o derivado de la Constitución, pero no sobre esta. La Corte Suprema de Justicia mantiene el criterio, como arriba se indicó, de que la Constitución se incluye en el derecho interno, criterio que no comparte la Corte de Constitucionalidad.

También es importante porque ha determinado la jurisprudencia según la cual los tratados y convenciones sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala se constitucionalizan, es decir, son parte de la Constitución, a pesar de que la jurisprudencia no ha evolucionado hasta este momento —como sí ha sucedido en otros países— en el sentido de integrar el denominado *bloque constitucional,* a partir de la Constitución y otras normas de derecho internacional convencional de gran significación para la protección de los derechos humanos, tales como la Convención Americana, los pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las grandes declaraciones sobre Derechos Humanos, etcétera. Al propio tiempo, se ha generado también la jurisprudencia de que los citados instrumentos internacionales, si bien se reconocen como parte de la Constitución, no son parámetro de constitucionalidad, en el sentido de que no es dable ante la Corte impugnar de inconstitucionales normas del orden jurídico derivado de la Constitución —leyes, reglamentos y disposiciones de orden general— tildadas de estar en contra de la citada normativa internacional convencional (*Gaceta* n.º 43, expediente 131-95, p. 47, sentencia del 12.3.1997, y *Gaceta* n.º 39, expediente 334-95, p. 50, sentencia del 26.3.1996).

Es importante tomar nota de que la doctrina guatemalteca se halla dividida con respecto a la posición de incluir o no la Constitución en el concepto *derecho interno.* La mayoría de los autores se inclinan por la negativa.

8. Fecha de la ficha:
12 de mayo de 2008.

Ficha 3. Caso *Morir con dignidad*
Ficha para recopilación de información de casos seleccionados

1. Número de expediente:
248-98 Corte de Constitucionalidad.

2. Partes involucradas:
Carlos Mauricio Valladares de León.

3. Fecha del fallo:
19.1.1999.

4. Vía legal utilizada:
Acción de inconstitucionalidad parcial del artículo 3 del decreto 100-96, reformado por el decreto 22-98, ambos del Congreso de la República, Ley que Establece el Procedimiento para la Ejecución de la Pena de Muerte.

5. Derechos fundamentales implicados:
Derecho a la libre emisión del pensamiento, a la intimidad personal y a morir con dignidad.

6. Resumen del caso:
El accionante argumentó que la norma impugnada, en las expresiones que dicen: "la ejecución de la pena de muerte se realizará en forma privada" y "no [se] podrán realizar transmisiones directas ni grabar por cualquier medio para su reproducción diferida o fotografiar el acto del ingreso del reo al módulo de ejecución y su estancia en el mismo" infringen el artículo 35 de la Constitución, que garantiza la libre emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa.

La Corte estimó que la primera frase de la norma legal impugnada, por su naturaleza de orden procesal, puede disponer, por razones de orden público, que las diligencias sean realizadas en audiencia privada, como sucede por ejemplo cuando se trata de proteger la personalidad moral de los menores de edad o evitar escándalos indebidos para la familia. Por ello, no aceptó el argumento planteado, ya que fue de la opinión de que la restricción comentada no restaba de ninguna manera el carácter público del proceso, puesto que este era verificable por las autoridades y por las partes, y de ese modo no podría argumentarse que se estuviera restringiendo a la prensa

el derecho a la fuente de información, pues no había impedimento para relatar el evento mediante una crónica o noticia, pero de ninguna manera como espectáculo masivo. De esa cuenta estimó que la intimidad del reo debe respetarse, puesto que, no obstante su condición, conserva su dignidad humana, esto es, su calidad de persona, aspecto subjetivo que recoge con claridad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por ese motivo sostuvo la tesis de que, con base en esas argumentaciones del interponerte de la acción, no era procedente la inconstitucionalidad.

Con relación a la segunda frase impugnada, sí aceptó la inconstitucionalidad, pero no por el motivo invocado sino porque contravenía la reserva de ley establecida en el penúltimo párrafo del artículo 35 de la Constitución, que dispone que "todo lo relativo a este derecho constitucional se regula por la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento". (Es interesante tomar nota de que este argumento no lo hizo valer el accionante sino que fue la Corte la que lo planteó de oficio.) Además, porque eludía el procedimiento especialmente agravado para reformar una ley como la citada, que solamente puede ser modificada según lo dispone el artículo 175 de la Constitución. Por otro lado, la Corte consideró conveniente hacer lo que denominó "prevención interpretativa" respecto de los alcances de la inconstitucionalidad formal declarada, estimando que el artículo 35 de la Constitución no podía aplicarse prevalentemente sobre derechos fundamentales de la intimidad personal y de orden público interno, establecidos en otras disposiciones de igual jerarquía, como las que preservan su dignidad, tal como lo garantizaban la Constitución y el Pacto de San José, y advirtió que tal derecho, a pesar de no estar constitucionalizado, era de aplicación pertinente por pertenecer a la categoría de "derechos implícitos" a que se refiere el artículo 44 de la Norma Fundamental. Así que, a pesar de la inconstitucionalidad formal, los derechos humanos del ejecutable debían ser preservados en cuanto a que la ejecución de la sentencia se hiciera con absoluto respeto a su derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no lo había privado.

La sentencia concluyó declarando la inconstitucionalidad del segundo párrafo citado de la norma impugnada, así como sin lugar el resto de los planteamientos.

7. Criterio para selección del caso (frecuencia, importancia, avances, vacíos, contradicciones, etcétera):

El fallo es importante porque pone en práctica la teoría de la relatividad de los derechos humanos, en el sentido de que no son absolutos y que, además, están jerarquizados. En el conflicto entre uno y otro, la Corte da prevalencia al que, a su juicio, posee mayor jerarquía. Sin embargo, no se apoya en esa teoría y ni la menciona. Simplemente la aplica.

Esa decisión marca un avance en la interpretación *pro hómine* y *extensiva* de las normas relativas a los derechos humanos a efecto de garantizar su eficacia, tal como se hace en las cortes internacionales de derechos humanos y en tribunales constitucionales de otros países.

8.Fecha elaboración de la ficha:

12 de mayo de 2008.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

VII. Medio ambiente y Estado de derecho

- Gilbert Armijo (Costa Rica)
  El derecho humano al agua: la ética como alternativa a la justicia constitucional
  A propósito del Tribunal Latinoamericano del Agua

- Juan Carlos Henao Pérez (Colombia)
  El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana

- William Zambrano Cetina (Colombia)
  Deberes de los particulares en la Constitución y medio ambiente

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 553-572, ISSN 1510-4974

Gilbert Armijo (Costa Rica)*

El derecho humano al agua: la ética como alternativa a la justicia constitucional A propósito del Tribunal Latinoamericano del Agua**

RESUMEN

Del agua suele decirse que es la esencia del planeta azul, indispensable para la vida de los seres humanos; sin embargo, no es un elemento asequible para todos. ¿Por qué tenemos tantos conflictos por el preciado líquido? Para gran parte de la doctrina, el alma del agua se ha dividido: solo es posible verla como derecho humano o como mercancía. ¿Qué ha cambiado en los últimos tiempos para que esto ocurriera? ¿De quién debemos protegerla? Y frente a los abusos, ¿cuál ha sido la respuesta desde la óptica de los derechos humanos y de la justicia constitucional? La sociedad civil reclama una tutela constitucional efectiva y, cuando la respuesta es débil, tiende su mirada esperanzadora hacia los nuevos tribunales éticos. Este trabajo pretende sembrar algunas inquietudes sobre la necesidad de ver con nuevos ojos uno de los derechos más apremiantes que tiene el ser humano de cara al siglo XXI.

Palabras clave: derechos humanos, derechos emergentes, derecho humano al agua, justicia constitucional, Tribunal Latinoamericano del Agua, jurisprudencia comentada, América Latina, Costa Rica.

ZUSAMMENFASSUNG

Vom Wasser heißt es, es sei die Essenz des blauen Planeten und unerlässlich für das menschliche Leben; gleichwohl ist es ein Element, das nicht allen zugänglich ist. Weshalb gibt es so viele Konflikte um diese wertvolle Flüssigkeit? Die Lehrmeinungen um das Wasser sind meistens klar geteilt: Es wird entweder nur als Menschenrecht begriffen oder ausschließlich als Ware. Worauf ist dieser Wandel in der letzten Zeit zurückzuführen? Vor wem muss das Wasser geschützt werden? Und welche Antworten wurden bisher aus der Perspektive von Menschenrechten und Verfassungsgerichtsbarkeit in Missbrauchsfällen gegeben? Die

---

* 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. Magistrado de la Sala Constitucional. ‹garmijo@Poder-Judicial.go.cr›

** A Melissa Armijo Losilla, apasionada asistente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin cuya ayuda no habría podido concluir esta investigación, como muestra de aprecio y respeto intelectual.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Zivilgesellschaft fordert einen effektiven verfassungsrechtlichen Schutz und richtet angesichts schwacher Antworten ihren Blick voller Hoffnung auf die neu geschaffenen Ethiktribunale. Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, aus einer neuen Perspektive Anstöße zur notwendigen Diskussion um eines der wichtigsten Rechte des Menschen im 21. Jahrhundert zu geben.

Schlagwörter: Menschenrechte, neue Rechte, Menschenrecht auf Wasser, Verfassungsgerichtsbarkeit, Lateinamerikanisches Wassertribunal, kommentierte Rechtsprechung, Lateinamerika, Costa Rica.

ABSTRACT

Water, the essence of the blue planet, is indispensable for human life; however, it is neither affordable nor accessible for everyone. Throughout many theoretical writings, the soul of water has been divided: while for some the right to water is treated as an essential human right, others view it as a commodity. This paper explores this dichotomy and addresses some of the implicit fundamental questions.

Why do we have so many disputes over this valued liquid? What recent changes have resulted in an increase in water-related conflicts? From the perspectives of human rights and constitutional justice, how has abuse been addressed? Civil society demands effective constitutional protection vis-à-vis water rights; turning to the new ethical courts for assistance. This paper voices concerns and presents a fresh look at water rights – one of the most compelling topics facing humanity in the twenty-first century.

Keywords: human rights, emerging rights, human right to water, constitutional justice, Latin American Water Court, annotated jurisprudence, Latin America, Costa Rica.

> En la prestación de ayuda y la distribución y gestión del agua y los servicios de agua deberá concederse prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población.[1]

1. Introducción

En América Latina, la abundancia del agua siempre se ha dado por descontada. Estamos acostumbrados a verla correr por nuestros ríos y, desde luego, en Centroamérica la estación lluviosa nos enseña que es un regalo estacional que discurre por nuestras calles y ensancha nuestros bosques.

Apropiarse de un bien común fue durante mucho tiempo inconcebible, y cuando esto ocurrió, el derecho encontró la manera de darle una respuesta al conflicto. Es importante desde ya precisar que para el derecho clásico no fue fácil dar una solución

[1] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, § 60 de la observación general 15, 29 período de sesiones (2002).

apropiada al disfrute de los bienes comunes.[2] En España todavía hoy existen enormes conflictos entre las autonomías regionales por el uso y el disfrute del agua. Se cuestiona si las comunidades que cuentan con mayor abundancia de este recurso deben compartirlo con las comunidades más secas del sur (Andalucía, Granada, etcétera).[3] En otros casos, como ocurre en Valencia, existe un Tribunal del Agua que se ha encargado de regular el servicio desde tiempos inmemoriales.

En la actualidad el problema ha adquirido un carácter global. El agua dulce se ha vuelto un bien escaso, indispensable y valioso. Existen países que lo tienen en abundancia y otros no. Esta situación fáctica ha llevado a cuestionar la concepción clásica sobre los bienes de dominio público, los cuales por lo general están garantizados en la Constitución y en la ley, con la finalidad de satisfacer las necesidades de los ciudadanos del Estado.[4]

Para algunos autores, si esta situación se mantiene inflexible llevará a las guerras futuras por el control y el dominio del bien. El peligro es tal que ha ameritado la intervención de las Naciones Unidas y sus organismos, que han intentado solucionar el problema acudiendo a diferentes interpretaciones de algunos de los instrumentos internacionales. Debemos recordar que el agua no existe como expreso derecho humano universal, pues la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no lo incluyó explícitamente en el artículo 25. Posiblemente por ser tan obvio en razón de su naturaleza, lo mismo que el aire, a los redactores les pareció innecesario mencionarlos.[5]

En la actualidad, corrientes como las que representan los derechos emergentes postulan que todos los seres humanos tenemos mayores y mejores derechos que los actualmente reconocidos de forma oficial, entre estos, el derecho humano al agua.[6]

La sociedad civil reclama respuestas de nuestros tribunales. Resalta que de nada vale el reconocimiento oficial del derecho al agua, por ejemplo, si no se cuenta con una instancia judicial que lo torne en efectivo y eficaz. Lo anterior significa que los operadores constitucionales debemos replantearnos qué ha cambiado en el siglo XXI, qué ha causado que estas exigencias se fortalezcan en la forma en que lo demanda, por ejemplo, la sociedad civil en la Declaración Universal de Derechos Humanos

---

[2] Demetrio Loperena Rota: "El agua como derecho humano", en Santiago González-Varas Ibáñez (coord.): *Nuevo derecho de aguas*, Navarra: Aranzadi, 2007, pp. 81-82.

[3] Para algunos, la interpretación constitucional a veces es incapaz de darles una respuesta apropiada a los grandes temas que afectan al ser humano en nuestros días, en especial cuando esos temas no tienen un claro contenido normativo en las constituciones. Andrés Ollero: "La suave rigidez constitucional: derechos que no son derechos. A próposito de la STC 247/2007 de 12 de diciembre", en *Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES),* julio-septiembre de 2008.

[4] Jorge Enrique Romero-Pérez: "El agua como bien económico", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 113, San José, mayo-agosto 2007.

[5] Enrique Uldemolins: "Derecho humano al agua", en *Ambienta,* mayo 2008, p. 51.

[6] Dicha declaración afirma como postulado básico: "El derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano y toda comunidad, para su supervivencia, el *agua potable y el saneamiento*, a disponer de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre. Toda persona tiene derecho a un suministro eléctrico continuo y suficiente y *al acceso gratuito a agua potable* para satisfacer sus necesidades vitales básicas". Declaración de los Derechos Humanos Emergentes, en *Institut de Drets Humans de Catalunya,* ‹http:/www.idhc.org/esp/1241_ddhe.asp#estructura› (14.9.2008), artículo 1, § 1.

Emergentes,[7] la Declaración Europea del Agua[8] o la Declaración Latinoamericana del Agua.[9]

2. El agua como derecho humano o como mercancía

Una primera aproximación al tema está íntimamente unida al fenómeno económico de la globalización. Este, en principio, conlleva un cambio de paradigma en cuanto a la manera en la que hemos visto el problema del acceso al agua. Tradicionalmente se ha planteado como un recurso natural, casi siempre unido a la autorregulación de los estados nacionales (que en general prestan el servicio a través de organismos oficiales). En este sentido, y pese al tiempo transcurrido, poco nos diferenciamos del Estado Romano, que la entendía como *res comune* y, por lo tanto, disponía de fuentes públicas para satisfacer la sed de sus ciudadanos.

La preocupación que se oculta tras las demandas de los derechos emergentes y los nuevos movimientos latinoamericanos y europeos se centra en un intento de armonizar las tendencias privatizadoras del *agua dulce,* al recordarnos que el agua es un bien común sometido en la actualidad a un nuevo concepto de propiedad privada.

Sobre este aspecto, y desde una óptica diferente, el derecho económico sostiene que no hay escasez de agua; lo que existe es una distribución ineficiente. Por ello, no es cierto que se pretenda privatizar un bien común, sino que, por el contrario, se trata de implementar nuevas y más eficientes políticas de gestión del recurso hídrico.[10]

Resulta evidente que estamos en presencia de dos tesis jurídicas que tienen una concepción ideológica y filosófica diversa, que podríamos resumir en *si el agua es un derecho humano o una mercancía*.

Por su parte, el tercer Foro Mundial de Kioto, celebrado en marzo del 2005, fue especialmente relevante en dar un impulso a las nuevas tesis de la globalización, pues las naciones más industrializadas se negaron a reconocer que el agua es un derecho humano. Tampoco se autorizó al Banco Mundial para que financiara la infraestructura

---

[7] Sobre el tema puede consultarse, entre otros, Gilbert Armijo Sancho: "Derechos emergentes en la justicia constitucional", ‹http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERECIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20(Barcelona).doc› (27.10.2009).

[8] Señala, entre otras cosas, bajo el epígrafe "El agua para la vida": "La función básica de garantizar la supervivencia para los seres humanos debe ser reconocida como una prioridad primordial, un *derecho humano* universal. El ejercicio de este derecho humano y la sostenibilidad de la biosfera deben ser garantizados de forma eficaz". *Declaración Europea del agua. Resumen,* en ‹http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf› (26.10.2009).

[9] Es una expresión de la sociedad civil latinoamericana, que tiene como característica el reflejar la insatisfacción por las respuestas oficiales. El artículo 1 señala: "El derecho al agua es un derecho fundamental, inherente a la vida y dignidad humanas. La población de la región latinoamericana es titular del derecho fundamental al agua en adecuada cantidad y calidad", ‹http://www.tragua.com/declaracion_del_agua-html› (26.10.2009).

[10] José Esteban Castro: "La construcción de nuevas incertidumbres tecnociencia y la política de la desigualdad: el caso de la gestión de los recursos hídricos", en *Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología, Sociedad e Innovación*, n.º 2, enero-abril de 2002.

necesaria para el desarrollo de las fuentes de agua en los países menos desarrollados. El Informe Camdessus fue claro en cuanto a la imposibilidad de alcanzar los objetivos de Johannesburgo[11] y recomendó, en cambio, que la empresa privada o mixta se encargara de realizar la inversión que se requiere para llevar al agua a las naciones más pobres, previa privatización del recurso.

Este informe fue criticado por ONG como Amigos de la Tierra, pues a su criterio los resultados de privatizar el agua en los países en vías de desarrollo solo beneficia a las grandes compañías y más bien tiende a fomentar la exclusión de los sectores más pobres, que no están en condiciones de pagar el producto al precio del mercado.

Ante la tesis económica de la privatización, se alzan nuevas propuestas y se retoma el concepto de *bien o patrimonio común de la humanidad.* Esto implica que el agua ya no se podría considerar a una persona física o jurídica, y ni siquiera al Estado como dueño de ciertos recursos naturales como el agua, por cuanto el destinatario del bien deben ser todos los ciudadanos del mundo. Desde este punto de vista, la soberanía estatal es un concepto obsoleto que sublima el concepto de propiedad pública del agua, considerada, al igual que el aire, un bien común de todos los seres humanos. Por ende, deducen que debe prohibirse su comercialización.

Desde luego, esta opción puede ser disfuncional, pues sobre este supuesto los países que han descuidado sus recursos naturales (por contaminación, extracción excesiva o negligencia)[12] podrían pretender que el agua potable les sea facilitada sin costo por los estados que aún cuentan con grandes o pequeñas reservas.[13]

Desde una perspectiva diferente, como lo sostiene el *neomalthusuanismo,* solo se trata de la tragedia de los *bienes comunes,* donde la transferencia de derechos de propiedad pública o comunitaria al sector privado responde al diseño de una política preventiva para el control del riesgo, ante la conciencia de la posibilidad del agotamiento de los recursos naturales (agua, bosques, aire, etcétera).[14]

---

[11] Declaración de Johannesburgo, adoptada en la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de 2002.

[12] "Durante las últimas décadas han surgido problemas que han puesto en crisis los modelos de gestión de agua predominantes a lo largo del siglo XX. Estos problemas son: la crisis ecológica de los ecosistemas acuáticos; la explotación insostenible de muchos acuíferos; los crecientes problemas en la calidad de los recursos; los problemas de ineficiencia y de irracionalidad económica; problemas de gobernabilidad por falta de transparencia y participación ciudadana". Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua, p. 17, ‹http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf› (26.10.2009).

[13] Esta posición encuentra sustento cuando se trata el tema desde la perspectiva de "desequilibrios hidrológicos", tesis que es cuestionada por el movimiento europeo de la Nueva Cultura del Agua. Para este, "El concepto de *desequilibrio hidrológico*, presentado como una *injusticia de la naturaleza*", ha inducido un concepto ético de la *'solidaridad'* de las regiones o cuencas ricas en agua hacia las que disponen de menos recursos hídricos. Ese concepto, sin embargo, es empleado a menudo de forma demagógica, en la medida en que suele promoverse la transferencia de recursos desde territorios menos desarrollados a otros más ricos, agravando desequilibrios territoriales y sociales". Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua, o. cit., p. 25.

[14] Castro: o. cit.

Ciertamente, tesis tan opuestas pueden ser el ropaje jurídico de las futuras guerras de la humanidad[15] por el agua.[16] Los estudios actuales nos recuerdan que el mundo tiene 97,5% de agua salada y 2,5% de agua dulce; de esta un 68,7% se encuentra en los polos, un 30,1% en el subsuelo y solo 0,4% sobre la superficie de la tierra. En Asia vive el 60% de la población mundial y solo tiene el 30% de toda el agua. En América del Sur tenemos el 6% de la población mundial y el 26% del agua dulce.[17] La Organización Metereologica Internacional sostiene que para el 2025 habrá 34 países con serios problemas para el abastecimiento del agua; actualmente en esa situación se encuentran 29 países, que presentan una escasez de moderada a severa.[18] El consumo del agua dulce se ha multiplicado seriamente y para el 2030 habrá aumentado un 60%. En el presente, un africano vive con 30 litros por día, un palestino con 70 litros, un israelí con 260, un norteamericano con 700 y un europeo con 200.[19]

En América Latina, 77 millones de personas no tienen acceso al agua potable, pese a la riqueza hídrica del continente.[20] En Centroamérica la disponibilidad del agua disminuyó un 62% en los últimos cincuenta años. En Costa Rica tenemos un índice de cobertura del consumo humano de 82%; sin embargo, las aguas superficiales presentan algún grado de contaminación: 20% de aguas residuales, 40% de desechos sólidos industriales y 40% del sector agrícola.[21]

Para otros, desde el derecho económico, el agua no es un recurso ilimitado; es finito, vulnerable y, desde luego, tiene un coste económico para su preservación, distribución y tratamiento. Consecuentemente, para este grupo, la discusión sobre este novedoso derecho humano quedó zanjada desde la Declaración de Dublín de 1992, donde

---

[15] En estos días la noticia ha recorrido el mundo: Amnistía Internacional denuncia que Israel priva de agua a los palestinos. "Israel no deja a los palestinos acceder más que a una fracción de los recursos comunes en agua, que se sitúan sobre todo en Cisjordania ocupada, mientras que las colonias israelíes ilegales reciben cantidades prácticamente ilimitadas", escribe. "Piscinas, céspedes bien regados y vastas explotaciones agrícolas irrigadas en las colonias contrastan con pueblos palestinos vecinos cuyos habitantes deben luchar a diario para garantizar sus necesidades de agua", agrega el informe. *Nacion.Com,* Costa Rica, 27 de octubre de 2009, ‹http://www.nacion.com/ln_ee/2009/octubre/27/mundo2138048›, (27.10.2009)

[16] Hans van Ginkel, subsecretario general de las Naciones Unidas durante el Simposio del Agua, de Estocolmo, 13 de agosto de 2001 (*Financial Times,* 14 de agosto de 2001, p. 6).

[17] Datos obtenidos por Mario Peña Chacón del II Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el mundo, en "Derecho humano al agua", p. 1, ‹mariopeña@racsa.co.cr› (30.10.2009).

[18] Puede consultarse sobre el tema el Informe sobre Desarrollo Humano del 2006: *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua,* elaborado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

[19] Peña Chacón: o. cit., p. 2.

[20] Latinoamérica es el continente con la disponibilidad del recurso más alta del mundo. sus 3100 m^3 de agua per cápita por año duplican el promedio per cápita mundial. La gran mayoría de los países cuentan con disponibilidad catalogada entre alta y muy alta en razón de la superficie y la población; sin embargo, ello no garantiza que este sea accesible a todos los habitantes. Situación de los Recursos Hídricos en América Latina: *América Latina: un continente rico en agua,* en ‹http://www,tragua.com/biblioteca_virtual/informacion_general/situacion_recursos_hidricos_la.html› (26.10.2009).

[21] Infomación extraída por Mario Peña Chacón del Duodécimo Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Peña Chacón: o. cit., p. 3.

se admite por primera vez que *el agua es un bien económico*. Esto dio lugar al avance de la privatización del agua en América Latina y a las disfunciones que ella acarrea.

3. ¿Cuál es la respuesta desde la perspectiva de los derechos humanos?

Ciertamente, el agua ha sido reconocida en diferentes instrumentos internacionales como un derecho humano. Entre estos suele citarse el comentario general 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2002). Tal pronunciamiento refuerza anteriores consideraciones aparecidas, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). A nivel ministerial existen diversas declaraciones, como la del Foro Mundial del Agua de Kioto (2003), la Carta Europea de los Recursos del Agua (2001), la recomendación 1731 del Consejo de Europa (2006), que le aseguran al derecho una posición privilegiada. No obstante parte de la doctrina considera que estos acuerdos se ven desde la percepción del *soft law,* sin ninguna fuerza vinculante.

En nuestro caso, hemos aceptado que el acceso al agua dulce es un derecho humano esencial; para nosotros no resulta inminente determinar si se trata un derecho humano accesorio[22] o principal,[23] pues lo que importa es su tutela constitucional. Somos conscientes de que no basta con reconocerlo normativamente, sino que es preciso tornarlo exigible y eficaz. Por ello, lo comprendemos dentro de una concepción más amplia, desde nuevos punto de vista, donde el ambiente desempeña un papel esencial en lo que denominamos un *enfoque ecosistémico,* ya que el agua no puede ser vista aisladamente de los demás recursos: los bosques, los suelos, en síntesis, el ecosistema. Así, el agua no solo debe satisfacer la sed, sino mantener la biodiversidad, los caudales mínimos en los ríos, el mantenimiento de los humedales, todo ello de conformidad con lo pactado en la Convención de Ramsar.[24]

En nuestro medio, hemos admitido que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las recomendaciones del orden de la observación general 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2002)

[22] En general los tribunales constitucionales latinoamericanos hemos derivado el derecho humano al agua de otros derechos fundamentales; por ejemplo, el suministro de agua apta para el consumo humano y del servicio de alcantarillado que lo permita. En el caso colombiano se han desprendido de lo que denominan "el núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas". En esa línea, entonces, la Corte ha dicho que el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. Sentencia T-888 de 2008. Marco Gerardo Monroy Cabra. Puede consultarse de la Corte Colombiana la Sentencia T-381/09.

[23] Sobre el tema en España véase Andrés Ollero: "La suave rigidez constitucional: derechos que no son derechos. A propósito de la STC 247/2007 de 12 de diciembre", en *Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES)*, julio-setiembre de 2008.

[24] Miguel Mathus: "El derecho al agua en el derecho argentino", en *El derecho al agua,* Navarra: Aranzadi, 2006, p. 226.

tienen un valor vinculante en algunos supuestos supraconstitucionales, en tanto otorguen a los ciudadanos mayores derechos de los que brinda nuestra Constitución.

De ahí la importancia de la mencionada observación, como un instrumento operativo más, pues reafirma lo que el Comité había ya reconocido en la observación general 6 (1995), cuando, en referencia a las personas de la tercera edad, estableció que el agua es un *derecho humano* amparado por el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto.[25] Esta tesis es desarrollada con mayor amplitud y precisión en la observación general 15, que no solo reafirma este postulado, sino que les impone a los estados partes obligaciones y estándares mínimos de cumplimiento inmediato y no progresivo. Igualmente, define el derecho al agua como la condición mínima para asegurar la existencia del ser humano. Asimismo, establece que se traduce en el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

El Comité resalta que los estados tienen una serie de obligaciones, entre estas la de garantizar un mínimo de agua potable a toda su población, lo que conlleva la interdicción de cualquier forma de discriminación para los sectores más vulnerables o marginados. Para estos sectores, el acceso al agua debe llevarse a cabo imponiendo tarifas más bajas y accesibles. Por ello es indispensable que los estados cuenten con un plan nacional sobre el agua. Este tema fue retomado por las Reglas de Berlín de 2004, sobre recursos hídricos, donde se reafirma la obligación del Estado de garantizar a través de políticas públicas el acceso de los más necesitados al agua.

En el mismo sentido, la doctrina de los derechos humanos emergentes suele sostener que el derecho al agua es un derecho transversal, porque sin agua no hay vida, sin vida no hay dignidad, lo que nos puede llevar a una amplia escalera de derechos interrelacionados, como el derecho a la salud física y mental, el derecho a la alimentación, el derecho al medio ambiente adecuado y, por qué no, el derecho a la paz.

La tesis, aunque parece novedosa, podría encontrar sustento en el párrafo 6 de la observación 15. Y esto tiene importancia porque la mayoría de las salas y tribunales constitucionales lo analizamos como un derecho derivado de otros derechos humanos, pero no como un derecho humano transversal que nos permita resolver los conflictos constitucionales que afectan a los más necesitados.

Lo anterior nos brinda una nueva perspectiva para valorar los casos de discriminación y desigualdad. La observación general desarrolla este tema desde la *discriminación de facto,* por la no asignación de recursos para llevar el agua a los sectores más pobres. Concretamente señala:

> […] las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos

[25] Véanse los párrafos 5 y 32 de la observación general 6 (1995) del Comité, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

> recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población.[26]

Debemos recordar que la observación general 15 tiene su origen en la constatación del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas acerca de que tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados se deniega injustificadamente a los ciudadanos el derecho al agua. Consecuentemente, nos recuerda que "los Estados deben adoptar las medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna".[27]

La tarea solo puede lograrse si los estados tienen obligaciones de cumplimiento inmediato y no supeditadas a un desarrollo progresivo. Desde luego, siempre existirán temas de desarrollo progresivo, pero el Comité confirma que los estados partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. A juicio del Comité, pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas de los estados en relación con el derecho al agua que tienen efecto inmediato; entre estas señala:

> a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades; b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados; c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua dulce salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar; d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener agua; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponible; f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan e acción nacional sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán de ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciban la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados; […] i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.[28] Lo anterior implica que, para todos los países suscriptores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dichas pautas son vinculantes, obligatorias, y cualquier persona o

[26] Véase el § 14 de la observación general 15 (2002) del Comité, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales.

[27] Ibídem, § 1.

[28] Ibídem, § 37.

grupo de personas que haya sido víctima de una violación del derecho al agua está legitimada para acudir a los tribunales nacionales e internacionales a fin de que le sean restaurados sus derechos.[29] Estos tribunales cuando juzguen los casos de violaciones al derecho al agua, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, deben hacerlo invocando directamente el Pacto.[30] Se nos recuerda a los tribunales nacionales que tenemos la obligación de conceder reparaciones adecuadas a las víctimas, que "podrán consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantía de que no se repetirán los hechos".[31]

4. ¿Realmente garantizamos el acceso al agua sin discriminación alguna?

El cuestionamiento debería llevarnos a reflexionar, a los operadores de la justicia constitucional latinoamericana, sobre las desigualdades que golpean a nuestros pueblos y, sobre todo, lo que podemos hacer para que nuestros ciudadanos tengan acceso a condiciones dignas de vida.

Nuestras realidades nos demuestran que en la mayoría de los estados el agua está mal distribuida. Generalmente, en nuestras sociedades latinoamericanas, existen zonas satisfechas y grandes zonas marginales, y, por ende, seres humanos que no tienen acceso al recurso. Estos amplios sectores afectan a gran cantidad de seres humanos excluidos por el lugar de nacimiento y por la falta de recursos económicos. Creemos que la discriminación en relación con el acceso al agua se convierte en uno de los criterios fundamentales para analizar la justicia social de nuestros estados.

En nuestros países, cuando se trata de la gestión del agua, suele referirse al sector que la disfruta como *consumidores* o *usuarios.* Sin embargo, existen amplios estratos de la población que no cuentan con acceso a las redes formales de distribución. Estos últimos, no potenciales clientes, suelen engrosar las estadísticas de los tribunales o salas constitucionales solicitando amparo o tutela, reclamado el agua como un derecho. Y por lo tanto no solo pretenden ser escuchados, sino que además exigen que se les dé la razón, condenando a las compañías de agua y de drenaje sanitario para que ellos también puedan tener acceso al servicio que prestan.

¿Por qué grandes sectores de nuestras poblaciones carecen del acceso a los servicios básicos del agua? Las respuestas son tantas como nuestras realidades. Para unos los factores sociopolíticos y económicos son los que determinan quién accede al agua y quién no. Para otros es un problema de escasez o abundancia del preciado líquido. En otras situaciones, el vivir en zonas rurales o urbanas marca la diferencia. Pero aun aquellos que tienen la ventaja de tener su hogar en zonas donde existen redes de distribución no están exentos de tener problemas de acceso, y de nuevo el factor socioeconómico marca la gran diferencia entre los que son propietarios y los que no

[29] Ibídem, § 55.
[30] Ibídem, § 57.
[31] Ibídem, § 55.

lo son.[32] El derecho ordinario se ha encargado de establecer requisitos formales para el acceso a los servicios públicos, agua, luz, teléfono. En consecuencia, quienes viven en las zonas pobres de nuestras pequeñas o grandes ciudades y habitan en vivienadas precarias tienen en muchos casos dificultades para acreditar un título de propiedad, por lo que no se les presta el servicio oficial. Estos últimos descubren con insatisfacción que el reconocimiento formal del derecho al agua no necesariamente garantiza un acceso regular a dicho recurso.[33]

Según el profesor de la Universidad de Oxford José Esteban Castro, desde la estructura formal del sistema solo existen los problemas técnicos; "el carácter social de la gestión del agua permanece inobservable y los factores críticos que subyacen a la emergencia de los '*conflictos por el agua*' son ignorados o, en el mejor de los casos, reducidos a sus determinaciones físiconaturales y técnicas".[34] En otras palabras, el tema es invisible.

Para aquellos que propugnan la vigencia de los derechos emergentes, la situación interna de los estados es la misma del ámbito internacional. En este momento 1100 millones de personas tienen problemas para acceder al agua y 2400 millones no pueden sanear las aguas residuales.[35]

5. La privatización en América Latina

Para los técnicos de Ingeniería Sin Fronteras (ISF) Lluis Basteiro y Ana Gris,[36] la tesis de que el agua es un bien económico conlleva un poderoso cambio de paradigma, que sobre todo cuestiona al sector público de los países subdesarrollados como administradores de los sistemas de suministro de agua.

¿Cómo llegamos a este punto? En los ochenta, el Consenso de Washington estableció que el sector público debía recortar el gasto y darle mayor participación al sector privado en los servicios del agua y saneamiento. Los programas de ajuste estructural (PAE) impulsados por el Fondo Monetario Internacional apuntaron en idéntica dirección.[37] En 1992 se concretó un principio esencial que señala: "el agua tiene un

---

[32] Es un hecho bien documentado que, inclusive donde existe suficiente agua, grandes cantidades de seres humanos no logran tener acceso al mínimo necesario para una sobrevivencia digna. Para Amartya Sen esto acontece porque una cantidad de la población es incapaz de reclamar sus derechos o de lo que él denomina el *problema de adquirir.* Amartya Sen: "Food, economics, and entitlements", en J. Dreze y A. Sen (eds.): *The Political Economy of Hunger,* Oxford: Clarendon Press, 1990 (34-52).

[33] P. H. Gleick: "Water conflict chronology", en *Pacific Institute for Studies in Development, Environment and Security,* ‹http://www.worldwater.org/conflictchronology.pdf› (4.2.2010). En igual sentido R. Petrella: *The Water Manifiesto. Arguments for a World Water Contract,* Londres y Nueva York: Zed Books, 2001.

[34] Castro: o. cit.

[35] Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua, o. cit., p. 11.

[36] Lluis Basteiro y Ana Gris: "El proceso de la mercantilización de la gestión del agua. Fracasos y alternativas", en *El derecho humano al agua potable y al saneamiento,* Barcelona, 2007.

[37] Sara Grusky: "IMF Forces Water Privatization on Poor Countries", en *Globalization Chanllenge Initiative*, 2001.

valor económico aplicable a todos sus usos, y tiene que ser reconocido como un bien económico".[38] Este principio fue recibido por la banca mundial como un espaldarazo para condicionar el crédito externo de los países en desarrollo a la apertura del agua a alguna forma de privatización.[39] El criterio ha sido potenciado por el Foro Mundial del Agua, que tiene entre sus principales actividades el financiamiento del "sector privado agua" en los países subdesarrollados.

¿Cuáles han sido los resultados de esta política económica en América Latina? Las grandes compañías ingresan bajo la figura de la concesión de obra pública o bajo la fórmula del consorcio público-privado. Generalmente asumen la infraestructura y las deudas nacionales, ofrecen tarifas más ajustadas y servicios más eficientes, y en principio el Estado se libera de los altos costos de mantener servicios denominados *deficitarios.* Lo cierto del caso es que la propuesta fue un espejismo y un absoluto fracaso que llevó a la rescisión de múltiples contratos; por ejemplo, en Buenos Aires y Cochabamba. En efecto, el descontento de los usuarios genera una alta tasa de morosidad, pues se niegan a pagar los exagerados precios del servicio que les prestan, ante la ineficiencia de las compañías privadas.[40] Estas, por su parte, descubren que las ganancias no se corresponden con las expectativas iniciales[41] y las salidas no se hacen esperar, como ocurrió en el 2001 en Bolivia.[42] En Argentina se otorgaron nueve contratos privados y cesaron siete; de estos, seis volvieron al sector público. En Uruguay, se suscribieron tres contratos privados del agua, los tres cesaron y fueron asumidos nuevamente por el sector público. En Venezuela se dieron tres y todos ellos, años después, cesaron y regresaron al Estado.[43]

La salida de las grandes compañías privadas del agua tuvo un alto costo para los países de la región, ya que a estos, les quedan pesadas cargas crediticias y, además, las compañías demandaron a los Estados ante el CIADI, para que se les otorgaran compensaciones económicas por la interrupción de los contratos.

Actualmente se han fallado varias demandas en el caso de Tucumán, donde se reclamó una indemnización de $ 375 millones; la sentencia le otorgó a la compañía Vivendi la suma de $ 105 millones como indemnización. En la concesión de la provincia de Buenos Aires, la compañía Azurix demandó a la ciudad por una suma de $ 400 millones y recibió $ 165 millones. Otras compañías también demandaron a la ciudad de Buenos Aires por un monto de $ 1700 millones; el caso todavía no ha sido resuelto, pero, dados los antecedentes, posiblemente el costo sea alto para la ciu-

---

38 Conferencia Internacional sobre el Agua de Dublín, 1992.

39 Véase el World bank and Center for Public Integrity Analysis. El BID en el "período de 1993-2005 condicionó el 66% de sus créditos en el sector agua a la promoción de la participación privada". "Sedientos: el BID y las políticas sobre el agua", en *A Food and Water Watch*, 2007.

40 El PNUD, en su informe de 2006, señala que los operadores privados son un 20% más caros que los públicos.

41 PSI y World Development Movement: *Espejismos en el agua. El fracaso de las inversiones privadas en el servicio de agua de países en desarrollo*, 2006.

42 Lo que la doctrina hoy conoce como la *guerra del agua de Cochabamba* dio como resultado la expulsión de los operadores españoles de Bolivia.

43 Basteiro y Gris: o. cit., p. 81.

dad.[44] En consecuencia, la experiencia privatizadora para nuestro continente ha sido desfavorable para el ciudadano y para el Estado.

6. El Tribunal Latinoamericano del Agua (TLA)

Las concesiones a compañías privadas del agua son solo una de las facetas que presenta la competencia por el agua dulce. En otros casos, la minería a cielo abierto tiene una serie de efectos residuales que se traducen en una reducción drástica del recurso hídrico en la exposición a metales pesados y residuos de cianuro, que afectan directamente a poblaciones cercanas a la explotación minera.[45]

La insuficiente respuesta a las necesidades de esas personas dio lugar al nacimiento de una instancia alternativa de justicia ambiental: el Tribunal Latinoamericano del Agua.[46] Como ocurrió con los derechos humanos emergentes, este tribunal nació como una necesidad de la sociedad civil, en busca de opciones que tutelen sus derechos básicos de acceso al agua en condiciones apropiadas. Quizá los tribunales y salas constitucionales deberíamos analizar en qué estamos fallando para que nuestra gente tenga que acudir ante un órgano que, desde la óptica del derecho constitucional clásico, tiene carácter sui géneris.

¿Será acaso que damos una respuesta eficiente frente a los pequeños casos y otra diferente ante los grandes intereses multinacionales? Lo cierto es que la realidad fáctica nos confronta con un tribunal ético, que funciona desde 1998, primero bajo el nombre de Tribunal Centroamericano del Agua; luego amplió su competencia y pasó a denominarse Tribunal Internacional del Agua.[47]

Este tribunal ha dirimido una amplia gama de controversias en América Latina. Ha declarado con lugar el 20% de los asuntos que le han sido sometidos a conocimiento. Realiza sus audiencias en diferentes países; por ejemplo, en México, tanto en el Distrito Federal (2006) como en Guadalajara (2007), en Guatemala (2008) y la última en Turquía (2009). Utiliza como parámetros de interpretación los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y criterios científicos y técnicos.[48] Una de

---

[44] Ibídem, p. 86.

[45] "Muchas compañías, que en sus países de origen evitan realizar vertidos contaminantes sobre ríos o acuíferos, se sienten libres de hacerlo en estos países en desarrollo, practicando lo que se conoce como '*dumping socio-ambiental*' […] En los países en desarrollo, donde la fragilidad social y sanitaria es mayor, la salud y la vida de las comunidades dependen de forma más directa del buen estado de los ecosistemas acuáticos. Por ello, la *sostenibilidad* de los ecosistemas es en estos casos más preciosa y necesaria". Declaración Europea por una Nueva Cultura del Agua, o. cit., pp. 31-32.

[46] Debe recordarse que la observación general 15 no solo permite sino que potencia que los estados partes fomenten la existencia tanto de jueces como también de "árbitros y demás jurisconsultos" que en el desempeño de sus funciones presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua. Véanse los § 58-59.

[47] Actualmente amplió su competencia y cambió su nombre por el de Tribunal Internacional del Agua (2009).

[48] Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas; Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 5, 11 y 12.*e*; observación general 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; Carta

sus características es que no tiene jueces fijos, sino que funciona con jurados que son invitados a participar en las audiencias del TLA; por lo general son personas de gran solvencia científica y moral en sus respectivos países.[49]

A modo de ejemplo, mencionamos dos de los casos que han sido resueltos hasta el momento. El primero de ellos, es el de la *Explotación minera a cielo abierto en Cajamarca: República de Perú*.[50] La Empresa Minera Yanacocha S. R. L. fue demanda por la Alcaldía de Huambocancha Baja y sus comunidades campesinas, pues estas denunciaron que la mina se extendía por cientos de hectáreas en cabecera de varias cuencas hídricas donde se había removido la vegetación. Igualmente, alegaron que se habían realizado excavaciones, incluyendo tanques para la lixiviación del oro por medio del cianuro, y la explotación de la mina provocó impactos considerables en la cantidad y calidad del agua que afectaron directamente a la población residente. Los recurrentes sostenían que la empresa minera aceptó su responsabilidad e indicó estar dispuesta a tomar medidas para solucionar el conflicto y compensar a los perjudicados.

La sentencia utiliza como parámetro de interpretación al derecho humano al agua potable en adecuada cantidad y calidad, estableciendo que se trata de un derecho humano fundamental cuyo ejercicio pleno debe ser garantizado por el Estado. Asimismo, tiene por cierto que, en el caso concreto, las autoridades públicas representadas por los ministerios de Energía y Minas y de Salud no realizaron los controles apropiados para asegurar la salud de la población, pues en diversas ocasiones fueron permisivos con la empresa, a la que otorgaron autorizaciones en situaciones de riesgo comprobado. En razón de lo anterior, se condena a la compañía minera y al Estado peruano a suspender de manera inmediata todas las actividades susceptibles de provocar daños en el ambiente e impactos negativos en la población.

Del mismo modo, en las recomendaciones finales se potencia el establecimiento de una mesa de diálogo con todas las partes, que permita un entendimiento orientado a la protección de la población afectada.

Por otro lado, en el caso de la *Explotación minera a cielo abierto de la mina San Xavier,*[51] esta se llevó a cabo por una compañía minera canadiense, Metallica Resources Inc (Minera San Xavier S. A. de C. V.), la cual inició los trabajos de exploración sin

---

Mundial de la Naturaleza (1982); Declaración de la Haya sobre Medio Ambiente (1989); Carta de la Tierra (1992); Tratado de Agua Dulce (1992); Declaración del Milenio (2000); Declaración Latinoamericana del Agua (2006), entre otros.

[49] La Audiencia del 2008, estuvo presidida por el francés Dr. Fhilippe Texier, magistrado de la Corte de Justicia de Francia y presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; por Brasil, Dr. Aleixandre Camanho de Asis, investigador, magistrado y procurador regional de Brasil; por México, Dr. David Barkin, Premio Nacional de Economía de México y connotado investigador; por Costa Rica: Alejandro Swaby, indígena bribri que se desempeñó como presidente de la Asociación de Desarrollo de Salamanca, profundo conocedor de la cultura ancestral de su pueblo. También fueron llamados jurados de Guatemala, Cuba, Panamá. Véase ‹www.tragua.com› (15.10.2009).

[50] Caso *Explotación minera a cielo abierto en Cajamarca: República de Perú,* veredicto de la Audiencia Pública Regional, México, Tribunal Latinoamericano del Agua, marzo de 2006.

[51] Caso *Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana,* veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México, Tribunal Latinoamericano del Agua, marzo de 2007.

los permisos respectivos ni las obligadas consultas a la comunidad. La mina se encuentra ubicada en la zona de recarga de un manto acuífero, el cual se vio seriamente afectado como consecuencia la extracción del material cianurado. El Tribunal tiene por acreditado que la complejidad del sistema normativo ambiental propicia que la compañía minera pueda eludir los controles instaurados con esa finalidad, lo que resulta evidente al constatar que incluso la actividad minera ha continuado pese a una sentencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que anuló, en última instancia, el permiso en materia de impacto ambiental otorgado a la empresa. También se tiene como un hecho acreditado que la empresa ha aceptado que produce contaminación tanto de aguas superficiales como subterráneas en la zona de impacto.

A raíz de lo anterior, se resuelve en contra de la empresa y se condena al Estado por su inercia. Llama la atención que el Tribunal, decide poner en conocimiento del Gobierno del Estado del Canadá el veredicto, "con el objeto de que se promuevan mecanismos de vigilancia, indemnización y reparación de los daños causados por las empresas mineras canadienses que realicen actividades en el extranjero".[52] Además, recomienda paralizar el funcionamiento de la empresa minera San Xavier en Cerro San Pedro, en cumplimiento de los decretos de veda, y establece mecanismos de indemnización por los impactos causados a los sistemas hídricos y el ambiente en general, así como por los posibles daños a la salud de la población.[53]

Estos casos evidencian que normalmente la protección ambiental del agua riñe con poderosos intereses de la industria, y casi todos ellos tienen en común que no son resueltos por las instancias oficiales del Estado. Ante este panorama, la respuesta de la sociedad civil ha girado en torno a la creación de una instancia ética, figura que, guardando las distancias, se asemeja a la creación del defensor del pueblo, quien a pesar de no contar con un criterio jurídico vinculante tiene fuerza suficiente para resolver los casos con criterios éticos y jurídicos de gran respeto, en atenta protección de los ciudadanos del Estado que representa.

Es interesante lo resuelto en el caso de los estados de Guatemala, El Salvador y Nicaragua. El Tribunal, después de analizar lo expuesto de viva voz por los actores, tuvo por ciertos los hechos acusados y resolvió:

> 1. Censurar moralmente a los gobiernos de Guatemala, El Salvador y Nicaragua, por favorecer los intereses de compañías transnacionales en detrimento de los derechos e intereses de sus ciudadanos y su bienestar.
>
> 2. Exhortar a los Ministerios de Ambiente de Guatemala, El Salvador y Nicaragua a que establezcan procedimientos de aprobación de proyectos mineros que incluyan estudios técnicos rigurosos e independientes.

[52] Ibídem, "Resuelve", punto 2.
[53] Ibídem, "Recomendaciones", puntos 1-4.

3. Censurar al Banco Mundial y a las instancias financieras internacionales, por apoyar económicamente las actividades de minería del oro y otros metales con impacto en la salud y el ambiente.[54]

Independientemente de si se comparte o no la decisión, las partes encontraron una entidad que les brinda, desde un ámbito estrictamente moral, la justicia que reclaman.[55] La creación de este tribunal del agua y las constantes peticiones de intervención en múltiples países deben llamarnos a la reflexión. Al menos deberíamos preguntarnos cuáles son las razones para que la justicia se desplace del tribunal ordinario u constitucional a un tribunal ético. ¿Será la ausencia de respuesta oficial oportuna y efectiva? Lo más interesante es que las grandes compañías, en algunos casos, son representadas ante el tribunal por entidades oficiales del propio Estado, como en el caso de El Salvador, donde fue investigada la actuación de empresa minera Pacif Rim y el proyecto Mina El Dorado.[56] En otros supuestos, las compañías no contestan ni se presentan a la audiencia,[57] pero, independientemente de la actitud de las partes, lo cierto es que los afectados han encontrado una vía alternativa que los escucha, les permite exponer sus dudas y temores, y sobre todo una nueva entidad que les brinda una respuesta. Desde luego, como juristas podemos reflexionar sobre la efectividad del fallo, pero ello no le resta la legitimación que ha ganado, quizás por nuestra propia inercia.

---

[54] Caso *Expansión de concesiones y actividades mineras en territorios centroamericanos. Sección Común,* veredicto de la Audiencia Pública Regional, México, Tribunal Latinoamericano del Agua, marzo de 2006, p. 3.

[55] Véase en igual sentido lo resuelto en el caso de Guatemala: "1. Censurar moralmente al Gobierno de Guatemala, y particularmente, al Presidente de la República por permitir el establecimiento de operaciones mineras de alta riesgo que pueden afectar la salud y los ecosistemas del país a largo plazo, al tiempo de que se favorece los intereses de particulares y de compañías transnacionales en detrimento de los pueblos de Guatemala. 2. Censurar moralmente al Gobierno de Guatemala por no cumplir con sus obligaciones de consultar de buena fea los pueblos indígenas de Guatemala afectados por proyectos mineros, así como por desatender y actuar en contra de, la voluntad explícitamente manifestada por las comunidades de Sicacapa y San Miguel Ixtahuacán en contra del proyecto Montana, como resultado de su propia consulta formal al respecto. 3. Censurar moralmente al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales de Guatemala por incumplimiento de sus responsabilidades. Se convierte así, en responsable por las pérdidas de cantidad y calidad de agua para las comunidades de las áreas afectadas. 4. Exhortar al Congreso de la República de Guatemala, a agilizar los trámites para la revisión de la Ley de Minería existente o emitir nueva ley en la materia a fin de asegurar que la nueva normativa, contenga artículos que garanticen la soberanía guatemalteca y la defensa de los derechos y del patrimonio de los guatemaltecos. 5. Exhortar al Gobierno de Guatemala a cumplir con las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuyo cumplimiento ha asumido en virtud de la aprobación por el congreso y ratificación del presidente de la República. Según el artículo 46 de la Constitución Política del 31 de marzo de 1985, estas tienen preeminencia sobre el derecho interno". Ibídem, p. 7.

[56] Ibídem, "Recomendaciones". Actores del contradictorio: Centro de Investigación y Comercio (CEICOM) y Asociación de Desarrollo Económico (ADES).

[57] Caso: *Usurpación, explotación irracional y contaminación de aguas superficiales y subterráneas atribuidas a la actividad minera en el Valle de Siria. Municipio de San Ignacio, Cedros y el Porvenir, Departamento de Francisco Morazán. República de Honduras,* veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México, Tribunal Latinoamericano del Agua, marzo de 2007, "Procedimiento", punto 2.

7. ¿Cuál ha sido la respuesta de la justicia constitucional en Costa Rica?

El artículo 50 de la Constitución Política le brinda al ciudadano una amplia legitimación para accionar cuando estemos en presencia de una posible afectación al derecho humano agua. Los ciudadanos afectados suelen utilizar como instrumentos de control constitucional el recurso de amparo[58] y la acción de inconstitucionalidad.

En este sentido, el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le reconoce a cualquier persona la posibilidad de accionar invocando la existencia de un interés difuso. Así, el recurrente cumple una importante función en la fiscalización y control de la actividad del Estado y de los particulares cuando, por acción u omisión, puedan vulnerar cualquiera de los derechos que protegen el ambiente en sentido amplio o restringido.[59]

La Sala Constitucional de Costa Rica tiene, al igual que muchos otros tribunales o salas constitucionales, una amplia jurisprudencia que resuelve los más variados problemas:[60] desde la reconexión del agua cuando ha sido cortada ilegalmente por la entidad oficial del Estado —aduciendo, por ejemplo que la persona no ha cancelado la contraprestación y se determina que lo que existió fue un error administrativo—, hasta los casos en que efectivamente procede la suspensión del servicio por falta de pago. Pero aun en estos supuestos, siendo el agua potable un bien esencial para la vida humana, la entidad tiene la obligación (artículo 50 Constitucional) de poner a disposición el acceso a una fuente pública de abastecimiento a una distancia no mayor de cien metros de la casa del usuario afectado. En otros supuestos, quien impide que el agua le llegue al destinatario es el arrendante del inmueble. Algunos propietarios suelen emplear la técnica de solicitar la suspensión del servicio de agua y luz para tratar

[58] Por ejemplo, acusa el recurrente que el agua disponible en el Centro Educativo Las Guaria no es apta para el consumo humano, pues tiene elevados índices de desechos sólidos y bacterias, pese a lo cual ninguna de las autoridades accionadas ha tomado las medidas pertinentes para solucionar la situación. De la prueba recibida se tiene por ciertos los hechos, se condena a las autoridades involucradas y se ordena que se adopten las acciones necesarias y pertinentes, para corregir los problemas de contaminación originados por el estado del agua potable que se consume en la escuela. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2006-4770, del 31 de marzo del 2006.

[59] Es común en las plantaciones de piña la utilización de grandes cantidades de plaguicidas; el problema es que en nuestro país existen grandes extensiones de mantos acuíferos que son utilizados por los vecinos para acceder al agua, y esta suele estar contaminada por el efecto residual de los químicos. La comunidad rural de Milano de Siquirres es una de las que sufrieron una seria afectación. La Sala, luego de escuchar a las partes, le ordenó a la Ministra de Salud y al Ministro de Ambiente que "[…] se inicie de inmediato el proceso de saneamiento y eliminación de residuos de plaguicidas de las fuentes de agua de las que se abastece el acueducto de la comunidad". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2009-9041, del 29 de mayo del 2009.

[60] Véase, por ejemplo, el siguiente caso: se trata de un amparo presentado en contra del Comité Administrador del Acueducto Rural de Jicaral de Lepanto, que le deniega la prestación del servicio al recurrente, pues afirma que en la zona donde vive no hay agua, cuando en realidad el criterio técnico dice todo lo contrario. La Sala le da la razón al recurrente y ordena que se le preste el servicio de agua. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2007-11430, del 10 de agosto del 2007.

de lograr el desalojo del arrendatario. En estos casos, no hemos consentido la práctica; solemos condenar al arrendante y ordenar la reconexión inmediata del servicio.

Con la llegada de las grandes cadenas hoteleras a nuestras playas, se han presentado nuevos conflictos por la distribución y el acceso al agua. Las comunidades suelen quejarse de que los grandes hoteles utilizan el agua dulce para irrigar los campos de golf, además de que el consumo excesivo del turismo las deja sin el preciado líquido. Algunos de estos casos son declarados sin lugar, pues no se acredita la afectación; en otros se condena al Estado por no ejercer la vigilancia apropiada y por descuidar a los sectores más pobres de la población para incentivar la industria turística.

Por ello, en la actualidad, todo proyecto que pueda afectar el ambiente requiere como presupuesto indispensable la realización de forma previa de un estudio de impacto ambiental.[61] También se ha indicado en diferentes sentencias que deben realizarse de manera preventiva los estudios hídricos sobre la disponibilidad del agua en la zona que se pretende desarrollar. Asimismo, hemos sostenido que debe actuarse preventivamente ante el riesgo de escasez. Consecuentemente, solo se pueden realizar las construcciones que se ajusten a las cuotas máximas de aprovechamiento, esto con el fin de evitar que el agua les falte a los más necesitados.[62]

Conforme expusimos en su momento, el problema del acceso y la distribución del agua potable es un tema que no puede verse de manera aislada. Todo el ecosistema debe protegerse. Esto implica que el Estado no cumple con su deber si solo consagra normativamente esa protección. No obstante, la práctica nos ha enseñado que tiende a ser omiso y a permitir o tolerar que se pongan en peligro, por ejemplo, los mantos acuíferos o nuestros ríos.[63]

En estos supuestos, aunque partimos de realidades diferentes, la teoría del *estado de cosas inconstitucionales* desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana nos

---

[61] No siempre fue así; se impuso esta obligación por las serias afectaciones al ambiente que se cometieron. Este tema tiene tal trascendencia que un grupo de interesados gestionó y logró, mediante el artículo 14 del decreto ejecutivo 32734-MINAE-S- MOPT-MAG-MEIC, del 9 de agosto del 2005, que el aprovechamiento —por vía de la concesión— de aguas superficiales o subterráneas que no formen parte de un proyecto se les eximiera del estudio de impacto ambiental. El asunto fue cuestionado de inconstitucional. La Sala en sentencia analizó el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la protección del recurso hídrico, la importancia de la evaluación ambiental como instrumento de protección, el principio preventivo en materia ambiental, y concluyó que el artículo 14 del decreto ejecutivo debe anularse por inconstitucional. Lo anterior permitió restablecer la protección con carácter general, en especial si se trata de agua potable. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2009-2019, del 11 de febrero del 2009.

[62] Esto es especialmente serio cuando el Estado por omisión no fiscaliza la extracción ilegal de agua por medio de pozos en zonas donde su disponibilidad es reducida. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2009-494, del 16 de enero del 2009.

[63] Durante mucho tiempo nuestros ríos han sido utilizados como grandes basureros que se llevan nuestros desechos al mar. La contaminación es más que evidente, así como la inercia de nuestras autoridades locales o municipales. Este fue el tema que se discutió en la sentencia 2007-5894, que ordenó a las autoridades involucradas que de inmediato adoptaran las acciones necesarias para eliminar de manera integral los focos de contaminación que existen a lo largo de la cuenca del río Grande de Tárcoles y se tomaran las medidas para iniciar el proceso de reparación del daño ambiental ocasionado a esa cuenca, en la medida que ello fuera posible. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2007-5894, del 27 de abril del 2007.

ha permitido implementar una serie de controles y obligaciones para diferentes autoridades, con la finalidad de evitar los abusos que suelen cometer las grandes compañías constructoras.[64] Entre ellas, las posibilidades que hemos conocido son muchas, desde omitir disponer de los desechos humanos por un mecanismo que garantice la protección de los posibles mantos acuíferos, hasta la evasión de la prohibición de construir en zonas de protección.[65]

La situación nos ha obligado a mutar el formato clásico del *por tanto,* de tal manera que cada vez son más detallados: señalan el nombre y el puesto del funcionario a quien en lo personal se le ordena el hacer o no hacer, el plazo que tiene para su cumplimiento, bajo la advertencia de que el incumplimiento a la orden de la Sala le puede acarrear responsabilidades personales, penales y administrativas. Suelen anularse los actos administrativos violatorios del derecho humano al agua, que generalmente van desde el permiso que aprueba el anteproyecto urbanístico hasta el permiso de construcción otorgado a la empresa constructora.[66] Con ello resulta manifiesto que la nulidad llega a alcanzar a las autorizaciones que fueran otorgadas en contra de la normativa que obliga a los entes oficiales a proteger el agua cuando estos han sido omisos o negligentes en la fiscalización.

Para dar cumplimiento efectivo a la sentencia, se les ordena a diferentes jerarcas titulares e interinos de los órganos y entes oficiales implementar medidas complementarias dentro de un plazo concreto. Estos entes tienen la responsabilidad de darle seguimiento al caso hasta que desaparezca la causa que originó la violación constitucional.[67]

---

[64] En el expediente 08-005315, los vecinos afectados reclamaron contra las actuaciones de la Municipalidad de San Antonio de Belén y del Ministerio del Ambiente y Energía que habían permitido que continuara el proyecto constructivo, sin aplicar el criterio técnico del Servicio Nacional de Agua Subterráneas, Riego y Avenamiento, según el cual debía dejarse el área que señala la ley como zona de protección. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2008-15657, del 17 de octubre del 2008.

[65] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2008-12109, del 5 de agosto del 2008.

[66] En otros casos, las municipalidades, saben que la red sanitaria es defectuosa o no existe. Ello ocasiona que el manejo de los desechos sólidos y líquidos, específicamente el manejo de las aguas negras y servidas procedentes de viviendas, comercios e industrias, se realice por medio del sistema de tanque séptico o plantas de tratamiento de aguas residuales, lo que produce una seria contaminación en las comunidades afectadas. Sin embargo, el problema no se soluciona porque no se realizan los estudios técnicos que llevarían a una solución integral del problema de alcantarillado. En esos casos, se le ordena a la Contraloría General de la República que no autorice el presupuesto para el año siguiente a la municipalidad si no incluye las partidas respectivas para dar cumplimiento a la sentencia. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2006-14622, del 3 de octubre del 2006. En igual sentido, sobre los problemas de contaminación de aguas por plantas de tratamiento en mal estado, véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2009-8768, del 26 de mayo del 2009.

[67] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2004-1923, del 25 de febrero del 2004.

8. Conclusión

Actualmente, nuestro Tribunal Constitucional se ha visto obligado a establecer los controles antes descritos, ante la resistencia que suele darse en nuestros países de obedecer lo que suelo denominar *sentencias sensibles,* asuntos en los que el Estado tiende a ser un simple espectador pasivo.

Sin embargo, aun estas medidas a veces han sido insuficientes para ejecutar una sentencia que afecta grandes intereses económicos. Generalmente, tras el dictado de estas resoluciones, los abogados de las empresas implementan una increíble actividad recursiva: adiciones y aclaraciones, que en muchos casos lo que pretenden es revocar o atrasar la ejecución de la sentencia. Cabe agregar que, si no se fiscaliza de manera adecuada su cumplimiento, se puede fácilmente derivar en una *justicia constitucional de papel*.

El concepto, lo utilizamos para resaltar que en temas como este, pese a dársele la razón al recurrente, hay serias dificultades para que se le otorgue lo ordenado. Desde luego, este problema no solo existe para los tribunales o salas constitucionales que se atreven a reconocer que existe un *derecho humano al agua* y que este es una norma jurídica exigible y eficaz.

Desde luego, este es un tema que cada colegio debe decidir si hace efectivo o no, pues también suele acusársenos de ser excesivamente activistas en relación con los derechos humanos, lo cual para mí es un honor.

Creo que tener la bendición de laborar como magistrados o ministros de una sala o tribunal constitucional es una preciosa oportunidad para intentar cambiar las cosas. No tenemos que sentarnos a esperar que otros hagan lo suficiente para crear un efecto, pero también es una pesada responsabilidad, pues algún día el Creador nos preguntará: ¿Qué hiciste para llevarles agua a los sedientos?

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, PP. 573-601 , ISSN 1510-4974

Juan Carlos Henao Pérez (Colombia)*

El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana**

RESUMEN

El objetivo del presente escrito es hacer una presentación del derecho al ambiente sano en el contexto del derecho colombiano. Para ello, en primer término se tratarán dos principios ambientales considerados esenciales para la comprensión del derecho bajo estudio. En una segunda parte se efectuará una aproximación al objeto de este derecho, a la vez que se abordará el debate de si se trata de un derecho constitucional fundamental o de uno constitucional colectivo. Finalmente, se esbozarán las dos principales acciones judiciales que, entre otras, permiten su protección y consolidación en el Estado social de derecho.

Palabras clave: derechos de solidaridad, medio ambiente, ecología humana, ideologías culturales, desarrollo sustentable, daño ambiental, principio de precaución, acción de tutela, jurisprudencia comentada, Colombia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, das Recht auf eine gesunde Umwelt im Kontext des kolumbianischen Rechts vorzustellen. Dazu wird zunächst auf zwei für das Verständnis des untersuchten Rechts als wesentlich erachtete Umweltprinzipien eingegangen. Der zweite Teil befasst sich mit dem Gegenstand dieses Rechts und geht der Frage nach, ob es sich um ein verfassungsmäßiges Grundrecht oder um ein in der Verfassung verankertes Kollektivrecht handelt. Abschließend werden die beiden wichtigsten Rechtsbehelfe dargelegt, die unter anderem ihren Schutz und ihre Konsolidierung im sozialen Rechtsstaat ermöglichen.

Schlagwörter: Solidarrechte, Umwelt, Humanökologie, Kulturideologien, nachhaltige Entwicklung, Umweltschädigung, Vorbeugeprinzip, Rechtsaufsichtsbeschwerde, kommentierte Rechtsprechung, Kolumbien.

---

* Magistrado de la Corte Constitucional colombiana. Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París 2) y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. ‹jchenao@telmex.net.co›

** Deseo dejar expreso agradecimiento a Francisco Arenas Ferro por su valiosa colaboración en la elaboración del presente escrito.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present a Colombian constitutional perspective with respect to the right to a healthy environment. Initially, the paper addresses two environmental principles considered essential to understanding the law in question. Next, the subject of this entitlement is dealt with, including a discussion of whether it is a fundamental constitutional right or a collective constitutional right. Finally, the paper examines the two principle judicial actions that, along with others, authorize environmental protection and implementation with due regard for social justice.

Keywords: solidarity rights, environment, human ecology, cultural ideologies, sustainable development, environmental damage, precautionary principle, action for protection of rights, annotated jurisprudence, Colombia.

> [E]l riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biósfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia si se destruye la biósfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.[1]

I. La solidaridad y la humildad como principios que deben guiar el estudio del derecho al ambiente sano

1. El ser humano es un ser comunitario que requiere de la alteridad para vivir, desarrollarse y sobrevivir. Por ello es importante dentro de una sociedad su forma de comunicación, así como su sistema de símbolos.[2] Esta concepción fue avalada por el constituyente en el artículo 10, que enuncia el derecho de los grupos étnicos a mantener, proteger y heredar sus lenguas y dialectos. Las sociedades, que comprendemos como redes de inter- e intrarrelaciones, se configuran por las actuaciones del ser humano dentro de su núcleo social, así como con otros diferentes a los suyos.[3] Pero este

[1] Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, expediente D-3767, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales *a* y *c* y 36 parcial de la ley 685 de 2001; demandante: Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez.

[2] El concepto de símbolos será desarrollado más adelante como parte del principio ambiental de la humildad. Por eso, remito al lector a esa parte de la ponencia.

[3] Esta es una perspectiva que pretende ampliar la tradicional visión pluriculturalista por una multiculturalista, que parta de la base de que las relaciones humanas no solo operan y se transforman dentro de sus núcleos sociales sino en relación con otras comunidades. Se trata de una visión que comprenda que las relaciones operan en ambos sentidos y que existe una bicondicionalidad incluso entre grupos dominados —contestatarios o no— y grupos dominadores. Al respecto puede consultarse: Boaventura de Sousa Santos: *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2009. Asimismo, véase Augusto Ángel Maya: *El reto de la vida. Ecosistema y cultura: una introducción al estudio del medio ambiente,* Bogotá: ECOFONDO, 1996. También recomiendo a Orlando Fals Borda: *Ciencia propia y colonialismo intelectual,* Bogotá: Oveja Negra, segunda edición, 1971.

no es el único tipo de relaciones en una sociedad: la interacción con su entorno es fundamental, pues de este obtiene la energía para subsistir, ya sea fósil o solar.

2. Toda interacción humana con los ecosistemas tiene un impacto, así sea mínimo. En la actualidad, dados los efectos de la sociedad occidental[4] sobre el planeta, aquella idea que comprendía al ser humano como un átomo en el entorno, independiente del resto, irresponsable de sus actos con la naturaleza, y cuya maximización de intereses podría beneficiar a los demás individuos, ha sido cuestionada, incluso por miembros de estas sociedades.

Para nombrar solo algunos sucesos que obligan a reconsiderar varios de los puntos de partida occidentales, entre ellos el individualismo, recordemos que se detectó un hoyo en la capa de ozono, protectora de la tierra, que hace que la cantidad de radiación ultravioleta sea mayor, con la consecuencia de que el cáncer de piel aumente y se deteriore el sistema inmunitario humano. Otro ejemplo es el aumento del dióxido de carbono (CO_2), que se relaciona con un calentamiento acelerado y perceptible del globo, y que acarrea varias repercusiones, entre ellas la afectación de la agricultura debido a las sequías. Un tercer ejemplo es la reducción de la biodiversidad debido a la tala indiscriminada de los bosques y a la lluvia ácida que, además de quemar los cultivos, eleva la acidez de los lagos afectando la producción piscícola. Finalmente, no sobra mencionar los accidentes nucleares, como los sucesos de Chernóbyl en 1986.[5]

3. Los hechos nos muestran que nos encontramos frente a una crisis ambiental de tal magnitud que se están cuestionando las estructuras mismas del pensamiento y de la sociedad occidental, la cual sufre contradicciones profundas que no podrán ser resueltas sin modificar esencialmente sus formas y contenidos.[6] Por ejemplo, la economía, el derecho y la política deben resolver cuestionamientos como el siguiente: ¿Cómo garantizar las libertades mínimas si es imposible la materialización del derecho a la alimentación o al agua debido a la contaminación o a la sobreexplotación de los bienes ambientales? En principio deberán, además de reconocer derechos, limitar acciones que los transgredan, así como incentivar actuaciones que los concreten.[7]

4. Dada la importancia del cumplimiento y de la materialización de todos los derechos humanos, sin diferenciar si son civiles, políticos, sociales, económicos o

[4] Queremos designar como *occidental* a todo sistema productivo industrialista que dependa de la energía fósil, sin diferenciar entre capitalismo y socialismo.

[5] Herman Daly y John Cobb: *Para el bien común. Reorientando la economía hacia la comunidad, el ambiente y un futuro sostenible*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

[6] Sobre la importancia del concepto *crisis,* así como su desarrollo, véase Fals Borda: o. cit., pp. 32-70.

[7] Respecto a este punto, se debe resaltar la constitucionalización que se ha efectuado en la reciente Constitución boliviana de 2008, tanto del derecho fundamental al agua como a la alimentación. El artículo 16 de la mencionada Carta establece: "Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población". Esta norma permite ejemplarizar el desarrollo de la interdependencia de derechos fundamentales necesarios para consolidar la vida digna. ‹http://www.geocities.com/cpbolivia/texto2.htm› (24.9.2009).

culturales, es ineludible abordar el debate en torno al derecho al ambiente sano, pues es absolutamente indispensable para la vigencia de otros derechos, como la vida misma.[8] Para desarrollar nuestra postura se requiere, ante todo, partir de dos principios que guían la materia: la solidaridad y la humildad.

5. Respecto al primero, la solidaridad —una diferente a la existente en el campo del derecho de las obligaciones—, hay que anotar que es el fundamento de todos los derechos colectivos, entre ellos el ambiente. Se trata de una relación entre seres humanos que no se limita a las actuales generaciones, sino que comprende a las futuras[9] y que parte, sobre todo, de la noción de justicia, pues "ninguna generación tiene mayores derechos que otra", como dice John Rawls.

Por lo anterior, el mantenimiento en condiciones óptimas de nuestro entorno, además de ser necesario para nosotros como generación actual, es indispensable si pretendemos ser justos con nuestros descendientes. Compartimos por tanto la visión de Rawls en el sentido de contemplar que el ahorro del proceso de acumulación de la generación actual debe ir en beneficio de sus descendientes, constituyéndose así en una condición para conseguir la completa realización de las instituciones justas y de las libertades iguales.[10]

6. Esta manifestación de la solidaridad es un beneficio inter- e intrageneracional que busca proteger, en última instancia, la vida digna actual, así como la futura. Un ejemplo de esta noción es el principio de desarrollo sostenible.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el principio 3, indicó que el desarrollo "[…] debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". La jurisprudencia colombiana no se aleja de esta noción. La Corte Constitucional, en sentencia C-671 de 2001, lo definió como:

> […] un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades. […] [No] es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza.[11]

---

[8] Sobre la interdependencia de derechos, específicamente el derecho humano al agua, que contemplamos como parte del derecho al ambiente sano, véase Aniza García: *El derecho humano al agua,* Madrid: Trotta, 2008, pp. 179-186.

[9] De hecho, la Declaración de Río enfatiza no solo la solidaridad entre generaciones, sino entre estados. Así, el principio 7 establece: "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tiene responsabilidades comunes pero diferenciadas […]".

[10] John Rawls: *Teoría de la justicia,* México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 265-273.

[11] Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2001, expediente LAT-191. Revisión constitucional de la ley 618 de 2000, "por medio de la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal aprobada por la Novena Reunión de las Partes, suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997".

Y es que no se trata de preocuparnos solo por nuestros descendientes más próximos. Así, mi tataranieto será también el tataranieto de otras quince personas de esta generación, independientemente de que nos conozcamos o no. Por ende, el bienestar de mi tataranieto dependerá de la herencia (en términos más amplios que los simplemente patrimoniales) que le dejemos cada una de estas personas.

Lo anterior obliga a concluir que cuanto más alejado en el futuro se encuentre cualquier descendiente, mayor será el número de coprogenitores de la generación actual. Citando a Herman Daly, así como a John Cobb:

> […] aunque no todos somos hermanos y hermanas en sentido literal, somos literalmente coprogenitores de los descendientes distantes de los demás.[12]

7. El segundo principio —relativo a la humildad— obliga a una reflexión sobre el ser humano que, en todo caso, tiene que superar un antropocentrismo exacerbado, así como un individualismo irresponsable y radical. La vida humana es imposible sin que se relacione con su entorno. Los alimentos devienen de los ecosistemas, los afectan e influyen en ellos. Para los ecosistemas, las persoans solo somos relevantes en la medida en que los perturbamos, pero no necesitan de nuestra participación para subsistir. La humildad obliga a aceptar que somos nosotros los dependientes de la naturaleza y no al revés.

8. La humanidad no solo ha actuado sobre la naturaleza mediante sus tecnologías, sino que la ha pensado y definido simbólicamente. En la actualidad la comprendemos como una fuente de recursos, pero esto no siempre ha sido así. Hace no mucho se la contempló como una deidad y ahora es necesario observarla como un bien del que dependemos para poder sobrevivir. En palabras del filósofo francés Edgar Morin, la humildad partiría de comprender que "[l]o más importante es cambiar nuestra relación con la naturaleza, la civilización occidental se construyó en oposición con la naturaleza, como si fuéramos supernaturales. El hombre no está hecho para conquistar la naturaleza sino para cooperar con ella".[13] De lo contrario, nos enfrentaremos a la barbarie y a la extinción.

Los símbolos son redes compuestas de representaciones que definen las pautas de comportamiento con los ecosistemas. Una de estas ha sido la de la posición humana dominante, como ente superior, sobre la naturaleza. Ahora bien, como toda relación humana con los ecosistemas genera impactos, estos últimos también responden a las acciones humanas y se constituyen en los hechos a que hicimos referencia anteriormente.

En las globalizaciones, entendidas por Boaventura de Sousa Santos como "una lucha permanente entre dos modos de producción de la globalización" —una hegemónica, neoliberal, desde arriba hacia abajo, y la otra contrahegemónica, solidaria y desde abajo hacia arriba—,[14] se ha producido un proceso que este autor denomina *patrimonio*

[12] Daly y Cobb: o. cit., p. 43.

[13] Nathan Jaccard: "Socialismo del siglo XXI son palabras vacías: Morin", en *Revista Semana*, ‹http://www.semana.com/noticias-cultura/socialismo-del-siglo-xxi-palabras-vacias-morin/129142.aspx› (24.9.2009).

[14] De Sousa Santos: o. cit., pp. 71-277.

común de la humanidad,[15] que se basa en estos hechos que generarán, generan o han generado problemas ambientales de orden tanto local como global y que afectan, han afectado o afectarán a la humanidad y a su descendencia. Reconocer esto es fundamental desde el principio de la humildad, porque supone concebir que la relación con el entorno ambiental tiene la potencialidad de destruir al género humano, el que por tanto deberá estar atento a escuchar los reclamos que provienen de la naturaleza.

Así las cosas, la visión adversarial, fruto del pensamiento occidental que ha puesto especial énfasis en la competencia y la superioridad como núcleo de la sobrevivencia, debe ser superada. Esto acarrea la aceptación de que el individualismo, con todas sus virtudes, corre el riesgo de acentuar el egoísmo y conducir a grandes males, tanto para él como para el resto de la humanidad, dada su inescindible dependencia del entorno. La historia de la humanidad, como dice el profesor Augusto Ángel Maya, es un cementerio de culturas no adaptativas,[16] y la falta de humildad para entender nuestra dependencia nos aproxima vertiginosamente a ese destino.

Fruto del principio de humildad, que acarrea un cambio en la relación con la naturaleza, es el debate en torno a los derechos de otros seres vivos diferentes de los humanos y sus descendientes. Esta visión se enfrenta, indudablemente, a grandes dificultades. En primer lugar, nuestra concepción del mundo —sistema social occidental— es antropocéntrica. Por esta razón, el discurso de los derechos está dirigido exclusivamente hacia el ser humano, mientras que los bienes ambientales son interiorizados dentro del derecho a través de conceptos como el de *bienes* o el de *intereses*, ya sean privados, públicos o colectivos.

Ahora bien, los debates en torno a la personería jurídica de los animales y la consecuente existencia de derechos no son nuevos en la historia del derecho. Ya en la Edad Media se celebraban procesos ante jueces eclesiásticos donde se debatían causas originadas por daños atribuidos a diversos animales, entre ellos sanguijuelas, escarabajos, reptiles e incluso delfines. A estas *contrapartes*, hijas de la creación divina como los humanos, frente a las que incluso se solicitaba la excomunión, debía atribuírseles un defensor de oficio y emplazarlas a comparecer, para que ejercieran su defensa. Estos procesos se celebraron hasta el siglo XVIII, cuando se abrazó el paradigma de la ilustración; momento en el cual —con ideólogos y pensadores como Descartes— separamos al hombre de la naturaleza y solo a él le atribuimos voluntad y libertad.[17]

Entre los que defienden la idea de que los animales tienen derechos se puede encontrar un argumento interesante. El pensamiento de la humanidad avanza e incluso llega a revivir épocas pasadas para superar desaciertos presentes. Así las cosas, sujetos de derechos que otrora no eran considerados como tales, ahora son tenidos por individuos o incluso colectivos revestidos de la mencionada calidad.[18] Hace poco más de 150 años

[15] Ángel Maya: o. cit., pp. 74-90.

[16] Luc Ferry: *El Nuevo Orden Ecológico, el árbol, el animal y el hombre,* Barcelona: Tusquets, 1994, pp. 11- 19.

[17] Ibídem, pp. 19-21.

[18] Sobre esta Ley, la Corte Constitucional se pronunció respecto a la inexequibilidad de algunos artículos mediante la sentencia C-139 de 1996. En dicha demanda se solicitó fueran declarados inconstitucionales los artículos 1, 5 y 40 de la ley 89 de 1890. Entre los argumentos que sustentaron la inexequiblidad, la Corte encontró que las normas trataban a los indígenas como

los afrodescendientes eran esclavos, cosas apropiables, enajenables y transmisibles que carecían de derechos. ¿Acaso las mujeres y los indios no corrieron similar suerte durante muchas décadas? Hace apenas medio siglo la legislación colombiana aceptó que las mujeres pudieran ejercer el derecho al voto, y la Constitución de 1991 consagró que los indígenas pudieran ejercer su autonomía, borrando así las concepciones de menores de edad y salvajes que se habían establecido con la ley 89 de 1890.[19]

Para los que defienden la idea de que otros seres vivos pueden ser sujetos de derechos, se requiere, en primer lugar, que estos puedan interponer acciones judiciales en provecho propio; cosa para la cual debe aceptarse que acudan a los estrados judiciales a través de sus representantes, al igual que lo hace un incapaz. En segundo lugar, se necesita que, en un eventual proceso, se considere que el daño sufrido por estos nuevos sujetos de derechos sea causado a su patrimonio y no solo al de su propietario y, en tercer lugar, que la reparación beneficie a este otro ser vivo.[20] [21]

---

incapaces relativos, solo por no participar de los valores de la "cultura occidental". Esto transgredía la filosofía pluralista de la Constitución de 1991, como la dignidad humana. Sobre este punto indicó: "Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la *cultura* y a la *civilización,* sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala".

[19] Ferry: o. cit.

[20] El presente escrito no pretende abarcar la totalidad de los argumentos a favor de la inclusión de otras formas de vida como sujetos de derechos. Es importante señalar que existen varias y diferentes doctrinas al respecto, que desde posiciones diversas buscan defender el entorno o incluso al hombre. En este orden de ideas, según Luc Ferry, en la obra citada, pueden diferenciarse tres formas diferentes de ecología. La primera no contempla a los demás seres como sujetos de derechos, pero busca limitar las relaciones del ser humano con su ambiente, pues —en últimas— se trata de proteger a los humanos del hombre, que con su forma de explotación de los recursos arriesga su sobrevivencia así como la de sus descendientes. Esta visión implicaría un garantismo ambiental para y por la humanidad, y jurídicamente conllevaría principios como el del desarrollo sostenible y el de precaución, limitando la producción y el consumo humano. Una segunda contempla que todo ser capaz de sentir sufrimiento debe ser considerado sujeto de derechos, pues la justicia obliga a generar condiciones de bienestar donde aquel desaparezca. Esta visión es compartida por quienes buscan que los animales cuenten con personería jurídica y tendría como consecuencia declaraciones de derechos —como la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, de 1977— en las que se imponga como obligación a los humanos la prohibición de restringir la libertad de los animales incluso con fines educativos, por lo que los zoológicos habrían de ser cerrados y esta posibilidad de conocer a determinados animales sería proscrita. Quedaría entonces por resolver cómo puede educarse para proteger si no se conoce algo; por ejemplo, cuántos niños y niñas de Colombia han tenido la oportunidad de ver alguna vez en su vida una danta o un oso de anteojos o saben que en este país existen tigres mariposo, pumas u ocelotes. En igual sentido, técnicas ancestrales, como el coleo, serían prohibidas, pues, según esa declaración, "Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de animales son incompatibles con la dignidad del animal". La tercera forma de ecología defiende a todo ser vivo como sujeto de derechos, mediante el surgimiento de un *contrato natural* que dé ese estatuto a todas las formas de vida. Esto último impondría iguales derechos a los humanos y al resto de seres vivos, con la consecuente problemática de tener que establecer causales lícitas para la recolección de lechugas y tomates, pues estas verduras también tendrían derecho a la vida. De este último ecologismo tomamos los argumentos anteriormente esbozados. Al respecto, Ferry: o. cit., pp. 27-30.

[21] Ibídem, pp. 39-44.

No comparto estos planteamientos por varias razones. En primer lugar, como ya mencioné, nuestra sociedad es antropocéntrica —el punto es determinar de qué antropocentrismo se habla y cuáles son sus límites— y considero que aquellos que defienden los derechos de otros seres vivos retornan a un paradigma de la Edad Media que abandonamos al adentrarnos en la revolución industrial y en el pensamiento moderno—. Con todo, estas posturas —generadas en el debate democrático— imponen críticas interesantes al antropocentrismo, que deviene de ese pensamiento de separación con el entorno que configuró a los animales casi en máquinas, carentes de libertad, programados por un código que denominamos *instinto*. Este determinismo encuentra límites evidentes, como el suicidio de las ballenas, la utilización de herramientas por primates para alcanzar objetivos deseados, las comunicaciones entre diferentes depredadores para la caza —por ejemplo, los delfines— o el aprendizaje de conductas por determinados animales, como los perros, que grandes beneficios acarrean a la humanidad.[22] Es sobre esta comunicación entre *homo sapiens* y otros animales que autores como Jürgen Habermas sustentan los deberes de las personas para con otras formas de vida. En palabras de este pensador:

> Tenemos que poder atribuir a los animales propiedades características de los agentes, entre otras la capacidad de iniciar expresiones y dirigírnoslas a nosotros. Tenemos entonces deberes que son análogos a nuestros deberes morales, porque al igual que estos últimos tienen su base en los presupuestos del actuar comunicativo.[23]

Sin dudar de la importancia de flexibilizar la posición antropocéntrica exacerbada, lo cierto es que la noción que hemos utilizado de persona jurídica requiere, o bien nacer y sobrevivir siquiera un instante la separación de la madre, o bien realizar un acto solemne en virtud del cual un colectivo se constituye en un sujeto de derechos. Así las cosas, resulta socialmente más fácil de aceptar que el *nasciturus* deba ser protegido por el valor de la vida humana a que tenga derechos. De igual modo, es más sencillo aceptar que solo los seres humanos tengan derechos a que los *no humanos* cuenten con una prestación exigible a otro sujeto jurídico o incluso con capacidad de obligarse. En este sentido, las personas humanas, aun siendo incapaces para ejercer sus derechos en razón a su edad, cuentan con esta potencia. No así los animales, que nunca podrán instaurar por sí mismos una acción que busque salvaguardar sus intereses. Así, siempre tendrá que existir un humano que los defienda, ya sean individuos o asociaciones ambientalistas. De otro lado, cabe preguntarse si existiría el discurso de los derechos si por alguna pandemia o desastre natural los humanos fuéramos borrados de la biósfera.

---

[22] Jürgen Habermas: "El desafío de la ética ecológica para una concepción que obedezca a planteamientos antropocéntricos", en Marta Tafalla (ed.): *Los derechos de los animales,* Barcelona: Idea Books, 2004.

[23] El mencionado artículo dispone: "Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación".

Esto no significa que el ambiente no deba ser protegido o que defendemos la expoliación irrestricta de los recursos naturales. Por el contrario, con base en el principio de humildad, creemos que desde una postura ética y humanista el ambiente ha de ser amparado frente al ser humano, pero para los hombres y mujeres actuales y futuros. Tal como lo establece la Declaración de Río, "los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Nuestra sobrevivencia se dificulta severamente si nuestro entorno —nuestro hogar— está contaminado y los ecosistemas afectados hasta el punto de que no puedan brindarnos los servicios que necesitamos diariamente. Imaginen qué sucedería en cada una de las ciudades colombianas si por algunos días llegase a faltar el agua.

9. En suma, si la solidaridad y la humildad se convierten así en principios orientadores de toda la interpretación que se haga respecto del ambiente sano, sus contenidos habrán de marcar aquellos que permiten delimitar jurídicamente su lindero.

II. Concepto del derecho a un ambiente sano

10. No hay duda de que el derecho al ambiente sano es un derecho constitucional, pues está contemplado por varias normas de la Carta. El artículo 8 lo comprende expresamente como una obligación del Estado y de todas las personas, que deben proteger las riquezas naturales existentes en Colombia.[24] Asimismo, el segundo inciso del artículo 79 obliga al Estado a proteger la diversidad e integridad del ambiente y contempla el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano.[25] Ahora bien, el artículo 88 de la Carta Fundamental, mediante una cláusula abierta, reconoce al derecho al ambiente como un derecho colectivo, junto a la seguridad, la salubridad, la moralidad pública, etcétera. Esto nos permite adentrarnos en un primer debate relevante al momento de tratar este derecho, que consiste en determinar si se trata de un derecho constitucional fundamental o de un derecho colectivo. Este no es un problema vacuo, pues permite observar su alcance.

11. Veamos la problemática desde la perspectiva del profesor español Pérez Luño. Según este autor, existen dos dimensiones de los derechos fundamentales que permiten conceptualizarlos a partir de las funciones que cumplen en el constitucionalismo contemporáneo.[26] En primer lugar, se encuentra la significación axiológica, que contempla cómo los derechos condicionan el tipo de Estado. En efecto, no puede

[24] El texto del artículo citado es el siguiente: "Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación".

[25] El texto del artículo citado es el siguiente: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

[26] Antonio Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 8.ª ed., 2004 (1984).

concebirse que la relación existente entre los ciudadanos y el Estado hablando solo de los derechos liberales sea la misma que cuando se incluyen como condicionantes los derechos sociales o ambientales. En este sentido, los derechos fundamentales son un conjunto de valores —*Grundwert*— que representan acuerdos básicos de la sociedad, se logran a partir de tensiones políticas y condicionan el actuar del Estado.[27] Por este motivo, los derechos fundamentales no son tan solo garantías negativas que imponen al Estado límites en cuanto a su injerencia, sino que, por el contrario, acarrean obligaciones positivas y su preponderancia es tal que irradian la totalidad del ordenamiento jurídico infraconstitucional. En segundo lugar, cumplen una función específica desde una dimensión subjetiva, constituyéndose en el estatuto jurídico de los ciudadanos y demás personas frente al Estado y al resto de la sociedad. Por ende, los derechos fundamentales sirven como una barrera contra todo poder, independientemente de si es público o privado; esto, según la denominada doctrina de *Drittwirkung der Grund Rechte*.[28]

12. Desde la perspectiva analizada, el ambiente sano es un derecho constitucional fundamental, pues en él se cumplen tanto la dimensión axiológica como la subjetiva. Sin embargo, dada la misma definición de la Carta, que lo contempla como colectivo, es imperioso concluir que tiene simultáneamente ambas dimensiones, ya que tiene tanto las características de un derecho constitucional fundamental como de uno colectivo. Esta dualidad le es propia, sin que esto implique una contradicción.

Así lo ha ratificado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha señalado que la enfática distinción entre derechos colectivos y derechos fundamentales es difícil de mantener. De una parte, considerando que unos mismos hechos pueden afectar a ambos tipos de derechos. En este sentido, en la sentencia T-659 de 2007, se enfatizó:

> [La] primera tendencia que consideró a los derechos fundamentales y colectivos [como] dos formas excluyentes de protección de intereses del ser humano, entró en crisis cuando el aplicador jurídico se enfrentó a casos en los que un derecho, que había sido considerado claramente colectivo, se convertía en un derecho individual al afectar el núcleo esencial de un derecho subjetivo (piénsese en el caso de los pescadores que no pueden ejercer su oficio cuando hay un grave daño ambiental). O, incluso, se presentan situaciones en las que un derecho típicamente fundamental se torna en derecho de una colectividad que se beneficia en forma común al individuo afectado (por ejemplo, el caso del derecho a la libertad de locomoción que se encuentra afectado por ausencia de medios de transporte) […]. En estas circunstancias, la tendencia actual de la dogmática constitucional está dirigida a analizar grupos de derechos que se ubican en una posición intermedia entre los derechos individual y colectivo, o simplemente, a entender que un derecho puede tener diferentes facetas que lo ubican en una u otra clasificación

[27] Ibídem, p. 21.

[28] Ibídem, pp. 22-23. Véase, respecto de la importancia de la *Drittwirkung* en las relaciones particulares, el importante libro de Alexei Julio Estrada: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

> de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. En efecto, la Declaración de Estocolmo de 1972 definió el derecho al medio ambiente como un derecho humano; de ahí que un derecho típicamente colectivo puede tener la connotación de un derecho individual que hace parte inescindible del ser humano.[29]

De otra parte, la dualidad del derecho al ambiente sano ha sido denotada al permitir que sea protegido a través de la acción de tutela. En sentencia T-092 de 1993, la Corte indicó:

> El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.[30]

Es así como, en los eventos en los que se presenta la dualidad comentada, la jurisprudencia ha precisado:

> […] la acción de tutela dirigida a obtener obras de alcantarillado no es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judiciales como las acciones populares, cuando se demuestra que existe una violación o amenaza directa al derecho fundamental de la persona que interpone la tutela y que esta situación tenga una relación de causalidad directa con la omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad, dado que en estos casos se genera una unidad de defensa, que obedece al principio de economía procesal y al de prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares.[31]

13. Esta dualidad del derecho en estudio se corrobora desde la perspectiva de la responsabilidad civil, en la medida en que la afectación al medio ambiente puede producir tanto daños individuales como colectivos. En efecto, si partimos con el profesor

[29] En ese caso, los hechos que suscitaron la acción de tutela radicaron en que una vía que comunicaba la Vereda Peñón Blanco-Novillos con el Municipio de Carmen de Apicalá presentaba agrietamientos que dificultaban el tránsito de personas y vehículos. La Sala Quinta de Revisión de esta Corporación se abstuvo de amparar los derechos invocados —libertad de locomoción, trabajo, protección al espacio público, alimentación y educación, entre otros— por considerar que no se evidenciaba su afectación subjetiva. En este sentido, se enfatizó que, si bien no existía una tajante distinción entre derechos colectivos y derechos fundamentales, para que la acción de tutela procediera, era necesario que se demostrara el acaecimiento de un perjuicio irremediable o la transgresión subjetiva de los derechos invocados.

[30] En ese caso, el accionante alegaba que la construcción de un relleno sanitario en Villavicencio acarreaba la contaminación de aguas de que dependía la comunidad en la que él residía. Por esta razón, invocaba la protección de su derecho al ambiente sano, así como a la vida digna y a la salud. La Sala Sexta de Revisión amparó los derechos y ordenó al alcalde de la mencionada ciudad prescindir de utilizar el lote que alegaba el demandante, y que en caso de construir el relleno sanitario en otra parte iniciara y utilizara los estudios técnicos y ecológicos que la obra demandara, para así prevenir el daño ambiental.

[31] T-022 de 2008.

italiano Adriano De Cupis de que "el derecho protege lo que el daño vulnera",[32] observar las repercusiones del enunciado en el derecho al ambiente sano nos es de extrema utilidad ya que, por demás, nos permitirá determinar el objeto que ampara el mencionado derecho.

14. Lo anterior nos obliga, entonces, a acudir a la noción de *daño ambiental* para poder concretar el objeto del estudiado derecho y reiterar así la dualidad que le es propia. Es importante mencionar que en la legislación colombiana no existen normas jurídicas que definan claramente el daño ambiental. Si bien la ley 99 de 1993 nos brinda una aproximación, se encuentra circunscrita a las tasas retributivas y compensatorias. Esto implica que no exista en la actualidad una definición autónoma de daño ambiental, con las dificultades que ello genera, pues la contemplada en la mencionada disposición fue consagrada para efectos de fijar el alcance de estas tasas.[33]

Así, el literal *c* del artículo 42 dispone que "se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes". Concatenado a lo anterior, el mismo literal define el daño social de la siguiente manera:

> Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante.

Creemos que esta es una definición que presenta algunos problemas. Por ejemplo, cuando la acción humana afecta un parque natural —bien público—, mediante la deforestación para sembrar cultivos de uso ilícito, afectando la diversidad y el agua, estaríamos frente a un daño que es tanto ambiental como social.

Esta definición de daño ambiental, establecida con el propósito de fijar los conceptos de tasas retributivas y compensatorias, no es entonces satisfactoria. Por ello, es mejor desechar la confusión que crea la norma jurídica y buscar otras perspectivas. En efecto, si se habla del daño ambiental como aquel que afecta a los ecosistemas y al tiempo se afirma que el daño social es aquel que se presenta sobre el paisaje, los bienes públicos y los demás bienes económicos afectados por la actividad contaminante, se observa con facilidad que los dos conceptos se cruzarían y perderían su utilidad práctica.

---

[32] Adriano De Cupis: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosh, 2.ª ed., 1975, p. 81.

[33] El artículo 42 de la mencionada Ley define los anteriores conceptos de la siguiente manera: "*Tasas retributivas y compensatorias.* La utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas. También podrán fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables […]".

Es así como, siguiendo la doctrina, optamos por la denominación *daño ambiental puro* y *daño ambiental consecutivo,* la cual coincide con la dualidad —derecho colectivo y derecho constitucional fundamental— que se ha detectado en el derecho al ambiente sano. El primero de ellos —el *daño ambiental puro*— es definido como

> […] aquel que ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente [sin afectar] especialmente una u otra persona determinada, sino exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las "cosas comunes" que en ocasiones hemos designado como "bienes ambientales" tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar "perjuicios ecológicos puros".[34]

Ahora bien, el *daño ambiental puro*, comprendido como una transgresión a los bienes ambientales, se relaciona con otro concepto, el de *daño ambiental consecutivo*, desde el cual se analizan las repercusiones de aquel, pero respecto a personas determinadas. En otras palabras, se trata del daño que lesiona el patrimonio individual de una persona.[35] [36]

Dada la dualidad del derecho al ambiente sano, como fue señalado, *el daño consecutivo* presenta dos modalidades. En la primera, que hemos denominado *daño consecutivo directo*, la afectación al derecho, que se concreta por el *daño ambiental puro,* se transmuta y afecta directamente a la persona sin que pueda evidenciarse claramente una separación entre la afectación individual y la transgresión al derecho colectivo. En la segunda, que denominamos *daño consecutivo indirecto*, el daño ambiental repercute en otros derechos de la persona, fundamentales o no, claramente diferenciables del derecho al ambiente sano. Utilicemos un ejemplo para ilustrar lo anterior. Un derrame de petróleo contamina un río; cuerpo de agua que es utilizado tanto para surtir de agua potable a un municipio aledaño como para el desarrollo de una industria turística dedicada a vender planes que incluyen canotaje. El *daño ambiental puro* es evidente y comprende, entre otros, la destrucción del hábitat de los peces, así como la contaminación del agua. A su vez, esta última acarrea el *daño consecutivo directo*, pues afecta el derecho de cada individuo del mencionado municipio a acceder al agua potable, que —como se indica posteriormente en esta ponencia— según la jurisprudencia constitucional es un derecho fundamental. En cambio, el *daño consecutivo indirecto* se presenta para la industria turística, que ve afectada su libertad de empresa al no poder ejercer más su razón social.

---

[34] Geneviève Viney y Patrice Jourdain: *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, París: LGDJ, 1998, p. 55.

[35] Juan Carlos Henao Pérez: "Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental", en *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 142 ss.

[36] Partimos de una noción amplia de patrimonio, en el cual se comprenden todos los derechos de la persona, sin importar si son una universalidad de bienes susceptibles de estimación pecuniaria o personalísimos, colectivos o individuales. Esto permite explicar por qué razón, al incluirse dentro del patrimonio del individuo incluso derechos colectivos, cada persona puede interponer acciones para defender este tipo de derechos, como la moralidad administrativa.

Esta diferenciación, como veremos más adelante, es fundamental para determinar qué acción ha de proceder, así como qué tipo de reparación deberá ser ordenada por la autoridad judicial si se decreta la responsabilidad civil. En el caso del *daño ambiental puro*, la reparación busca resarcir la lesión del patrimonio colectivo, mientras que en el *daño ambiental consecutivo*, dependiendo de si es *directo* o *indirecto*, la indemnización que está dirigida a restaurar el patrimonio individual puede o no ser apropiada exclusivamente por el individuo.[37]

15. Recogiendo la noción de daño ambiental anteriormente indicada, podemos decir que, en sentido *estricto* y desde una perspectiva jurídica, el objeto que ampara el derecho al ambiente sano es todo aquello que el *daño ambiental puro* y el *daño ambiental consecutivo directo* lesionan. En el segundo, el daño afecta el patrimonio individual de la persona sin que puedan diferenciarse claramente la afectación colectiva y la individual, pues aquella se transmuta en esta última; mientras que en el primero se lesiona el patrimonio colectivo. Esta diferenciación es de trascendental relevancia, pues a partir de ella puede determinarse qué acción ha de ser interpuesta para reparar el derecho, así como si es posible que el individuo se apropie exclusivamente de la indemnización o, por el contrario, esta recaiga en el colectivo. Ahora bien, dada la inescindible conexión existente entre el *daño consecutivo directo* y el *daño ambiental puro* —a pesar de que los derechos conculcados sean diferenciables—, y debido a que las reparaciones que del primero se ordenen podrían beneficiar incluso al segundo, en sentido *lato*, el objeto del derecho al ambiente incluye —en algunos casos— la guarda frente al *daño consecutivo directo*.

16. De otro lado, es importante afirmar que ambos derechos pueden ser lesionados por unos mismos hechos que generen a su vez tanto un daño *consecutivo directo* como *indirecto*. Esta situación puede ser ilustrada mediante la noción de *Alemansratt* perteneciente al derecho sueco. Se trata del derecho de acceso a la naturaleza, según el cual todos los miembros de la comunidad tienen derecho al disfrute de la naturaleza sin ser limitados por la propiedad privada, pero con el deber de dejar las cosas tal y como fueron encontradas o, de ser posible, en un mejor estado. Además de esta limitación positiva se encuentra otra: quienes usen el derecho no pueden acercarse indiscretamente a la vivienda del propietario del terreno. Entonces, supongamos que un granjero (¿cabría que fuera colombiano?) construye una cerca para evitar que las personas ingresen en su propiedad. Esto acarrea una separación de varias comunidades de animales que no podrán reproducirse, lo que es un ejemplo de *daño ambiental puro*. Asimismo, impide que un comerciante ingrese con turistas a observar un

[37] Para los efectos de este escrito los términos *reparación* e *indemnización* son tomados como sinónimos. Asimismo, superan la idea que los circunscribe exclusivamente a reparaciones pecuniarias. A nuestro modo de ver, la reparación por la lesión a un derecho va más allá de factores monetarios. De esta forma, proponemos que existen varias formas de reparación, entre ellas: el subrogado pecuniario, la reparación in natura, la supresión del daño o la reparación simbólica. Al respecto puede consultarse Juan Carlos Henao Pérez: "De tal derecho, tal acción", en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 485-541.

paisaje en una finca determinada —¡y los casos no solo se han dado en Suecia sino que la Corte ha otorgado razón al comerciante!—,[38] lo que se constituye en un *daño ambiental consecutivo indirecto*. En el primer caso se está vulnerando el derecho al ambiente sano, debido a la ocurrencia de un daño ambiental puro —imposibilitar la reproducción de determinadas especies—. En cambio, en el segundo, dado el daño ambiental consecutivo indirecto, se afecta al comerciante al imposibilitarle ejercer su profesión u oficio. Si la autoridad judicial ordenara remover la cerca para beneficiar a este comerciante, la reproducción de la comunidad también se vería beneficiada, por lo que se estaría también reparando, indirectamente, el derecho al ambiente sano frente al *daño ambiental puro*.

17. Analizados los elementos centrales del derecho al ambiente sano, se debe seguir según el discurso de la responsabilidad civil para mencionar algunas problemáticas específicas que, al influir en el tratamiento constitucional del tema, son de utilidad para terminar de centrar el concepto.

18. En primer lugar influye el conocido *principio de precaución*, que, aun cuando ha sufrido variaciones a través de la historia del derecho,[39] puede ser entendido hoy en día a partir de la comprensión de que el desarrollo tecnológico conlleva riesgos y, cuanto mayores sean estos, mayor incertidumbre habrá sobre sus efectos.

La Declaración de Río, en el principio 15, lo definió en las siguientes palabras:

> […] con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución […]. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Por su parte, la ley 99 de 1993, según la cual el proceso de desarrollo económico y social del país debe orientarse siguiendo la mencionada declaración, se refiere al principio de la siguiente manera:

> […] las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.[40]

---

[38] Véase el interesante escrito del autor Frédérique Von Plauen: "L'accès à la nature: droit virtuel ou droit réel?", en *AJDA*, n.º 36, 2005, p. 1984.

[39] Para una aproximación histórica del principio de precaución, Jorge Riechmann: "La precaución: un principio para reorientar las relaciones de la humanidad con la biosfera", en Jorge Riechmann y Joel Tickner (coords.): *El principio de precaución: en medio ambiente y salud pública, de las definiciones a la práctica*, Barcelona: Icaria, 2002.

[40] Numeral 6, artículo 1, de la ley 99 de 1993.

Como se observa, la definición contemplada en la legislación nacional es mucho más garantista que aquella establecida en la Declaración de Río, ya que aquella se refiere a cualquier clase de medida eficaz para impedir el daño ambiental, mientras que el criterio internacional se reduce a las medidas en función de los costos para evitar la degradación del ambiente.

Refiriéndose a este principio, debido a una demanda contra el Código de Minas, en la sentencia C-339 de 2002 la Corte indicó:

> Este principio […] se puede expresar con la expresión "in dubio pro ambiente" […] Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.[41]

Así, es importante recalcar que la precaución parte de la base de que la falta de certeza del hecho dañino no puede ser el único argumento que legitime la actividad riesgosa o, en otras palabras, que la falta de prueba de nocividad no es prueba de inocuidad.[42]

Este principio influye en el nivel de protección del derecho al ambiente sano. En efecto, si hemos afirmado que dicho derecho tiene una faceta colectiva y otra de derecho constitucional fundamental, debemos ahora analizar si el espectro de protección de ambos supone que se lesione definitivamente el derecho, si la amenaza sobre este es suficiente o, lo cual es aún más importante, si el riesgo de lesión definitiva puede considerarse una alteración de aquel que supone un derecho subjetivo que active su protección. Baste pensar en la autorización de una actividad que repercutirá sobre el medio ambiente y que permite la discusión sobre la aplicación del principio de precaución, con lo cual entrará en juego la discusión acerca del contenido real de aquel derecho. En estos eventos, no es difícil concluir que el contenido mismo del derecho colectivo y del derecho constitucional fundamental estará claramente marcado por la aplicación que del principio de precaución se haga. Un buen ejemplo es el de las fumigaciones de glifosato para combatir los cultivos de uso ilícito en Colombia. Ante una acción popular el tribunal de primera instancia consideró que dicha actividad generaba el riesgo de daños masivos e irreversibles sobre el medio ambiente y sobre las personas, razón por la cual ordenó suspender las fumigaciones. En segunda instancia el Consejo de Estado consideró que dicha actividad no permitía la aplicación

[41] Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, expediente D-3767, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales *a* y *c* y 36 parcial de la ley 685 de 2001; demandante: Carlos Alberto Mantilla.

[42] José Luis Serrano: *Principios de derecho ambiental. Ecología jurídica*, Madrid: Trotta, 2007, p. 120-121.

de las consecuencias del principio de precaución.[43] Con independencia de cuál de las dos instancias haya tenido la razón, lo importante para este escrito es resaltar que el contenido constitucional del derecho se completa con el análisis que se haga a partir de la responsabilidad civil. Desde esta óptica habría que concluir que el mero riesgo sobre el derecho a un ambiente sano puede abrir la posibilidad de que tanto por la vía de la protección del derecho colectivo como por la del derecho constitucional fundamental se complete la protección de aquel derecho. Ya no se requeriría la certeza del daño concebida en forma tradicional, sino aceptar que el riesgo de daño, es decir, el daño aleatorio, puede también activar la protección de las acciones constitucionales, incrementando su faceta preventiva que impide la consumación de la lesión de los derechos. Desde nuestra perspectiva, lo que muestra esta problemática es que la noción tradicional de certeza del daño se ha alterado profundamente y que el riesgo de lesión definitiva de derechos también puede considerarse un daño cierto —y no solo la amenaza de lesión definitiva de los derechos— que permita proteger el derecho al ambiente sano. Desde esta perspectiva la protección constitucional del derecho varía notablemente, porque no se requiere ni siquiera que se trate de una amenaza sobre el derecho —daño inminente o si se quiere perjuicio irremediable—, sino del simple alea que marcará el contenido del derecho.[44] Habría pues tres facetas de protección del derecho al ambiente sano: riesgo de lesión definitiva —daño aleatorio—, amenaza de lesión definitiva —daño inminente— y, finalmente, daño consumado. Esta posición permite una protección más garantista que, sin caer en fundamentalismos ecologistas, sí permite proteger de mejor manera los bienes ambientales, imponiendo en ciertos eventos de mero riesgo la abstención en la utilización de ciertas actividades riesgosamente nocivas.

19. En segundo lugar influye el debate doctrinal acerca de si la responsabilidad en materia ambiental es de naturaleza objetiva o subjetiva; esto es, si no requiere del elemento de la culpabilidad para que sea declarada. En esta problemática se debe tener cuidado de no darle un sentido exagerado a la conocida frase en virtud de la cual "el que contamina, paga". No sobra recordar que dicha frase es de aplicación a efectos de la justificación que se da para las tasas retributivas y compensatorias, pero debe ser analizada con mayor detenimiento en lo que tiene que ver con el conjunto de la responsabilidad. En mi entender, en materia ambiental existe tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva. Para determinar qué clase de responsabilidad surge, es importante recalcar las diferencias entre actividades peligrosas y aquellas que no lo son, para lo cual son de mucha utilidad las clasificaciones que hacen instrumentos internacionales al respecto. Dicha noción estará en el eje de la distinción sobre los distintos fundamentos —objetivo o subjetivo— que puede tener la responsabilidad y por

[43] Consejo de Estado, Sala Plena, 19 de octubre de 2004; ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda; demandante: Claudia Sampedro y otros; expediente 00022-02.

[44] Véase en este sentido nuestro escrito "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en *Daño ambiental*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, t. II, pp. 187-222.

tanto sobre el ámbito de protección del derecho al ambiente sano, pudiéndose afirmar que cuando se trate de una actividad peligrosa surgiría la responsabilidad objetiva.[45] Esto mismo sucede con cualquier tipo de actividad peligrosa. Sin embargo, frente a aquellas que no son actividades peligrosas solo operaría la responsabilidad subjetiva, y la culpa debería demostrarse.[46]

20. En tercer lugar, debe recordarse que la protección del derecho al ambiente sano está marcada también por la usual concausalidad que se presenta frente a este tipo de daños y que influirá nuevamente en la garantía constitucional de aquel derecho. En efecto, en muchas ocasiones son varias personas las que actúan y causan el daño ambiental y por ello el juez constitucional debe tener en cuenta esta situación. Para este problema, el derecho brinda herramientas que permiten superarlo. La solidaridad en el campo de las obligaciones es una posibilidad. Sobre este punto y refiriéndose a esta dificultad, la Corte Constitucional, en sentencia T- 646 de 2003, indicó:

> […] no es exacto considerar, que de la comparecencia de todos los agentes contaminantes, a las distintas acciones populares, pende el restablecimiento del derecho a gozar de un ambiente sano, dado que la realidad indica que frente a la confluencia de emisiones tal exigencia prolongaría los litigios indefinidamente, comprometiendo, por consiguiente, los derechos e intereses colectivos y el acceso a la justicia de los afectados —artículos 88, 228 y 230 C.P.[47]

21. Estudiados los elementos necesarios para la comprensión y la delimitación del derecho al ambiente sano, se debe pasar ahora a mirar en concreto cuáles son los medios procesales para su protección.

---

[45] Respecto de la noción de actividad peligrosa se recomienda estudiar la importante y reciente sentencia 01054 de la Corte Suprema de Justicia, del 24 de agosto de 2009, con ponencia del magistrado William Namen, donde se estimó que el ejercicio de actividades peligrosas conlleva indefectiblemente la aplicación de la responsabilidad objetiva. En efecto, en dicha decisión se indicó: "[…] al frente de toda la problemática ontológica y sistemática del daño resarcible, en la legislación colombiana, a no dudarlo, existen categorías de responsabilidad objetiva donde el criterio de la culpa carece de toda relevancia para su existencia, o sea, para el surgimiento del deber de reparar el daño y, también, para su exoneración, siendo oportuno verificar sus exigencias normativas. [Por ejemplo], se considera objetiva la responsabilidad por daño al medio ambiente […] derivada de residuos y desechos peligrosos […]".

[46] Henao Pérez: "Responsabilidad…", o. cit., p. 152.

[47] En ese caso, el demandante consideraba que el Tribunal Superior de Bogotá había incurrido en una "vía de hecho" en la sentencia proferida por una acción popular debido al daño ambiental causado por el represamiento de aguas del río Bogotá en el embalse del Muña. Uno de los argumentos que formuló y que sustentaba su posición era que el tribunal no había llamado a todos los responsables de la contaminación de las aguas del mencionado río. La Corte desestimó este argumento indicando, en primera medida, la responsabilidad solidaria por la afectación a ese cuerpo de agua; en segunda medida, que las normas que regulaban la acción popular antes de la entrada en vigencia de la ley 472 de 1998 no contemplaban la obligación de llamar a todos los involucrados en la contaminación, y, en tercera medida, que no era exacto suponer que de no llamarse a todos las personas causantes del daño ambiental la acción popular no podía proceder, dado lo difícil que resulta determinar cada una de las personas que intervienen y afectan nocivamente el ambiente.

III. Acciones judiciales para la defensa del ambiente sano

22. Colombia es un país privilegiado en acciones, por lo que los derechos subjetivos cuentan con una amplia gama de medios judiciales para su defensa. Además de las acciones ordinarias, tanto en la jurisdicción contencioso administrativa como en la penal y en la civil, existen acciones constitucionales como la acción popular y la de tutela, sin dejar de nombrar la de cumplimiento.

23. A pesar de lo anterior, nos concentraremos, dada su relevancia en el tema a estudio, en la acción popular y a la de tutela, en la medida en que también permiten distinguir diferentes facetas de la reparación y por tanto de la protección del derecho. En un texto reciente propusimos que el tipo del daño caracteriza la acción que puede ser interpuesta. Así, tres preguntas han de ser resueltas para determinar esta problemática: qué derecho se repara, a quién se le repara y cómo ha de ser reparado.[48]

24. Antes de desarrollar estos tres puntos, es pertinente recordar que son tres los elementos necesarios para que la responsabilidad civil sea declarada. El primero es el daño, que entendemos como la lesión de un derecho de naturaleza colectiva o individual, pecuniario o no, que puede ser lesionado tanto por la vía de la lesión definitiva como por la de la amenaza y excepcionalmente por la del riesgo; el segundo, la imputación jurídica a alguien diferente del sujeto lesionado; y el tercero, la obligación de reparar, que solo nace ante el daño antijurídico.[49] También es importante recalcar que la reparación que deviene de la responsabilidad civil no es exclusivamente pecuniaria. Por el contrario, contemplamos que dentro de ella caben varias posibilidades que no se excluyen entre sí, siempre y cuando se respete el principio que proscribe la doble indemnización. Así, la reparación puede ser el subrogado pecuniario, la reparación *in natura*, la cesación o la supresión del daño e incluso la reparación simbólica.

25. Volviendo a las tres preguntas que han de ser resueltas, en el primer interrogante, para el caso ambiental, ha de determinarse si se trata de un *daño ambiental puro*, de uno *consecutivo directo* o *consecutivo indirecto*. En el primer caso, se trataría del derecho colectivo al ambiente, en el que aparecen como características su indivisibilidad, la imposibilidad de exclusión y la ausencia de rivalidad en su consumo.[50] El hecho de que se trata de un derecho colectivo supone, en Colombia, que cualquier persona está legitimada para interponer la acción que propenda a su protección. En cambio, en el *daño consecutivo directo* o *indirecto* se está ante la afectación de derechos individuales, que son intereses indivisibles pero apropiados y usados por el individuo, con lo cual la legitimación en la causa se limita a su titular individual.

[48] Henao Pérez: "De tal derecho…", o. cit., pp. 504.
[49] Ibídem, p. 498.
[50] Sobre la caracterización de la noción de *derecho colectivo* véase la sentencia C-569 de 2004 de la Corte Constitucional, del 4 de junio de 2004, con ponencia del magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yepez.

Sobre el segundo interrogante, esto es, el destinatario de la indemnización, la cuestión recae en quién es el beneficiario de la reparación al ser el titular o los titulares del derecho lesionado. Este punto diferencia entre peticiones para sí —derechos individuales— o peticiones para el colectivo —derechos colectivos—. La diferencia central radica en que en el caso de los derechos individuales la indemnización es apropiable por el individuo —salvo si se trata del *daño consecutivo directo* en el cual el beneficio individual coincide con el colectivo—, mientras que en las peticiones para el colectivo la reparación no será exclusivamente para nadie.

Finalmente, el tercer interrogante: la prestación como traslación patrimonial acarrea qué clase de reparación es la que se pretende; esta puede ser pecuniaria, *in natura*, de supresión o cesación del daño o también simbólica. Como vimos, el daño evoluciona empezando por el riesgo, pasando por la amenaza y finalizando en la lesión consolidada. Estos diferentes momentos indican qué clase de reparación es la que debe ser ordenada. Así, tratándose del riesgo y de la amenaza, la autoridad judicial debería ordenar principalmente medidas que supriman o hagan cesar el daño. En cambio, frente a un daño consolidado y consumado, la reparación procedente sería la pecuniaria o la *in natura*, sin excluir la simbólica para que la lesión no vuelva a ocurrir.

26. En claro el esquema anterior, analicemos la acción de tutela y la acción popular, teniendo en cuenta los tres interrogantes que acaban de ser planteados.

27. La primera, la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución y regulada por el decreto 2591 de 1991, fue instaurada por el constituyente de 1991 con el objetivo de brindar una protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas. En principio, se circunscribe exclusivamente al amparo de derechos individuales, pero el mismo decreto mencionado, en el numeral 3 del artículo 6, expresamente abre esta posibilidad para los derechos colectivos en los siguientes términos:

> La acción de tutela no procederá […] cuando se pretenda proteger derechos colectivos […]. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se tata de impedir un perjuicio irremediable.

Para la procedencia de la acción, es fundamental la noción de perjuicio irremediable, que ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como una situación en la cual se presentan los siguientes elementos: la inminencia —es decir que esté por suceder la lesión—, la gravedad —que equivale a la intensidad del daño—, que la actuación frente a él haya de ser urgente y que sea impostergable.[51] En este sentido, esta definición es equivalente a la noción ya estudiada de amenaza.

[51] Véase, entre las múltiples sentencias que retoman estas características, la SU- 544 de 2001.

Así las cosas, en principio, la acción de tutela debe ser interpuesta para peticiones para sí, aunque nada obsta que —ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable— proceda para peticiones para el colectivo.

Respecto al segundo interrogante, esto es, quién es el sujeto beneficiario de la reparación, en principio también sería el individuo, pues estamos hablando de *daño ambiental consecutivo indirecto*. Al ser diferenciable la afectación del patrimonio del individuo de aquella que sufra el colectivo, la reparación sería apropiable por aquel. Sin embargo, esto no implica que el colectivo no sea beneficiado con la reparación lograda por el individuo —hipótesis de *daño ambiental consecutivo directo*—, pues al ser la reparación eminentemente preventiva —como se verá a continuación— la cesación del hecho dañino necesariamente beneficiaría a las demás personas. Esta es precisamente una de las consecuencias de la naturaleza dual del derecho bajo estudio.

Cabe preguntarse si en el caso de *daño consecutivo directo* también procedería la acción de tutela. Al no ser diferenciables claramente el derecho colectivo y el derecho individual, en principio debería interponerse la acción popular. Sin embargo, dado que el artículo 6 de la ley 472 de 1998 establece que la acción de tutela se tramitará de forma preferente, así como su procedencia ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable, creemos que el amparo constitucional sería viable.[52] Cosa que también se desprende de la mencionada dualidad del derecho al ambiente sano.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia T-659 de 2007 —ya citada—, indicó que esta acción procede excepcionalmente para proteger al colectivo. En dicha providencia se establecieron las siguientes reglas de procedencia:

> […] (i) Cuando la afectación de los derechos colectivos requiere la intervención urgente e inmediata del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, al igual que en toda situación de grave afectación de derechos fundamentales, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio que desplaza la competencia del juez ordinario mientras se profiere el fallo correspondiente. En este caso, es fundamental demostrar la premura en la intervención judicial, la gravedad del perjuicio que sigue a la demora en resolver el asunto y la existencia de un derecho fundamental afectado. [y] ii) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, produce la afectación directa de un derecho fundamental. En esta situación, no se trata de reducir la intervención a un número determinado de personas, ni de exigir la protección judicial del derecho colectivo a partir de la afectación individual de derechos, se trata de delimitar con claridad el campo de aplicación de cada una de las acciones constitucionales. Por ello, es evidente que no determina la procedencia de la acción popular o de la acción de tutela, el número de personas que accede a la justicia, ni el nombre del derecho que se busca proteger.

[52] El texto del mencionado artículo es el siguiente: "*Artículo 6º. Trámite preferencial.* Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de Habeas Corpus, la Acción de Tutela y la Acción de cumplimiento".

Finalmente, respecto al tercer interrogante, la prestación que con la acción de tutela se busca sería eminentemente preventiva, pues el mismo artículo 86 de la Constitución establece que es un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados. Ahora, al ser una de las causales de improcedencia el daño consumado, entonces debe entenderse que la reparación puede ser de cesación de la conducta que causa la lesión o aquellas que se están produciendo sin haberse consolidado —incluyendo en estas las amenazas y los riesgos—. Esto no excluye que en el caso de daños continuados pueda haber facetas reparativas, pero sí hace improcedente la acción de tutela frente a aquellas facetas ya pasadas y consolidadas; para esto, las personas deberán acudir a otras instancias judiciales, pues así lo establece el numeral 4 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, que dispone:

> La acción de tutela no procederá […] cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

28. En lo relacionado con la segunda acción judicial en estudio, la acción popular, también una acción constitucional fue consagrada por el constituyente en el artículo 88 de la Carta.

Respecto del interrogante de qué derecho se repara mediante esta acción, el artículo 88 mencionado estableció sin ambages que se trata de la protección de los derechos e intereses colectivos, lo cual fue complementado por la ley 472 de 1998. En este orden de ideas, la mencionada acción debería ser interpuesta cuando quiera que se presente un *daño ambiental puro*.

Respecto del segundo interrogante, esto es, quién es el destinatario de la reparación, indemnización y/o restablecimiento, en el caso del *daño ambiental* puro, es claro que por tratarse de la lesión de un derecho colectivo el destinatario será obligatoriamente el colectivo. Lo anterior implica que nunca la prestación ordenada por el juez podrá ser apropiada por individuo alguno y ni siquiera por la persona pública encargada de velar por el derecho al medio ambiente, puesto que la destinación de la prestación está atada al restablecimiento del derecho colectivo cuestionado. En este sentido la persona pública a favor de quien se confiera la prestación tendrá la obligación de destinarla al fin para el cual fue decretada.

Finalmente, respecto del tercer interrogante, que permite el análisis de la prestación con la cual se cumple con la reparación de la lesión del derecho colectivo, el artículo 2 de la ley 472 estableció que la acción popular tiene una finalidad preventiva, pues "[…] se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio […]", pero también brindó la posibilidad de interponerlas buscando una reparación diferente, ya que también tiene como objeto "[…] restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

Lo anterior significa que la prestación que se ordena mediante esta acción puede ser de naturaleza diversa, porque diversa es su función. En efecto, en palabras de la Corte Constitucional, en sentencia C-215 de 1999:

> […] otra característica esencial de las *acciones populares* es su naturaleza *preventiva,* lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio (consumado, tendríamos que agregar para efectos de guardar coherencia con lo que se ha expuesto en este escrito) de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca [que, agregamos, también es daño según lo afirmado en este escrito], en razón de los fines públicos que las inspiran […]. De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter *restitutorio,* que se debe resaltar. Finalmente, hay que observar que estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos prexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

Es por ello que el artículo 25 permite medidas cautelares, que podrán decretarse a petición de parte o de oficio, "para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado", y que el artículo 2 contempla la posibilidad de accionar para restituir las cosas al estado anterior, con lo que evidentemente se trata de un daño consumado.

29. Veamos tres ejemplos de las mencionadas acciones que permiten ilustrar la presentación realizada.

En primer lugar, la sentencia T-410 de 2003, de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, donde conoció el siguiente caso: El municipio de Versalles, ubicado en el departamento del Valle del Cauca, no contaba con servicio de agua potable y el líquido que se distribuía por parte de la Empresa de Servicios Públicos de Versalles no tenía ningún tratamiento. De las pruebas obrantes en el expediente, se pudo determinar que las aguas eran aptas para consumo humano desde el punto de vista físico y químico, mas no bacteriológico, ya que se encontraban contaminadas por materias fecales.[53] Esto es, evidentemente, un *daño ambiental puro.* El juez de instancia, cuya sentencia fue revisada por la Corte Constitucional, declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que la acción procedente era la de grupo.

La Corte, tras indicar que la acción de grupo es eminentemente indemnizatoria y no preventiva de los daños ambientales, enfatizó que el fin perseguido por el demandante era preventivo. Por ende, aquella acción no era procedente, pues la reparación pretendida por el accionante buscaba la cesación del hecho dañino. Refiriéndose al *daño ambiental consecutivo directo*, la Corte indicó:

[53] Corte Constitucional, sentencia T-410 de 2003, expediente T-697667; demandante: Jorge Hernán Gómez Ángel; demandados: Alcaldía Municipal de Versalles —Valle del Cauca— y Empresa de Servicios Públicos de Versalles.

> […] de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el comprobado suministro de agua contaminada y no apta para el consumo humano por parte de las autoridades accionadas, constituye un factor de riesgo y de vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la salud y el ambiente sano […].

En este caso, se evidenció que se presentaba la probabilidad del daño, por lo que se constataba el primer elemento para declarar la responsabilidad. Asimismo, la Corte determinó que eran las entidades demandadas las obligadas a suministrar el agua potable. Al no hacerlo, se les imputaba un comportamiento causante del riesgo —segundo elemento de la responsabilidad civil—. Finalmente, al ser la afectación al agua potable un daño ilícito, surgía el deber de reparar. Así las cosas, la Sala de Revisión determinó la responsabilidad civil en cabeza de la Alcaldía Municipal y de la Empresa de Servicios Públicos de Versalles.

Ahora bien, la Corte abordó expresamente las razones por las cuales debía ser procedente la acción de tutela, aun cuando se tratara de la vulneración de un derecho colectivo difícilmente diferenciable —en el caso concreto— de un derecho individual. En primer lugar, indicó que el agua para consumo humano es un derecho fundamental, esencial para la salud y la vida digna de las personas. Por esta razón, y al ser el trámite de la acción de tutela preferente frente a la acción popular, aquella debía proceder para proteger oportunamente el derecho fundamental colectivo al agua potable. En segundo lugar, la Corte señaló que, aun cuando el demandante no acreditara poder para actuar en nombre de la comunidad, lo cierto es que también lo hizo a nombre propio, al ver su derecho fundamental conculcado. Entonces, se trataba de una petición para sí que buscaba evitar que el riesgo se materializara en amenaza o en un daño consolidado.

Constatando así la vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, dignidad humana y ambiente sano, la Corte ordenó a la Alcaldía Municipal y a la empresa demandada iniciar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para que en un plazo no superior a seis meses garantizara el suministro de agua potable. Como se observa, se trata de una reparación a los derechos que busca la cesación del hecho dañino, pero que no es apropiable exclusivamente por el gestor del amparo.

En segundo lugar, la sentencia T-574 de 1996 resolvió un caso que permite mostrar el *daño ambiental consecutivo indirecto*. En la ensenada de Tumaco se presentó en 1996 un derrame de crudo de 1500 barriles, que ocurrió al momento de bombearse —por parte de Ecopetrol— petróleo a un buque cisterna. El derrame afectó tanto el fitoplancton como el zooplancton existente en la zona, perturbando la cadena trófica en esa región. Asimismo, en las playas aledañas aparecieron peces muertos y aves cubiertas de crudo, y este llegó a manglares. Una de las playas afectadas fue la de Salahonda —perteneciente al municipio de Francisco Pizarro—, en donde habita una comunidad de pescadores. Estos, en época de bonanza, reportaban un millón de pesos producto de las ventas, pero después del accidente solo obtenían peces de cuyo comercio recibían veinte mil pesos, que debían ser repartidos entre cincuenta personas. Sobre este punto, la Corte indicó:

> Es obvio que la disminución de la pesca afecta gravemente [la] vida, salud y trabajo de los lugareños y es elemento perturbador de consecuencias impredecibles.

De igual forma, la Corte constató que la comunidad entró en un proceso de deficiencia de alimentación que afectó tanto a niños como a ancianos. En un estudio realizado por la Capitanía de Puerto, se indicó que el ecosistema tardaría, al menos, cinco años en regenerarse. Esto quiere decir que la cadena trófica, y por ende la alimentación de los lugareños y su sustento económico, se vería igualmente afectada por el mismo término.

De esta forma se constata la existencia del daño —primer elemento de la responsabilidad—, porque el hecho dañino repercutió en el oficio de la pesca con sus consecuencias económicas —*daño ambiental consecutivo indirecto*—, diferenciable del derrame y la perturbación de los ecosistemas, aun cuando se encontrara estrechamente ligado a este. Al producirse el derrame durante el bombeo por parte de Ecopetrol al buque cisterna, la afectación al ambiente era jurídicamente atribuible a una persona diferente de la víctima, con lo que se consolidó el segundo elemento de la responsabilidad civil. Finalmente, dado que se trataba de una actividad peligrosa, se encontraba el deber de responder frente a los daños causados por ella. Con esto se evidencia la ilicitud del daño —tercer elemento de la responsabilidad.

Respecto a este punto, la sentencia indica:

> [El daño ecológico marítimo] afecta sobremanera a quien tiene por oficio la pesca. Y si este oficio forma parte de la cultura de una etnia, con mayor razón hay que proteger al pescador. El artículo transitorio 45 de la Constitución ordenó que la ley estableciera mecanismos para la protección de la identidad cultural de las comunidades negras en la cuenca del Pacífico y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Es decir, el daño ecológico marítimo tuvo repercusiones tanto en el sustento alimenticio de los pescadores —por la afectación de su oficio— como en su identidad cultural al afectar esta actividad.

Así las cosas, la reparación que debió ordenarse, tratándose de un *daño ambiental consecutivo indirecto*, debió haber sido apropiable por los pescadores. Sin embargo, de forma equivocada, la providencia solo ordenó un monitoreo con plazo mínimo de cinco años, para superar cualquier secuela que quedase del vertimiento, con lo cual no se indemnizaron los perjuicios a la actividad pesquera denunciados por los pescadores, ni tampoco se solucionó inmediatamente —haciendo cesar la afectación a los derechos de los miembros de la comunidad— la situación de desnutrición que afectó a niños y ancianos.

En tercer lugar, el caso en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió en el 2007 una acción popular instaurada por el daño ambiental causado en el humedal El Burro, ubicado en la ciudad de Bogotá, debido a la autorización de construcción

sobre una tercera parte del terreno que ocupaba dicho ecosistema.[54] En ese momento, los derechos protegidos fueron los siguientes: el derecho a la moralidad administrativa, el derecho a la defensa del patrimonio público, y el derecho al ambiente sano; todos definidos por la Constitución Política y la ley 472 de 1998 como derechos colectivos.

Para constatar la existencia del daño ambiental puro debido al desecamiento del humedal —primer elemento para declarar la responsabilidad civil—, el Consejo de Estado estableció la alteración negativa producida sobre el medio ambiente. Para determinar la imputación, observó que la lesión al patrimonio colectivo devino de una omisión administrativa —silencio administrativo positivo— atribuible al Departamento de Planeación Distrital, lo cual permitió la construcción de una urbanización sobre un bien de uso público. Por ser dicha omisión culposa, originada en la negligencia de la accionada, se presentó el fundamento del deber de reparar, porque la conducta ilícita desprotegió un ecosistema de trascendental relevancia para el manejo hídrico de la ciudad.

Esta indemnización debía favorecer a la comunidad que vio sus derechos colectivos transgredidos, por lo que el Consejo de Estado ordenó que se pagara a la Corporación Autónoma de Cundinamarca (CAR) la reparación correspondiente al daño causado, entidad que representaría los intereses de la comunidad. Como quiera que la afectación al ecosistema era irreversible, ya que se rellenó una tercera parte para construir la urbanización y era imposible volver las cosas al estado anterior, ordenó que se pagaran sumas de dinero para que se invirtieran en el mantenimiento de otras zonas del humedal o en ecosistemas similares ubicados en otras partes de la ciudad —reparación *in natura*—. Ahora, dado que se permitió la apropiación de bienes de uso públicos, debido a que la construcción se hizo sobre lo que otrora fuera el humedal El Burro, se ordenó que se adelantaran las acciones judiciales pertinentes para que estos terrenos volvieran a manos del Estado —cesación del daño en lo referente al patrimonio público—. Finalmente, ordenó al distrito informar a la comunidad para que supiera las acciones adelantadas por la CAR para recuperar y mantener el humedal —reparación simbólica.

Como se observa, las tres reparaciones ordenadas no se excluyen entre sí. La acción interpuesta fue la popular, a través de la cual se determinó la ocurrencia de un *daño ambiental puro* en el humedal El Burro. Debido a que este ya se había consolidado, no buscó la cesación del daño frente al ecosistema afectado, lo cual sí se hizo desde la perspectiva de la pérdida del bien de uso público, materializado en el terreno de la urbanización.

Esta sentencia permite mostrar cómo una petición para el colectivo, al constatarse la responsabilidad del Estado, permitió reparar el daño ambiental que afectó los derechos colectivos de la comunidad de Bogotá. Entonces, el derecho reparado fue colectivo, la indemnización favoreció a la comunidad y se materializó mediante tres formas de reparación: la *in natura*, la cesación del daño y la simbólica, todas a favor del colectivo sin posibilidad de apropiación individual ni siquiera por la entidad pública.

[54] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; demandante: Olof Rodolfo Elsin Sabino; demandados: Empresa de Acueducto de Bogotá y Departamento de Planeación Distrital.

IV. Conclusiones

En conclusión, dos principios ambientales deben regir el análisis del derecho al ambiente sano. El primero, la solidaridad, es el fundamento de los derechos colectivos y tiene una dimensión intra e intergeneracional, estrechamente ligada a una noción de justicia. El segundo, de la humildad, parte de la comprensión de que somos los seres humanos los dependientes de nuestro entorno y no al revés. Así, nuestra relación con la naturaleza debe partir de comprender que sin un ambiente sano no podemos llegar a tener, o mantener, una vida digna. De lo contrario, no seremos otra cosa que parte de ese cementerio formado por las culturas desaparecidas que hoy enriquecen los museos.

El ambiente sano es un derecho que tiene como una de sus características el ser dual, pues es tanto derecho colectivo como derecho constitucional fundamental. Para determinar su objeto, debe acudirse a la doctrina, ya que en este momento no existe una norma legal que defina claramente lo que ha de entenderse por daño ambiental. Así, partiendo de De Cupis, consideramos que al proteger el derecho lo que el daño vulnera, el objeto del ambiente sano es, en sentido estricto, la salvaguardia de todo aquello que el *daño ambiental puro* y el *daño ambiental consecutivo directo* transgredan, mientras que en sentido lato incluye lo que el *daño ambiental consecutivo indirecto* conculque.

Finalmente, el ordenamiento jurídico colombiano es pródigo en acciones que sirven para proteger el derecho al ambiente sano. En esta oportunidad, solo mencionamos dos —la acción de tutela y la acción popular—, ya que estas nos permiten analizar cómo, a través de tres cuestionamientos (qué se protege, a quién se protege y cómo se protege), se puede determinar la medida judicial que habrá de utilizarse para desencadenar la defensa de este derecho ante los estrados judiciales.

Bibliografía

Ángel Maya, Augusto: *El reto de la vida. Ecosistema y cultura: una introducción al estudio del medio ambiente,* Bogotá: Ecofondo, 1996.

Estrada, Alexei Julio: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

Daly, Herman, y John Cobb: *Para el bien común. Reorientando la economía hacia la comunidad, el ambiente y un futuro sostenible,* México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

De Cupis, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil,* Barcelona: Bosch, 2.ª ed., 1975.

Fals Borda, Orlando: *Ciencia propia y colonialismo intelectual,* Bogotá: Oveja Negra, 2.ª ed., 1971

Ferry Luc: *El Nuevo Orden Ecológico, el árbol, el animal y el hombre,* Barcelona: Tusquets, 1994.

García, Aniza: *El derecho humano al agua,* Madrid: Trotta, 2008.

Habermas, Jürgen: "El desafío de la ética ecológica para una concepción que obedezca a planteamientos antropocéntricos", en Marta Tafalla (ed.): *Los derechos de los animales,* Barcelona: Idea Books, 2004.

Henao Pérez, Juan Carlos: "De tal derecho, tal acción", en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 485-541.

— "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en *Daño ambiental,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, t. II, pp. 187-222.

— "Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental", en *Responsabilidad por daños al medio ambiente,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 142 ss.

Jaccard, Nathan: "Socialismo del siglo XXI son palabras vacías: Morin", en *Revista Semana,* ‹http://www.semana.com/noticias-cultura/socialismo-del-siglo-xxi-palabras-vacias-morin/129142.aspx› (24.9.2009).

Pérez Luño, Antonio: *Los derechos fundamentales,* Madrid: Tecnos, 8.ª ed., 2004 (1984).

Rawls, John: *Teoría de la justicia,* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Riechmann, Jorge: "La precaución: un principio para reorientar las relaciones de la humanidad con la biosfera", en Jorge Riechmann y Joel Tickner (coords.): *El principio de precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica,* Barcelona: Icaria, 2002.

Santos, Boaventura de Sousa: *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el derecho,* Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2009.

Serrano, José Luis: *Principios de derecho ambiental. Ecología jurídica,* Madrid: Trotta, 2007.

Viney, Geneviève, y Patrice Jourdain: *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* París: LGDJ, 1998.

Von Plauen, Frédérique: "L'accès à la nature: droit virtuel ou droit réel?", en *AJDA,* n.º 36, 2005, p. 1984.

Sentencias consultadas

Corte Constitucional, sentencia T-092 de 1993, expediente T- 5849. Demandante: Antonio Mauricio Monroy Céspedes. Demandado: Alcaldía de Villavicencio —Meta—. Magistrado ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional, sentencia T - 574 de 1996, expediente T-100774. Demandantes: Pescadores de Salahonda. Demandado: Ecopetrol. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia SU- 544 de 2001, expediente T-270648. Demandante: Jaime Calderón Brugés. Demandado: Consejo Nacional Electoral. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-410 de 2003, expediente T-697667. Demandante: Jorge Hernán Gómez Ángel. Demandados: alcaldía Municipal de Versalles —Valle del Cauca— y Empresa de Servicios Públicos de Versalles. Magistrado ponente: Jaime Córdova Triviño.

Corte Constitucional, sentencia T-646 de 2003, expediente T-714925. Demandante: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia T-659 de 2007, expediente T-1615896. Demandados: José Antonio Barrios y Alfonso Calderón Calderón. Demandado: Alcaldía del Carmen de Apicalá. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia T-022 de 2008, expediente T-1412613. Demandantes: Guillermo A. Quintero Montes. Demandado: Aguas de Cartagena S.A. Magistrado ponente: Nilson Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C-139 de 1996, expediente D-1080, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la ley 89 de 1890. Demandantes: Jaime Bocanegra Izquierdo y otros. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2001, expediente LAT-191. Revisión constitucional de la ley 618 de 2000, "por medio de la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal aprobada por la Novena Reunión de las Partes, suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997". Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, expediente D-3767, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001, "Código de Mínas". Demandante: Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004, expediente D-4939, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 46 y 48 de la ley 472 de 1998 "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones". Demandante: Manuel Leonidas Palacios Córdoba. Magistrado ponente (e): Rodrigo Uprimny Yepez.

Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de agosto de 2009, expediente 11001-3103-038-2001-01054-01. Magistrado ponente: William Namen.

Consejo de Estado, Sala Plena, 19 de octubre de 2004. Expediente 00022-02. Demandante: Claudia Sampedro y otros. Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 16 de agosto de 2007. Expediente 00992-01. Demandante: Olof Rodolfo Elsin Sabino. Demandados: Empresa de Acueducto de Bogotá y Departamento de Planeación Distrital. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XVI, MONTEVIDEO, 2010, P.P. 603-620, ISSN 1510-4974

William Zambrano Cetina (Colombia)*

Deberes de los particulares en la Constitución y medio ambiente**

RESUMEN

La Constitución Política de Colombia reconoció en el medio ambiente uno de los elementos clave de la agenda universal del presente siglo. Bajo la que se ha denominado una constitución ecológica, se estableció un complejo entramado de obligaciones y de deberes, tanto del Estado como de los particulares, cuyas declaraciones expresas implican una serie de retos colectivos en materia de protección del medio ambiente y de las riquezas naturales del país. El legislador colombiano se ha ocupado en dar contenido concreto a los deberes y obligaciones enunciados, a través de la expedición de leyes que prevén un profuso catálogo de principios, procedimientos, prohibiciones y límites tendientes a proteger los recursos naturales y el medio ambiente. Sin embargo, es necesario reconocer que en este, como en muchos otros temas, nos enfrentamos a un problema de cultura constitucional.

Palabras clave: medio ambiente, derechos de solidaridad, recursos naturales, propiedad privada, ecología humana, Constitución política, Colombia.

ZUSAMMENFASSUNG

In der Verfassung Kolumbiens wird die Umwelt als einer der entscheidenden Punkte auf der Agenda dieses Jahrhunderts anerkannt. Unter der Bezeichnung *ökologische Verfassung* wurde ein vielschichtiges Regelwerk über die Verpflichtungen und Aufgabenbereiche von Staat und Privatpersonen geschaffen, mit dessen erklärten Absichten eine Reihe von kollektiven Anforderungen bezüglich des Schutzes der Umwelt und der natürlichen Ressourcen des Landes verbunden sind. Über die Verabschiedung von Gesetzen, die einen umfangreichen Katalog von Grundsätzen, Verfahrensvorschriften, Verboten und Auflagen enthalten, deren Absicht es ist, die natürlichen Ressourcen und die Umwelt zu schützen, bemüht sich der kolumbianische Gesetzgeber darum, die festgelegten Aufgabenbereiche und Verpflichtungen mit konkreten Inhalten

---

* Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Ex magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional. Profesor de diversos programas de pregrado y posgrado de distintas Universidades. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. ‹wzambranoc@consejoestado.ramajudicial.gov.co›

** Versión escrita presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho y en el XVI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Corte Constitucional de Colombia en setiembre 2009.

zu füllen. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass wir es bei diesem Thema wie bei vielen anderen auch mit einem Problem der Verfassungskultur zu tun haben.

Schlagwörter: Umwelt, Solidarrechte, natürliche Ressourcen, Privateigentum, Humanökologie, Verfassung, Kolumbien.

ABSTRACT

The Political Constitution of Colombia recognized the environment as one of the key elements of the global agenda for this century. Under the so-called Ecological Constitution, a complex fabric of rights and duties was established both for the state and for individuals, which includes express statements involving a series of collective challenges with respect to environmental protection and the country's natural resources. The Colombian legislature has reinforced these rights and duties, through the approval of legislation containing a wide array of principles, procedures, prohibitions, and limits aimed at protecting natural resources and the environment. However, it is necessary to recognize that in this, as in many other areas, we are faced with a problem of constitutional culture.

Keywords: environment, solidarity rights, natural resources, private property, human ecology, political Constitution, Colombia.

Indudablemente, cada generación se cree destinada a rehacer el mundo.
La mía sabe, sin embargo, que no podrá hacerlo.
Pero su tarea es quizá mayor.
Consiste en impedir que el mundo se deshaga.
Albert Camus
(Discurso al recibir el Premio Nobel de literatura)

1. Introducción

El medio ambiente es sin duda uno de los elementos clave de la agenda universal del presente siglo. El calentamiento global, el manejo de los residuos tóxicos y radiactivos, la lucha por el agua, son desde ya problemas recurrentes, no solo de los grandes líderes mundiales sino de cada uno de los habitantes del planeta.[1] No extraña entonces que entre los temas centrales que invocan los autores que se ocupan de la idea de ciudadanía para el nuevo siglo[2] se encuentre el tema de los deberes de todos y no únicamente de los Estados frente al medio ambiente.

La preocupación es relativamente nueva. El epígrafe de Camus que introduce este escrito expresa entre otros aspectos la incertidumbre generada desde los años cincuenta sobre el concepto y el modelo de desarrollo adoptado por los países industrializados y sus efectos. Empero, solo en los años setenta comenzó a hablarse formalmente

[1] Véase Jacques Attali: *Une brève histoire de l'avenir,* París: Fayard, 2007.

[2] Véase, entre otros, Andrés de Francisco: *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano.* Madrid: Catarata, 2007, pp. 63 ss. Igualmente, Manuel Pérez Ledesma (comp.): *Ciudadanía y democracia,* Madrid: Pablo Iglesias, 2000, pp. 3 ss.

en el ámbito internacional [3] del derecho al medio ambiente sano como uno de los componentes principales de una tercera generación de derechos conocida como la de los *derechos de solidaridad*,[4] que incluye además del medio ambiente, entre otros, el derecho a la paz, al desarrollo y al respeto del patrimonio común de la humanidad.[5]

Al respecto cabe recordar que a las múltiples clasificaciones posibles de los derechos humanos[6] establecidas desde la perspectiva de los individuos —considerados aisladamente o en sus relaciones con la sociedad y con el Estado— se han sumado en el último tiempo una serie de tipologías que integran una dimensión colectiva de los derechos y específicamente la existencia de categorías aún discutidas,[7] como la de derechos colectivos o difusos o, para otros, de derechos de solidaridad.

En relación con estos últimos, constantemente se afirma que pertenecen a cada individuo y a la vez a la comunidad de la que este haga parte, e incluso a toda la humanidad. Por su especial naturaleza son, por un lado, de defensa frente al Estado (el Estado debe abstenerse de violarlos) y, por otra, exigibles al Estado (el Estado debe crear las condiciones para su realización). El quid consiste en que se requiere de todos los actores sociales para su cumplimiento, lo que exige la concertación solidaria tanto del Estado como de los individuos, de la sociedad y de la comunidad internacional.[8]

Estos derechos implicarían la concreción del tercer elemento de la divisa revolucionaria francesa. A los derechos civiles y políticos, conocidos como de primera generación, que se inspiran en el valor de la libertad, y a los derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación, que buscan realizar la igualdad, vendría a sumarse un conjunto de derechos, denominados *de los pueblos,* que realizarían el concepto de fraternidad.[9]

---

[3] Véase Karel Vasak : *Amicorum Liber les droits de l'homme a l'aube du XXI,* Siècle, Bruylant, 1999.

[4] Véase Jacques Robert y Jean Duffar: *Droits de l'homme et libertés fondamentales,* París: Montchrestien, 1993, p. 65.

[5] Para un panorama de las diferentes tipologías sobre los derechos, véanse, entre otros, Luis López Guerra, Eduardo Espin, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrústegui: *Derecho constitucional,* vol. I: "El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos", Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 143 ss.; Gregorio Peces Barba Martínez: *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alessandro Pizzorusso: *Lecciones de Derecho constitucional,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

[6] Véase Juan Antonio García Amado: "Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras", en *RACJ* n.º 318 (junio de 2001), pp. 103-119. Asimismo, Hill Kymlicka: "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal", en Rafael del Águila Fernando Vallespín y otros: *La democracia en sus textos*, Madrid: Alianza, 2003, pp. 413 ss. Igualmente, Nicolás López Calera: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos,* Barcelona: Ariel, 2000. En Francia véase R. Pelloux: "Vrais et faux droits de l'homme", en *RDP*, 1981, p. 67, y Jean Rivero: "Vers des nouveaux droits de l'homme", en *Revue des Sciences Morales et Politiques,* 1982, p. 674.

[7] Véase Robert: o. cit., p. 65.

[8] Véase Marie Gaille: *Le citoyen,* París: Flammarion, 1998, pp. 31 ss. También Jaime Vidal Perdomo: *Introducción al control constitucional,* Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, colección Portable, 2007, pp. 74 ss.

[9] La Corte Constitucional puso de presente en las sentencias T-02 y T-406 de 1992 que la organización de los títulos y capítulos de la Constitución no fue aprobada por la plenaria de la

Precisamente una clasificación tripartita de los derechos fue en principio acogida en el texto constitucional colombiano de 1991, cuyo título II, sobre "los derechos, las garantías y los deberes", diferenció los derechos fundamentales (capítulo 1), los derechos sociales, económicos y culturales (capítulo 2), y los derechos colectivos y del medio ambiente (capítulo 3); también contempló mecanismos de protección y aplicación de los derechos (capítulo 4), así como un catálogo de deberes y obligaciones de las personas y los ciudadanos (capítulo 5), entre los que aparece el deber de proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Independientemente del valor normativo que tenga o no dicha clasificación,[10] es claro que en la Constitución se hizo tanto un reconocimiento expreso de la existencia de una serie de retos colectivos que plantean una aproximación específica en materia de derechos y deberes como un énfasis particular respecto de la protección del medio ambiente y de las riquezas naturales del país.

Así, de manera reiterada, tanto la jurisprudencia[11] como la doctrina[12] han señalado que la Constitución colombiana es una *constitución ecológica,* en la que se estableció un complejo entramado de obligaciones y de deberes del Estado y de los particulares en función del respeto del derecho reconocido a todas las personas a gozar de un ambiente sano, al que incluso se ha llegado a calificar de *fundamental por conexidad*.[13]

En ese orden de ideas se ha explicado[14] que, mientras por una parte la Carta reconoce el medio ambiente sano como un derecho del que son titulares todas las personas, por la otra se le impone al Estado: 1) la obligación de proteger las riquezas naturales de la Nación (artículo 8); 2) el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (artículo 79), y 3) la función de planificar el manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Asimismo, de cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (artículo 80).

Asamblea Nacional Constituyente, como lo exigía el reglamento de esta, sino que fue definida por la Comisión Codificadora. En ese orden de ideas, solo cabe darles un valor indicativo y no imperativo para definir la naturaleza de los derechos.

[10] Véase la sentencia T-411 de 1992, M. P. Alejandro Martínez. En el mismo sentido la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C. P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 16 de abril de 2007, radicación AP 44001233100020040006 40 01.

[11] Véase, entre muchos otros, Antonio Barrera Carbonell: "Los jueces y la justicia ambiental", en *Juris Dictio, La Revista de Asomagister,* Bogotá, 2006, p. 113.

[12] Véanse las sentencias T-092/93, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-671 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, y en particular la sentencia SU-1116/01, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[13] Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-431 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-894/03, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-339 de 2002 y C-1063/03, M. P. Jaime Araujo Rentería. En similar sentido, la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, 11 de octubre de 2006, radicación 15001-23-31-000 2001-01470-01 (AP).

[14] Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-657/97, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-1064/01, MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Treviño; C-071/04 y C-034/05, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Igualmente, debe recordarse que corresponde al Estado, según los mandatos constitucionales: 1) organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (artículo 49), al tiempo que es objetivo fundamental de la actividad del Estado la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (artículo 366); 2) regular el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización de acuerdo con el interés nacional; 3) intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (artículo 334); 4) promover la internacionalización de las relaciones ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (artículo 226).

La Constitución también establece atribuciones específicas relacionadas con el medio ambiente en cabeza de determinadas autoridades, tanto del orden nacional como local. Así, la Carta establece la potestad para el presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, de declarar el estado de emergencia cuando sobrevengan hechos que, entre otras posibilidades, perturben grave e inminentemente el orden ecológico (artículo 215).

Al legislador, por su parte, se le asignan las siguientes tareas: 1) garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla (artículo 79); 2) delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (artículo 333); 3) regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos y entre ellos el ambiente (artículo 88); 4) destinar un porcentaje de los tributos municipales sobre la propiedad inmueble a las entidades encargadas del manejo y la conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción (artículo 317).

Asimismo, la Carta Política señala que 1) el procurador general de la nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene entre sus funciones la de defender los intereses colectivos, en especial el ambiente (artículo 277-4); 2) al defensor del pueblo corresponde velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos e interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia; 3) el contralor general debe presentar ante el congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente (artículo 268.7), al tiempo que debe tener en cuenta que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales (artículo 267).

En el nivel local, a su vez, cabe recordar por ejemplo que 1) por mandato de la ley los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino de igual nivel programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar entre otros temas la preservación

del ambiente (artículo 289); 2) la Constitución asigna competencias respectivamente a las asambleas y a los concejos para expedir normas sobre medio ambiente (artículo 300.2 y 313.9); 3) a los consejos indígenas les corresponde velar por la preservación de los recursos naturales y por la aplicación de normas legales sobre usos de suelos y poblamiento en sus territorios.

Es pues clara la responsabilidad fundamental que en este campo le corresponde al Estado en su conjunto y el papel preponderante que debe asumir. Lo es también que la Constitución les asigna a los particulares precisos deberes que no pueden considerarse menos importantes y cuyo contenido y alcance resulta interesante examinar.

Al respecto ha de recordarse que, junto con el reconocimiento del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (artículo 79 CP), la Constitución señala en el artículo 95 el principio general según el cual "el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades", y dentro de los deberes de la persona y del ciudadano que enumera el referido artículo figura precisamente en su numeral 8 el de "Proteger los recursos […] naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano". Esta disposición debe examinarse en armonía con el enunciado del artículo 8 superior, según el cual "es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas […] naturales de la Nación".

En el mismo sentido cabe resaltar que al deber del legislador señalado en el artículo 79 superior, de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano —que debe concordarse con el fin esencial del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (artículo 2 CP)—, corresponde a su vez el deber correlativo de los particulares de participar con este objetivo, el cual encuentra sustento tanto en el ya señalado deber de protección y conservación del medio ambiente (artículo 95.8), como en el que se enuncia en el numeral 5 del mismo artículo 95, de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

Además, de manera especial ha de tenerse en cuenta que el Constituyente de 1991 señaló que "la propiedad es una función social que implica obligaciones" y que "como tal, le es inherente una función ecológica" (artículo 58 CP). Asimismo, que "la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones" y que "la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común", lo que hace que la ley esté llamada a delimitar el alcance de dicha libertad económica "cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (artículo 333 CP).

Son pues tres aspectos esenciales los que deben abordarse necesariamente a continuación para delimitar el contenido de los deberes de los particulares en este campo, a saber: a) el alcance de la correlación entre derechos y deberes que se establecen en la Constitución en materia de medio ambiente y sus condiciones de exigibilidad; b) el significado y las consecuencias de haber reconocido una función ecológica para la propiedad; así como c) el alcance de haber señalado para la empresa una función social, y de haber asignado al legislador la delimitación del alcance de la libertad económica cuando así lo exija el medio ambiente.

2. El alcance de la correlación entre derechos y deberes que se establecen en la Constitución en materia de medio ambiente y sus condiciones de exigibilidad

De acuerdo con el artículo 2 de la Constitución colombiana, las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

La jurisprudencia constitucional ha explicado en múltiples ocasiones[15] que la Constitución Política no solo reconoce derechos en cabeza de las personas, sino que contempla obligaciones, deberes y cargas, correlativos a aquellos,[16] cuyo cumplimiento se exige a los asociados como factor insustituible para la efectiva vigencia de los postulados y mandatos constitucionales y para la realización de un orden jurídico, económico y social justo, como lo preconiza la Carta desde su mismo preámbulo.

La Constitución emplea en efecto la palabra *deber* o expresiones similares en un gran número de artículos. Así, al tiempo que enuncia específicamente deberes (artículos 15, 55.2, 64, 70, 79.2, 80.2, 82, 90.2, 365) y obligaciones (artículos 8, 44.2, 47, 48.3, 54, 68.6) para el Estado y le asigna funciones de promoción, protección, garantía, intervención y contribución (artículos 13, 41, 42.2, 43,45, 46, 49, 52.4, 53.3, 58.3, 60, 61, 65.1 y 2, 69, 70.2, 71.2, 72, 75 78.2, 103.2, 109, 226, 227, 333.3, 334, 373), se refiere a los deberes (artículos 4, 49.5, 95.1-7) y obligaciones (artículos 8, 95) de las personas, a los deberes de los ciudadanos (95.1-7) a los deberes y obligaciones de los nacionales (4.2, 95), de los extranjeros (artículo 4.2), de los colombianos (artículo 216), a las obligaciones y responsabilidades de la familia y de la sociedad (artículos 44.2, 45, 46, 67), a los deberes y responsabilidades de los particulares (artículos 48, 83), a las obligaciones de los empleadores (artículo 54), a los derechos y deberes de la pareja, de los cónyuges y de los hijos (artículo 42), de los usuarios (artículo 369), como genéricamente a los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2). Igualmente, utiliza las expresiones *deberes fundamentales* (artículo 152.*a*), *derecho deber* (artículos 22, 258), *deber de obligatorio cumplimiento* (artículo 22), *derecho y obligación social* (artículo 25), así como *función social que implica obligaciones* (artículos 58, 333) y *función ecológica* (artículo 58).

La Corte Constitucional ha hecho hincapié en que los deberes enunciados en la Carta deben entenderse no como una negación o restricción de las garantías que asisten a las personas y a los ciudadanos, sino como una contribución para la obtención de los fines esenciales del Estado, a través de los cuales se les imponen ciertas conductas, comportamientos o prestaciones con fundamento en la Constitución y la ley.[17]

La misma corporación ha explicado que, si bien el énfasis de los derechos individuales en las primeras declaraciones de derechos obedecía exclusivamente a la

[15] Sobre algunos de los aspectos de la correlación derecho-deber puede verse, entre otros, J. E. Pender: "El análisis de los derechos", en *Estudios de Filosofía y Derecho* n.º 1, Bogotá, 2002.

[16] Véase la sentencia C-261/02, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[17] Véase la sentencia T-125/94, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

necesidad de rodear a la persona de garantías contra el ejercicio del poder político, y según esta concepción los deberes eran considerados preceptos de naturaleza moral o valores cívicos no exigibles jurídicamente, con la evolución del Estado liberal y su tránsito al Estado social de derecho el valor jurídico de los deberes ha variado, pues —ha explicado la Corte— su incorporación en los textos constitucionales modernos, paralelamente a la idea de la Constitución como norma jurídica y la concepción social del Estado de derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (CP artículo 1), se ha reflejado en la vigencia de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales.[18]

De esta forma, los deberes consagrados en la Carta Política han dejado de ser un desiderátum del buen páter familias, para convertirse en imperativos que vinculan a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.

Empero, a pesar del valor normativo de los deberes constitucionales y de su importancia práctica para la realización de los valores del Estado social, la forma general como fueron consagrados en el texto de la Carta hace que sea necesario concretar su contenido y alcance para poder aplicarlos.

Así que para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere —a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales, que son directamente aplicables— de una decisión previa del legislador consistente en precisar el alcance del deber constitucional, en establecer si de este se derivan obligaciones específicas, y en definirlas, así como en señalar las sanciones correspondientes, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.[19]

En este sentido ha dicho la Corte Constitucional que, en principio, los deberes que surgen de la Constitución Política solo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa.[20] De esta forma, se entiende que los deberes enunciados en la Constitución cumplen la función de ser, principalmente, patrones de referencia para la formación de la voluntad legislativa, así como fundamento para la creación legal de obligaciones específicas que signifiquen un desarrollo de la Constitución.

La Corte, empero, ha precisado que los deberes enunciados en la Carta excepcionalmente constituyen un criterio hermenéutico para la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que se refieren a derechos fundamentales. En esa medida, cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una

---

18 Sentencia C-246/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido véanse, entre otras, las sentencias C-071/04 y C-034/05, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

19 Sentencia C-246/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido véanse, entre otras, las sentencias C-071/04 y C-034/05, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

20 El fundamento de dicha postura lo ha sintetizado la Corte en la Sentencia C-246 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido véanse las sentencias C-071 de 2004 y C-034 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

afectación de un derecho fundamental, estos deberes excepcionalmente pueden exigirse directamente mediante acción de tutela.[21]

La Corte ha dicho igualmente de manera reiterada que un "un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el Constituyente trampas a la libertad".[22] Asimismo que "los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales".[23]

Ahora bien, en materia de medio ambiente, como se ha afirmado, la Constitución señala en el numeral 8 del artículo 95, entre los deberes de la persona y del ciudadano, el de "proteger los recursos […] naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano". Al tiempo que el artículo 8 superior prevé que "es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas […] naturales de la Nación".

En relación con dichos preceptos debe señalarse, a partir de las consideraciones que se han hecho sobre el entendimiento de los deberes y su exigibilidad, e independientemente del énfasis del constituyente en las "riquezas naturales de la Nación" y de la enunciación en un caso de un deber y en el otro de una obligación —conceptos en principio diferentes—,[24] que estos resultan claramente exigibles en la medida en que el legislador ha precisado su contenido y alcance, al tiempo que se han establecido mecanismos administrativos y judiciales para sancionar y prevenir el desconocimiento de la normatividad expedida para el efecto, con herramientas que incluso fueron previstas por el propio constituyente.

El legislador colombiano se ha ocupado ampliamente de dar contenido concreto a los deberes y obligaciones enunciados en una serie de leyes que prevén un profuso catálogo de principios, procedimientos, prohibiciones y límites tendientes a proteger los recursos naturales y el medio ambiente, y ello se ha dado con un particular énfasis a partir de los años setenta.

Así como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T-774 de 2004, la historia de la protección legal del medio ambiente en Colombia comienza en el siglo XIX. El decreto 0935 de 1884, de los Estados Unidos de Colombia, sobre explotación de bosques nacionales, estableció como una condición de imprescindible cumplimiento la obtención de una licencia de las autoridades administrativas. Además, fijó claros y expresos deberes en cabeza de tales autoridades; todo esto como forma de garantizar la protección de los bosques naturales.

---

[21] Véanse las sentencias T-801 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-125 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-036 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-351 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz; T-277 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-251 de 2002, MM. PP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández; T-520 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-071 de 2004 y C-034 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[22] Sentencia C-511 de 1994. En el mismo sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-200 de 1997, SU.256 de 1999 y C-776 de 2001.

[23] Al respecto véanse, entre otras, la sentencias SU-200 de 1997, SU.256/99. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y C-251 de 2002, MM. PP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas.

[24] Para un análisis sobre los conceptos de deber y obligación jurídica véase Rafael de Asis Roig: *Deberes y obligaciones en la Constitución,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Algunas leyes y decretos expedidos a mediados del siglo anterior[25] abordaron la cuestión de forma parcial y gradual. De particular relevancia fue la expedición por el Congreso de la República de la ley 23 de 1973, cuyo objeto era "prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional" (artículo 1). Dicha ley también revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias "para reformar y adicionar la legislación vigente sobre recursos naturales renovables y preservación ambiental […] [y para] expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente". En ejercicio de las facultades conferidas y previa consulta con las comisiones designadas por las cámaras legislativas y el Consejo de Estado, el presidente de la República expidió el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, CRN (decreto ley 2811 de 1974), el cual establece que el ambiente es patrimonio común, por lo que "el Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social" (artículo 1).

En desarrollo de la Constitución de 1991 —en cuya elaboración se resaltó enfáticamente la importancia del medio ambiente y de su protección para las generaciones actuales y futuras y las responsabilidades de los particulares— se expidió la ley 99 de 1993, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones", cuyo artículo 1 consagra los principios generales ambientales. Entre ellos cabe resaltar los siguientes:

> 1) El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible[26] contenidos en la declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo.
>
> […]
>
> 6) La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica

[25] Entre otras, ley 10 de 1912 (Código Fiscal, establece normas para la protección de los bosques); la ley 119 de 1919 (crea la categoría de *bosque nacional*); la ley 200 de 1936 (introduce el concepto de *reserva forestal*); el decreto 1383 de 1940 (institucionaliza la *zona forestal protectora*); el decreto 2278 de 1953 (incluye la figura de *parques nacionales*); la ley 2 de 1959 (delimita y declara las primeras *zonas de reserva forestal*); el acuerdo 03 de 1969 (modifica la clasificación y definiciones de las *reservas forestales*).

[26] La Ley 99 de 1993 señala que por desarrollo sostenible se entiende aquel que "conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades" (artículo 3).

> absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.
>
> […]
>
> 13) Para el manejo ambiental del país, se establece un sistema nacional ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.

De manera imperativa y categórica, la ley advierte que "las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares" (artículo 107.2).

Por otra parte, la ley 70 de 1993 señala que, "conforme lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política, la propiedad colectiva sobre las áreas a que se refiere esta ley debe ser ejercida de conformidad con la función social y ecológica que le es inherente. En consecuencia, los titulares deberán cumplir las obligaciones de protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y contribuir con las autoridades en la defensa de este patrimonio" (artículo 20). En el mismo sentido, cabe recordar el parágrafo 3 del artículo 85 de la ley 160 de 1994,[27] que para el caso de los programas de ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos indígenas señala que estos estarán dirigidos a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por las comunidades indígenas, conforme a sus usos o costumbres, a la preservación del grupo étnico y al mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes.

De acuerdo con el numeral 11.5 del artículo 11 de la ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se establecen otras disposiciones", las entidades que presten servicios públicos tienen la obligación de cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

La protección del medio ambiente y la asignación de responsabilidades a los particulares encuentran desarrollos también, por ejemplo, en la ley 793 de 2002, que establece las reglas que gobiernan la extinción de dominio, la ley 685 de 2001, actual Código de Minas, y la ley 769 de 2002, actual Código Nacional de Tránsito Terrestre.

A lo anterior cabe agregar que el legislador ha tipificado incluso una serie de conductas que atentan contra los recursos naturales y el medio ambiente, en el título XI, libro I, del Código Penal (ley 599 de 2000), así como estableció —esencialmente en la ley 99 de 1993— un detallado régimen sancionatorio en cabeza de las autoridades ambientales.

Todas estas normas —aquí simplemente enunciadas como ejemplo— desarrollan el mandato superior señalado al Estado de prevenir y controlar los factores de

[27] "Por la cual se crea el sistema nacional de la reforma agraria y desarrollo rural campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones".

deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (artículo 80 CP).

La propia Constitución estableció, además, que a la ley corresponde regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el ambiente, entre otros, así como señalar los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (artículo 88 CP). Fue así como se expidió la ley 472 de 1998, "por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo".

En relación con dicha acción, cabe destacar que en el artículo 39 de la misma ley se estableció el derecho para el demandante en la acción popular de recibir un incentivo que el juez fijará, al momento de proferir sentencia, entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos mensuales. Si bien esta posibilidad ha merecido amplios debates, fue considerada ajustada a la Constitución por la Corte Constitucional en las sentencias C-459 de 2004 y C-512 de 2004. En los dos casos los actores en el proceso de constitucionalidad alegaron la vulneración del principio de solidaridad. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

> […] las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohíja un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respeto a la diferencia campean cual coordenadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos […].[28]

De otra parte, resulta pertinente precisar que, si bien las acciones populares fueron el instrumento establecido por el constituyente para proteger el derecho al medio ambiente sano, dado su carácter de derecho colectivo, y que efectivamente lo han sido, como lo muestra la amplia jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso

[28] Sentencia C-459/04, M. P. Jaime Araujo Rentería, citada a su vez en la sentencia C- 512 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Dichas sentencia fueron objeto de aclaración y salvamento de voto de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

administrativo en la materia,[29] en una primera etapa, antes de la expedición de la ley que las regula, la acción de tutela fue utilizada en no pocas ocasiones para intentar proteger el derecho al ambiente sano. Una vez expedida la ley 472 de 1998, no habría razón para acudir a la acción de tutela. No obstante, en algunos casos excepcionales[30] la Corte Constitucional ha considerado que, por tratarse de un derecho fundamental por conexidad, puede ser susceptible de protección mediante la acción de tutela (artículo 86 CP), siempre que su afectación vulnere o amenace, entre otros, los derechos a la vida, a la salud o a la integridad personal del actor.[31]

No sobra recordar finalmente en esta sección que en la Constitución se consagra la acción de cumplimiento (artículo 87) y que "la ley puede establecer los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas" (artículo 89).

Es pues clara la exigibilidad de los deberes de los particulares en materia de respeto del medio ambiente y amplia la gama de instrumentos señalados en la Constitución para asegurar su cumplimiento, así como diversas las posibilidades para los particulares de exigir a las autoridades el cumplimiento de los que se asignan a ellas.

3. La función ecológica de la propiedad y su significado

Mención especial merece el señalamiento hecho por el Constituyente en el sentido de que a la propiedad corresponde una función ecológica. Sin duda la novedad del texto constitucional de 1991 radica en este aspecto, pues, como se ha puesto de presente en muchas ocasiones, la función social de la propiedad se consagró en el ordenamiento jurídico colombiano en la reforma constitucional de 1936, fue entonces cuando se dieron los debates teóricos y políticos trascendentales para establecer, al menos en el texto constitucional, la transición de una visión absoluta del derecho de propiedad hacia un entendimiento solidario.

De la mano de la teoría solidarista de Duiguit fueron memorables los debates que acompañaron dicha transición hacia una concepción social del Estado. Se dejó atrás una concepción puramente individualista y gendarme, que prosperó bajo los designios de la Revolución Francesa, y se entró en el campo del denominado *derecho social* y del intervencionismo de Estado en pro del bienestar común.[32] Con la reforma de 1936

[29] Véanse, entre muchas otras, las sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Ruth Stella Correa Palacio, 16 de abril de 2007, radicación AP 44001233100020040006 40 01; Sección Primera, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 14 de marzo de 2007, radicación A.P. 19001-23-31-000-2000-03737-01; Sección Primera C. P. Olga Inés Navarrete Barrero, 4 de febrero del 2005, radicación 25000-23-27-000-2003-00181-02 (AP).

[30] Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-028/94, T-226/95, SU-442/97, T-123/99, T-771/01 y C-339/02.

[31] Véase la sentencia SU-1116 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[32] Véanse las palabras del senador Timoleón Moncada al comentar el proyecto de reforma constitucional, que aparecen citadas en el libro del profesor Gnecco Mozo: *La reforma constitucional de 1936,* Bogotá: ABC, 1938.

se abandonó la idea de la propiedad entendida como derecho absoluto —según la antigua tradición del derecho romano, renovada con fuerza en el ideario individualista liberal— y se pasó a una nueva concepción según la cual la propiedad es función social que implica obligaciones. Y se recalcó en la reforma que esta función es parte constitutiva y no accidental del concepto de propiedad, motivo por el cual se prefirió la expresión "la propiedad es una función social" a la de "la propiedad tiene una función social".

Ahora bien, la Corte Constitucional ha expresado que "La concepción de la Constitución ecológica hace parte integral del Estado social de derecho" y "en esa medida, es un elemento central de sus instituciones".[33] En ese sentido, la función ecológica no es simple *límite* a la propiedad, sino elemento constitutivo de ella. Así, el segundo inciso del artículo 58 de la Constitución establece que "la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica".

Asimismo, dispone que la consagración constitucional de la función ecológica de la propiedad "constituye una novedosa respuesta del Constituyente a la problemática planteada por la explotación y uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera (artículos 79 y 80 CP)".[34] En este contexto, la jurisprudencia ha entendido que la citada función ecológica implica una concepción del ambiente como presupuesto para el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, propiciando lo que se ha denominado *ecologización de la propiedad*. En sentencia C-126 de 1998 la Corte señaló:[35]

> […] en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no solo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios.

Esa función ecológica afianza entonces aún más el reconocimiento de la necesidad de asumir deberes específicos, que no son solo límites al ejercicio del derecho de propiedad sino presupuestos de este, y que implican un papel activo de los propietarios en pos del bien común.

---

[33] Véase la sentencia T-774/04, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34] Véase la sentencia C-189 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil. En similar sentido, entre otras, la sentencia C-119/06, M. P. Jaime Araujo Rentería.

[35] M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Tal entendimiento inspira igualmente, aunque con necesarios matices, como veremos, el alcance de la función social de la empresa y de su papel frente a los retos colectivos que plantea el respeto del medio ambiente.

4. La función social de la empresa y la limitación por el legislador de la libertad económica cuando así lo exija el medio ambiente

Resulta pertinente examinar en efecto el alcance de la prescripción constitucional del artículo 333 superior, según la cual la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. Texto superior en el que, además, se señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Lo primero que hay que remarcar es que, a diferencia de lo señalado en el artículo 58 constitucional para el caso de la propiedad, el artículo 333 ibídem no señala que la empresa *es* una función social, sino que *tiene* esa función. En todo caso debe tenerse en cuenta que propiedad y empresa son conceptos que están íntimamente ligados, toda vez que la propiedad sirve de soporte a la libertad de empresa.

La Corte Constitucional se ha ocupado ampliamente del alcance de estos preceptos. Así en la Sentencia C- 243 de 2006[36] hizo la siguiente síntesis:

> La Corte ha considerado[37] que la libertad le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, pero se ha aclarado que esta libertad, al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan "el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica "supone responsabilidades".

Como lo ha determinado la Corte, el Estado, al regular la actividad económica, cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño; sus limitaciones de derecho público o privado

[36] M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[37] Véase la sentencia C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en la sentencia C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones.[38]

En cuanto hace a la aplicación del principio de precaución, de innegable trascendencia para la preservación del medio ambiente por los particulares,[39] la Corte ha precisado:

> […] el deber de protección a que se hace alusión no recae solo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal. En el ámbito nacional, se trata de una responsabilidad enmarcada expresamente por la Constitución como uno de los deberes de la persona y del ciudadano, al que se refiere el artículo 95. Por ello, la mención que el artículo acusado hace de los particulares, debe considerarse como la obligación que ellos tienen de tomar las medidas de precaución, cuando exista peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, aún en el caso de que el particular no tenga la certeza científica absoluta de que tal daño se produzca.[40]

Dicho principio de precaución, cuya consagración en los ordenamientos nacionales plantea actualmente importantes debates —en Francia, por ejemplo—,[41] es apenas uno de los temas que traducen los retos actuales de lo que se ha denominado *responsabilidad social empresarial.* Este concepto de ningún modo puede entenderse como el simple cumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias, como algunos han sugerido, y la doctrina ha puesto de presente que bien puede convertirse simplemente en a) un cliché de moda, una forma de marketing camuflado, una manera de evitar las críticas a la actividad de las empresas centrada en el lucro, o una estrategia con el fin de evitar nuevas regulaciones, sobre la base de un esfuerzo de autorregulación por aquellas, o bien b) una visión responsable de la empresa, un sincero compromiso y una oportunidad histórica para limitar los efectos negativos de la mundialización, dentro de un interés bien comprendido de las empresas de sus dirigentes y de sus accionistas para respetar el ambiente, los clientes y los asalariados.[42]

En nuestro medio, como se ha visto, dicha responsabilidad social empresarial encuentra claramente en la Constitución un fundamento expreso que no puede eludirse.

---

[38] Ibídem.

[39] Al respecto véase, entre otros, Jean-Claude Masclet: *Le principe de précaution,* París: L'Hartmattan, 2003.

[40] Sentencia C-293 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[41] En ese país la Carta del Medio Ambiente fue incluso consagrada como integrante del bloque de constitucionalidad.

[42] Véase Michel Capron y Françoise Quairel Lanoizelee: *Mythes et réalités de l'entreprise responsable,* París: La Découverte, 2004.

Ahora bien, como se ha visto, existen innumerables herramientas jurídicas para exigir el cumplimiento de los deberes de solidaridad tanto de los particulares como del Estado en la protección del medio ambiente. Es claro, sin embargo, que en este, como en otros muchos temas, nos enfrentamos a un problema de cultura constitucional, en un Estado, en el que los individuos no se comprometen a asumir su papel ético de ciudadanos. Sobre este aspecto hace notar Cambó, citado por Linares Quintana, la lección que mil veces dio la historia:

> […] cuando los ciudadanos no vibran por los grandes ideales, cuando no sienten el orgullo de ser ciudadanos y no tienen el coraje de luchar por mantener su dignidad de ciudadanos, la libertad está a punto de morir y el tirano ya está detrás de la puerta. Al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes de la ciudadanía, no se encuentra ninguna compensación egoísta; encuéntrase tan solo una compensación de dignidad.

El mismo Cambó señalaba:

> […] el dictador que ha arrebatado a un pueblo los derechos políticos, no ha hecho generalmente más que arrancar plantas sin vida, instituciones que solo eran una sombra o un sarcasmo.

La cita anterior nos recuerda que la democracia está concebida como un sistema político en el que las personas pueden realizar una vida en común. Con todo, para que dicho sistema sea posible, no es suficiente contar con elaboradas estructuras de poder democráticas y leyes sobre las cuales se sostengan; es imprescindible adoptar como ciudadanos los valores, actitudes y conductas que la democracia exige; parte importante de ello es asumir la defensa de los intereses colectivos, no solo como el mero cumplimiento de un deber, sino como una forma efectiva de autoconservación y de ejercicio de la democracia. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-519 de 1994, indicó:

> Al hombre, pues, le asiste el deber de cuidado, de promoción y de desarrollo del ambiente, los cuales debe ejercer bajo la virtud de la prudencia y la búsqueda constante de la dignidad personal y colectiva. Con este propósito, se deben procurar todos los medios necesarios para el amparo del entorno ecológico, de forma tal que la conservación del propio ser redunde en la conservación de los demás asociados. Atentar o destruir el ambiente significa, por ende, la autodestrucción de la persona humana o, lo que es lo mismo, la renuncia a conservarse a sí mismo en condiciones de dignidad. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, es requisito sine qua non que la persona comprenda a cabalidad la importancia de conservar su entorno vital. Se requiere para ello entendimiento y voluntad; es decir, una conciencia ecológica y una disposición constante de vivir bajo los deberes de solidaridad, uno de los cuales es actuar en pro del ambiente

sin consideraciones exclusivamente de índole particular o individual (artículo 95, numerales 20 y 80). Lo anterior porque, además, el sistema ecológico en definitiva es uno, como una es la humanidad.[43]

[43] M. P. Vladimiro Naranjo.

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.

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

8. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica). En el texto se indicará dónde deben insertarse.

9. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas: al comienzo de cada oración y en los nombres propios. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres genéricos de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-fecha (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

    a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

       Ejemplo:
       Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

    b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.

       Ejemplo:
       Douglas Durán Chavarría: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

    c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

       Ejemplo:
       Patricia Laurenzo Copello: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

    d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección

electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html› (18/2/2004).

e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor

Ejemplo:

Dulitzky, Ariel: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html› (18/2/2004).

Durán Chavarría, Douglas: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

Hobbes, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

Laurenzo Copello, Patricia: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. El término *autores varios* no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica